

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

EN EL MARCO DE UN ARBITRAJE CONFORME AL ACUERDO ENTRE EL REINO
DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA PARA LA PROMOCIÓN Y
PROTECCION RECÍPROCA DE INVERSIONES DE 31 DE MARZO DE 2005

y de conformidad con

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (1976)

Naturgy Energy Group, S.A.

y

Naturgy Electricidad Colombia S.L.

Demandantes

y

La República de Colombia

Demandada

Caso CIADI No. UNCT/18/1

LAUDO

Miembros del Tribunal

Sr. Stephen L. Drymer, Presidente

Sr. Alexis Mourre

Sr. Eric A. Schwartz

Asistente del Tribunal

Sr. Joshua Crowe

Secretaria del Tribunal

Sra. Celeste E. Salinas Quero

Fecha de envío a las Partes: 12 de marzo de 2021

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

Representando a Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia, S.L.:

Sr. Manuel García Cobaleda
Naturgy Energy Group S.A.
Avda. San Luis, 77
28033 Madrid
Reino de España

y

Dr. Gaëtan Verhoosel
Sra. Carmen Martínez Lopez
Sr. Richard Trinick
Sra. Vanessa Moracchini
Sr. César Coronel Ortega*
Sr. Juan Pablo Labbe Arocca*
Three Crowns LLP
New Fetter Place
8-10 New Fetter Lane
Londres EC4A 1AZ
Reino Unido

y

Sr. Agustín G. Sanz
Sra. Laura França Pereira
Three Crowns LLP
Washington Harbour
3000 K Street NW, Suite 101
Washington, D.C. 20007-5109
Estados Unidos de América

* Actualmente no está con Three Crowns LLP

Representando a la República de Colombia:

Sr. Camilo Gómez Alzate, Director General
Sra. Ana María Ordóñez, Directora Defensa Jurídica Internacional
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Dirección de Defensa Jurídica Internacional
Cr. 7 # 75-66, Bogotá
República de Colombia

y

Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sra. Marinn Carlson
Sr. Patrick Childress*
Sra. María Carolina Durán
Sidley Austin LLP
1501 K. Street, N. W.
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

y

Sr. Stanimir Alexandrov
Stanimir A. Alexandrov PLLC
1501 K Street N.W., Suite C-072
Washington, D.C. 20005
Estados Unidos de América

* Actualmente no está con Sidley Austin LLP

TABLA DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN	1
A. Resumen.....	1
B. Las Partes	2
C. Inversión de las Demandantes.....	3
D. El Tratado.....	4
E. Características Principales del Régimen Regulatorio	9
(1) Entidades Gubernamentales	9
(2) Legislación Fundamental.....	11
(3) El Mercado de la Electricidad y los Actores del Mercado	12
(4) El Régimen de Remuneración.....	13
F. Intervención y Liquidación.....	17
II. ANTECEDENTES PROCESALES	19
III. DECLARACIONES DE LAS PARTES SOBRE CUESTIONES DE HECHO Y REGULATORIAS.....	28
A. El Entorno Regulatorio	29
(1) Particularidades del Mercado en la Región de Servicios de Electricaribe.....	30
(2) La Tarifa	35
B. Nivel de Inversión y la Calidad del Servicio de Electricaribe	41
C. Exposición de Electricaribe en la Bolsa de Energía.....	45
D. Supuestos Compromisos para Mejorar el Entorno Regulatorio	46
(1) El “Plan de Acción 2014”	47
(2) Plan 5 Caribe.....	52
(3) Cumbre de Barranquilla.....	53
E. Las Circunstancias Relativas a la Decisión de Intervenir Electricaribe	55
(1) Situación Financiera de la Compañía con anterioridad a la Administración.....	55
(2) Alegaciones de Conveniencia Política de las Demandantes	60
(3) Decisión de Colombia de Liquidar la Compañía.....	62
(4) Desempeño de Electricaribe Después de la Intervención	63
F. Denuncias de Hostigamiento de las Demandantes.....	66
IV. PETITORIO	67

A. Demandantes.....	67
B. Demandada.....	68
V. RECLAMACIONES DE LOS DEMANDANTES – POSICIONES DE LAS PARTES Y ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	69
A. Jurisdicción	69
(1) Posición de las Demandantes	69
(2) Posición de la Demandada.....	71
(3) El Análisis del Tribunal	73
B. Supuestas Infracciones al Tratado.....	75
(1) Posición de las Partes sobre las Reclamaciones del Estándar de Trato Justo y Equitativo	76
(2) El Análisis del Tribunal sobre las Reclamaciones de las Demandantes sobre el Estándar de TJE	95
(3) Supuesta Expropiación Ilícita	181
(4) Supuesta Falta de Protección y Seguridad Plenas.....	194
(5) Supuesta Infracción del Estándar de Trato de la Nación Más Favorecida.....	204
C. Cuantía.....	206
VI. RECONVENCIONES DE LA DEMANDADA - POSICIONES DE LAS PARTES Y ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	206
A. Jurisdicción	207
(1) Posición de la Demandada.....	207
(2) Posición de las Demandantes	209
(3) El Análisis del Tribunal	211
B. Responsabilidad y Cuantía	220
VII. COSTAS	221
VIII.LAUDO	224

ÍNDICE DE ABREVIATURAS/TÉRMINOS DEFINIDOS SELECCIONADOS

Audiencia	Audiencia sobre jurisdicción y méritos celebrada en Washington, D.C. los días 5-13 de diciembre de 2019
C-[#]	Anexo de las Demandantes
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de fecha 18 de marzo de 1965
Declaración Testimonial Galván	Declaración Testimonial de Erney Galván, Vocal de Control para Valledupar (y Gerente Departamental para el Departamento de Cesar, de fecha 1 de agosto de 2019
Declaración Testimonial Reyes	Declaración Testimonial de Yesid Reyes Ministro de Justicia (2014-2016) y Asesor del Gobierno del Presidente Santos para la Renegociación del Acuerdo de Paz con las FARC (2016), de fecha 1 de agosto de 2019
Declaración Testimonial Sandoval	Declaración Testimonial de Carlos Sandoval, Vicepresidente de Estructuración y Gerencia de Proyectos de la Financiera de Desarrollo Nacional, de fecha 1 de agosto de 2019
Decreto 2119 de 1992	Decreto No. 2119 de 1992, <i>“Por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares, IAN y Minerales de Colombia S.A., MINERALCO”</i> , 29 de diciembre de 1992

Demanda o Memorial de Demanda	Memorial de Demanda de las Demandantes, de fecha 15 de junio de 2018
Dúplica de la Demandada	Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción y Contrademandas de 1 de agosto de 2019
Dúplica de las Demandantes	Dúplica sobre Jurisdicción y Contrademandas de 11 de octubre de 2019
Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia	Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, de fecha 27 de marzo de 2020
Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia	Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, de fecha 27 de marzo de 2020
Ley 142 de 1994	Ley No.142 de 1994, " <i>Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones</i> ", de fecha 11 de julio de 1994
Ley 143 de 1994	Ley No. 143 de 1994, " <i>Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética</i> ", de fecha 12 de julio de 1994
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación sobre el Fondo, Memorial de Jurisdicción y Contrademandas de 4 de diciembre de 2018
Opinión Legal Arrieta	Opinión Legal presentada por Carlos Gustavo Arrieta Padilla
Primera Declaración Testimonial Aranda	Primera Declaración Testimonial de Sergio Aranda, de fecha 15 de junio de 2018

Primera Declaración Testimonial Coronado	Primera Declaración Testimonial de María Eugenia Coronado, de fecha 15 de junio de 2018
Primera Declaración Testimonial González	Primera Declaración Testimonial de Tomás González, Ministro de Minas y Energía (2014-2016) y Vice Ministro de Minas y Energía (2010-2013), de fecha 30 de noviembre de 2018.
Primera Declaración Testimonial Mendoza	Primera Declaración Testimonial de José Miguel Mendoza, Superintendente de Servicios Públicos Residenciales (2016-2017), de fecha 30 de noviembre de 2018
Primera Declaración Testimonial Soto	Primera Declaración Testimonial de Carolina Soto, de fecha 30 de noviembre de 2018
Primer Informe FTI	Primer Informe presentado por las expertas Blanca Perea y Liliana Diaz de FTI Consulting, de fecha 15 de junio de 2018
Primer Informe Brattle	Primer Informe presentado por los expertos Pedro L. Marín and Jack Stirzaker de Brattle Group, de fecha 4 de diciembre de 2018
Primer Reporte Compass Lexecon	Primer Informe presentado por los expertos Santiago Dellepiane A. y Marcelo A. Schoeters de Compass Lexecon, de fecha 15 de junio de 2018
R-[#]	Anexo de la Demandada
Reglamento CNUDMI	Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 1976
Réplica de las Demandantes	Memorial de Réplica de las Demandantes de 3 de abril de 2019
RLA-[#]	Autoridad Legal de la Demandada

Segunda Declaración Testimonial Aranda	Segunda Declaración Testimonial de Sergio Aranda, de fecha 2 de abril de 2019
Segunda Declaración Testimonial Coronado	Segunda Declaración Testimonial de María Eugenia Coronado, de fecha 3 de abril de 2019
Segunda Declaración Testimonial Mendoza	Segunda Declaración Testimonial de José Miguel Mendoza, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios (2016–2017), de fecha 1 de agosto de 2019
Segunda Declaración Testimonial Soto	Segunda Declaración Testimonial de Carolina Soto, Alta Consejera Presidencial para el Sector Privado y Competitividad (2015-2018) y Viceministra de Hacienda (2014-2015), de fecha 1 de agosto de 2019
Segundo Reporte Brattle	Segundo informe presentado por los expertos Pedro L. Marín y Jack Stirzaker de Brattle Group, de fecha 1 de agosto de 2019
Segundo Reporte Compass Lexecon	Segundo Informe presentado por los expertos Santiago Dellepiane A. y Marcelo A. Schoeters de Compass Lexecon, de fecha 3 de abril de 2019
Segundo Reporte FTI	Segundo Informe presentado por las expertas Blanca Perea y Liliana Diaz de FTI Consulting, de fecha 3 de abril de 2019
Tercer Reporte Compass Lexecon	Tercer informe presentado por Manuel A. Abdala y Marcelo A. Schoeters de Compass Lexecon, de fecha 11 de octubre de 2019
Tercer Reporte FTI	Tercer Informe presentado por las expertas Blanca Perea y Liliana Diaz de FTI Consulting, de fecha 11 de octubre de 2019
Tr. Día [#] [Persona (s)] [página:línea]	Transcripción de la Audiencia

Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 19 de diciembre de 2017
Tratado o TBI	Acuerdo entre El Reino de España y la República de Colombia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de fecha 31 de marzo de 2005

I. INTRODUCCIÓN

A. RESUMEN

1. El presente arbitraje se refiere a la decisión de la República de Colombia (“**Colombia**” o la “**Demandada**”) de intervenir administrativamente una empresa de distribución y comercialización de electricidad que opera en su territorio, Electricaribe S.A. E.S.P. (“**Electricaribe**” o la “**Compañía**”), en noviembre de 2016 y su posterior decisión de liquidar dicha Compañía.
2. Una cuestión central en este arbitraje se refiere al alcance de las obligaciones de Colombia en virtud del tratado bilateral de inversión entre Colombia y España (el “**Tratado**”)¹, específicamente en lo que respecta a la regulación del sector eléctrico dentro de sus fronteras.
3. Las Demandantes en este caso - accionistas mayoritarias y operadoras de Electricaribe entre 2009 y 2016 - afirman que Colombia infringió el Tratado al no cumplir con sus obligaciones según la legislación colombiana relacionada con la regulación del sector eléctrico y al no cumplir con determinados compromisos que asumió para aplicar medidas destinadas a garantizar la viabilidad de las operaciones de la Compañía. Las Demandantes sostienen que, mediante la acción o inactividad regulatoria, Colombia llevó a Electricaribe a un precipicio financiero. Entonces, en lugar de aplicar las medidas necesarias para salvaguardar la Compañía, Colombia aprovechó un momento políticamente oportuno para expropiar la Compañía de forma ilegal.
4. Las Demandantes reclaman una indemnización por el valor que dicen que tendría su participación en Electricaribe justo antes de la intervención, en ausencia de las supuestas violaciones del Tratado por parte de Colombia. También reclaman una indemnización por las deudas y subsidios que alegan fueron adeudados en el

¹ El Tratado tiene fecha de 22 de septiembre de 2007 y se titula “*Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones*”, (“El Tratado”), Ex. C-1.

momento en que Colombia intervino en la Compañía, así como el monto de un préstamo que garantizaron en los días inmediatamente anteriores a la intervención.

5. Colombia niega que su conducta haya sido en modo alguno una violación del Tratado o que tenga la obligación de indemnizar a las Demandantes por el valor de su participación en Electricaribe. Colombia sostiene que su decisión de intervenir en Electricaribe fue inevitable dada la extrema urgencia de la situación financiera de la Compañía, situación causada por la mala administración de la Compañía por parte de las Demandantes. De hecho, Colombia presenta reconveniones por los daños que afirma haber sufrido como consecuencia de dicha mala gestión de una de las empresas de servicios públicos más importantes del país.

B. LAS PARTES

6. Las Demandantes - anteriormente conocidas como *Gas Natural SDG, S.A.* (“**Gas Natural SDG**”) y como *Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L.* (“**GNF Electricidad**”, junto con Gas Natural SDG denominada “**Gas Natural**”); y ahora conocidas como *Naturgy Energy Group, S.A.* (“**Naturgy Energy**”) y como *Naturgy Electricidad Colombia S.L.* (“**Naturgy Electricidad**”, junto con *Naturgy Energy Group, S.A.* denominada “**Naturgy**” o “**Demandantes**”) - son Sociedades constituidas con arreglo a las leyes de España.²
7. Naturgy Electricidad (antes GNF Electricidad) posee el 85,3% del capital de Electricaribe. Naturgy Energy (antes Gas Natural SDG) posee indirectamente el 100% de las acciones de Naturgy Electricidad.
8. Naturgy (antes Gas Natural) adquirió Electricaribe de su propietario mayoritario y administrador anterior, Unión Fenosa Internacional, S.A. (“**Unión Fenosa**”), en

² Memorial de Demanda, ¶ 2. El cambio de nombre de las Demandantes, que ocurrió en 2018, fue notificado al Tribunal por las Demandantes en su Réplica de fecha 3 de abril de 2019. Ver Memorial de Réplica, ¶ 23

2009. Naturgy dirigió la Compañía desde la fecha de adquisición hasta el momento en que Electricaribe fue intervenida el 14 de noviembre de 2016.

9. El 8 de diciembre de 2020, mientras se concluía la firma del presente Laudo, las Demandantes solicitaron al CIADI modificar la leyenda original del arbitraje para que reflejara sus nombres actuales. Esto fue realizado. Sin embargo, en aras de la eficiencia y para no retrasar la emisión del Laudo, las referencias a los nombres anteriores de las Demandantes (Gas Natural SDG; GNF Electricidad; en conjunto, Gas Natural) no han sido modificadas en el texto que figura a continuación.
10. La Demandada, la República de Colombia (la “**Demandada**” o “**Colombia**”), es un Estado soberano.

C. INVERSIÓN DE LAS DEMANDANTES

11. Electricaribe es una empresa de distribución y comercialización de energía eléctrica que opera en una región de Colombia a lo largo de la costa caribeña del país, conocida como la “Región del Caribe” o “Costa Caribe”.³
12. Según datos de 2017, la región del Caribe representaba aproximadamente el 15% del PIB de Colombia. La actividad económica incluye la exportación a través de cinco puertos principales y el turismo. Según los datos de 2016 proporcionados por la Demandada, la región representa aproximadamente el 22% del mercado de electricidad de Colombia; Electricaribe presta servicios a 2,6 millones de hogares o clientes, incluyendo aproximadamente 10 millones de personas.⁴
13. Electricaribe se creó durante la privatización de los servicios de electricidad en la región del Caribe que comenzó en 1998, a raíz de una crisis financiera.⁵ En aquel momento, el servicio era prestado por 8 empresas, cuyos activos se liquidaron y vendieron a Electricaribe y a otra empresa, Electrificadora de la Costa Atlántico

³ La región del Caribe está compuesta por 7 departamentos a lo largo de la costa caribeña, a saber: La Guajira, Magdalena, Atlántico, Bolívar, Córdoba, Sucre y César. Memorial de Contestación, ¶ 33.

⁴ Memorial de Contestación, ¶ 35; Anexo R-83, Agente Especial Javier Lastra Fuscaldo, “Informe de Situación Electricaribe corte a 30 de noviembre de 2016”, 30 de diciembre de 2016.

⁵ Memorial de Contestación, ¶ 36.

S.A. (“**Electrocosta**”). Unión Fenosa adquirió ambas empresas en el 2000. Bajo la dirección de Unión Fenosa, Electricaribe adquirió los activos de Electrocosta en 2007.⁶

14. Las Demandantes se convirtieron en accionistas mayoritarios de Electricaribe en 2009, en virtud de una transacción de 2008-2009 mediante la cual Gas Natural adquirió todas las operaciones mundiales de Unión Fenosa. La cantidad exacta pagada por Electricaribe no fue presentada al Tribunal.
15. En el momento de la adquisición de las Demandantes en 2009, Electricaribe era el principal distribuidor y minorista de electricidad de la región del Caribe.
16. Las Demandantes sostienen que invirtieron más de COP\$1,27 billones en Electricaribe entre 2009 y septiembre de 2016. Esto incluye la reinversión de la totalidad de los ingresos de Electricaribe durante su mandato como administradores de la Compañía⁷, así como la inversión financiada por deuda.⁸

D. EL TRATADO

17. El Tratado es un tratado bilateral de inversión entre el Reino de España y la República de Colombia firmado en marzo de 2005 que entró en vigor en septiembre de 2007. El objetivo declarado del Tratado es “*intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambas Partes Contratantes*”, y propone “*crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra*”.⁹
18. Las reclamaciones de las Demandantes en el presente Arbitraje se basan en los siguientes artículos del Tratado:

- El Artículo 2(3) del Tratado, que establece un estándar de Trato Justo y Equitativo (“**TJE**”) y

⁶ Memorial de Demanda, ¶ 96; Memorial de Contestación, ¶ 39.

⁷ Memorial de Demanda, ¶ 98 (esto parece no ser disputado).

⁸ Memorial de Demanda, ¶ 99; Primer Informe FTI, ¶ 5.66.

⁹ Anexo C-1, Tratado, Preámbulo.

establece el principio de Protección y Seguridad Plenas (“PSP”):

Artículo 2: Promoción y admisión de las inversiones:

[...]

3. Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad, no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones.

- Artículo 3 del Tratado, que establece disposiciones para un estándar de trato de la nación más favorecida:

Artículo 3: Tratamiento nacional y cláusula de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversionista.

2. Ambas Partes Contratantes concederán a los inversionistas de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o, en su caso, la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer Estado, el que sea más favorable al inversionista.

- Artículo 4 del Tratado, que establece disposiciones relativas a la expropiación:

Artículo 4

Nacionalización y expropiación

1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante "expropiación") excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

[...]

19. El consentimiento de las partes para el arbitraje, así como el plazo de prescripción aplicable a las reclamaciones en virtud del Tratado se establecen en el Artículo 10. Las secciones relevantes del artículo 10 del Tratado son las siguientes:

Artículo 10

Controversias entre una Parte Contratante e Inversionistas de la otra Parte Contratante

1. Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en esta Sección será indispensable agotar previamente la vía gubernativa cuando la legislación de la Parte así lo exija.

2. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

3. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de

notificación escrita mencionada en el apartado 2, la controversia podrá someterse, a elección del inversionista, a:

a) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o

b) un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o

c) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de hechos por la Secretaría del CIADI.

4. Siempre que haya transcurrido el plazo previsto en el apartado 3 y que el inversionista contendiente haya notificado por escrito con 90 días de anticipación a la Parte Contratante su intención de someter la reclamación a arbitraje, el inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje.

La notificación prevista en este apartado tendrá como fundamento de la reclamación el que la Parte Contratante ha violado una obligación establecida en el presente Acuerdo y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella. En la notificación deberá especificarse el nombre y la dirección del inversionista reclamante, las disposiciones del Acuerdo que considera vulneradas, los hechos y el valor estimado de los perjuicios y compensaciones.

5. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta vulneración a este Acuerdo, así como de las pérdidas o daños sufridos.

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado 1 de este artículo, tratándose de actos administrativos, los 3 años a que se refiere el presente apartado se contarán a partir de que dichos actos sean considerados firmes o definitivos.

6. Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en los literales b) y c) del apartado 3 de este artículo.

7. Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una reclamación a arbitraje por un inversionista de una de las Partes Contratantes, la otra Parte Contratante podrá solicitar a las autoridades financieras de las Partes Contratantes que se consulten mutuamente si el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe sobre el sector financiero. Las consultas se llevarán a cabo durante 120 días. Si las autoridades de ambas Partes Contratantes consideran que el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe, se excluirá la responsabilidad de la Parte Contratante que sea parte en la controversia. Para los efectos de este apartado, se entiende por medidas prudenciales sobre el sector financiero aquellas que se adoptan para el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras.

8. Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o a algunos de los procedimientos arbitrales antes indicados, la elección de uno u otro foro será definitiva.

9. El arbitraje se basará en las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de ley, y en las reglas y principios generalmente admitidos de Derecho Internacional.

10. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversionista, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra compensación por

el total o parte de las pérdidas sufridas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.

11. Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

12. Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante sometidas a proceso judicial o arbitraje internacional de conformidad a lo dispuesto en este artículo, salvo en el caso en que una de las partes en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o al laudo del tribunal de arbitraje, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o laudo arbitral.

E. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN REGULATORIO

20. Como ya se indicó, el sector de la electricidad en Colombia atravesó un período de privatización (o liberalización económica) en los años 90. Hoy en día, Colombia tiene un sector eléctrico regulado por el Estado abierto a la inversión privada.¹⁰ En sus escritos respectivos, las Partes describen algunas características fundamentales del régimen regulatorio de Colombia en relación con el sector de la electricidad, entre ellas: (1) las entidades gubernamentales, (2) la legislación fundamental, (3) los actores del mercado, y (4) el régimen de remuneración. El Tribunal resume algunas de estas características clave a continuación.

(1) Entidades Gubernamentales

21. El Ministerio de Minas y Energía define la política nacional en materia de generación, transmisión, interconexión y distribución de electricidad.¹¹ Está facultado para hacer cumplir las disposiciones jurídicas y reglamentarias pertinentes.¹²

¹⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 35-37; Primer Informe FTI, ¶ 3.2; Memorial de Contestación, ¶¶ 15-19.

¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 38; Anexo C-60, Decreto No. 2119 de 1992, art. 3(1); Memorial de Contestación, ¶ 29.

¹² Memorial de Demanda, ¶ 38; Anexo C-60, Decreto No. 2119 de 1992, art. 3(4)

22. La Comisión de Regulación de Energía y Gas (o “**CREG**”) es una unidad administrativa adscrita al Ministerio de Minas y Energía. Establece las normas que rigen el sector eléctrico en Colombia.¹³ Entre los integrantes de la CREG se encuentran representantes del Ministerio de Minas y Energía, del Ministerio de Hacienda, el Director del Departamento Nacional de Planeación.¹⁴ En particular, la CREG tiene la responsabilidad de establecer la metodología tarifaria para los usuarios regulados.¹⁵
23. El Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios (“**SSPD**”) está facultado para supervisar, inspeccionar y controlar las empresas que prestan servicios de utilidad pública, incluidos los servicios de electricidad. El Superintendente es nombrado por el presidente de Colombia. En particular, el SSPD está facultado para iniciar investigaciones, imponer sanciones e intervenir a las empresas de servicios públicos.¹⁶
24. El Departamento Nacional de Planeación (“**DNP**”) desarrolla, guía y evalúa las políticas públicas, así como gestiona y asigna la inversión pública.¹⁷
25. El Ministerio de Hacienda formula y ejecuta política económica y presupuestos para el pago de subsidios a compañías de electricidad.¹⁸
26. Las Demandantes también señalan que XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. (“**XM**”), que es una filial de la empresa de transporte de electricidad de propiedad estatal mayoritaria, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (“**ISA**”), actúa como operadora del Mercado de Energía Mayorista (“**MEM**”).¹⁹

¹³ Memorial de Demanda, ¶ 38.

¹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 38; Anexo C-57, Ley No. 143 de 1994, art. 21; Memorial de Contestación, ¶ 30; Anexo R-13, art. 1.

¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 38; Anexo, C-57, Ley No. 143 de 1994, art. 23(e).

¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 38; Memorial de Contestación, ¶ 31; Anexo C-59, art. 370; Anexo C-56. Ley No. 142 de 1994, arts. 75, 76, 79.

¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 38(f); Memorial de Contestación, ¶ 29.

¹⁸ Memorial de Demanda, ¶ 38(e).

¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 38(d); ver también Memorial de Contestación, ¶ 8.

(2) Legislación Fundamental

27. Las leyes de servicios públicos y electricidad de 1994 constituyen el marco legislativo subyacente de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.²⁰
28. La Ley No. 142 de 1994 (“**Ley 142**”)²¹ establece principios relativos a la prestación de servicios públicos en Colombia, entre ellos:
- Intervención Estatal en la prestación de servicios públicos;
 - Condiciones y normas relacionadas con la superintendencia de servicios públicos domiciliarios;
 - Condiciones y normas relacionadas con la toma de posesión administrativa y la liquidación de empresas de servicios públicos;
 - Condiciones y normas relacionadas con las Comisiones de Reglamentación pertinentes, como la CREG;
 - Disposiciones relativas a las tarifas utilizadas por las empresas de servicios públicos y a la fijación de fórmulas tarifarias por parte de la comisión reguladora, en este caso, la CREG;
 - Normas generales relativas a los subsidios gubernamentales.
29. La Ley No. 143 de 1994 (“**Ley 143**”) “establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad”.²² En particular, define el concepto de consumo de subsistencia,²³ establece el gobierno y las funciones de la CREG,²⁴ y fija los principios para establecer el régimen tarifario.²⁵

²⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 17-19.

²¹ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994.

²² Ley No. 143 de 1994, C-57, Ley No. 143 de 1994, art. 1.

²³ *Ibid.*, art 11.

²⁴ *Ibid.*, especialmente los arts. 21, 27.

²⁵ *Ibid.*, especialmente los arts. 44-48.

(3) El Mercado de la Electricidad y los Actores del Mercado

30. Las empresas del sector eléctrico de Colombia participan en el Mercado de Energía Mayorista, o MEM. Los actores de este mercado incluyen empresas de generación de electricidad, empresas de transmisión, distribuidores y empresas minoristas o de comercialización, cada una de las cuales se describe más adelante.²⁶
31. Las empresas de generación de electricidad producen electricidad, que se lleva a cabo a lo largo del Sistema Interconectado Nacional (“**SIN**”). El SIN es administrado y operado por la empresa estatal llamada XM. XM también actúa como administrador y operador del MEM.²⁷
32. Aproximadamente el 60% de la generación de electricidad en Colombia se produce a través de centrales hidroeléctricas. Por lo tanto, el sistema es sensible a los fenómenos climáticos que crean fluctuaciones en la cantidad de precipitaciones. Esto incluye los fenómenos de El Niño, que en Colombia dan lugar a una reducción de las precipitaciones durante la duración del evento, y por lo tanto reducen la cantidad de electricidad producida.²⁸
33. Las empresas de transporte transportan electricidad de alto voltaje a través del Sistema de Transmisión Nacional (o “**STN**”). Los transportistas también construyen, administran y mantienen el STN. El principal transportista en Colombia es una empresa de propiedad estatal mayoritaria, ISA.²⁹
34. Los distribuidores transportan la electricidad en los Sistemas de Transmisión Regional (“**STR**”) y en los Sistemas de Distribución Local (“**SDL**”) hasta el consumidor final. Los distribuidores también participan en la operación y el

²⁶ Memorial de Demanda, ¶ 36; Primer Informe FTI, ¶ 3.9.

²⁷ *Ibid.* Memorial de Contestación, ¶ 21.

²⁸ Memorial de Contestación, ¶ 23; Primera Declaración Testimonial González, ¶¶ 12, 66; Primer Informe FTI, ¶ 3.1

²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 36(b); Memorial de Contestación, ¶ 24.

mantenimiento de la red de distribución, incluida la “*planificación de la expansión*” y las “*inversiones*” para los STR.³⁰

35. Los minoristas compran electricidad en el MEM y la venden a los usuarios finales. Así pues, actúan como intermediarios entre los actores del mercado y los consumidores. Los minoristas compran electricidad de dos maneras principales: (i) mediante contratos bilaterales a largo plazo con los generadores y los distribuidores, y (ii) en la “bolsa de energía”.³¹
36. Electricaribe sirve como distribuidor y minorista de electricidad para la región del Caribe.

(4) El Régimen de Remuneración

37. Las empresas de electricidad son remuneradas según un esquema de tres componentes principales: una tarifa, subsidios para usuarios de bajos ingresos y cargos adicionales para financiar programas de infraestructura.
38. Los usuarios finales regulados en Colombia pagan la electricidad según una fórmula tarifaria diseñada por la CREG.³² La tarifa se diseña de acuerdo con los principios establecidos en la Ley 142,³³ entre los que se incluyen: eficiencia económica, suficiencia financiera, neutralidad, solidaridad y redistribución de ingresos, criterios de simplicidad y transparencia.³⁴ La tarifa se desglosa en varios componentes que, sumados, constituyen el costo del servicio que se cobra a los usuarios finales. Los componentes incluyen:
 - Generación de energía (“G”), que representa el costo de la electricidad comprada en el MEM independientemente del lugar de donde provenga la electricidad. El componente G remunera al minorista por el costo de la compra de electricidad y se fija

³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 26; Ex. C-80, art. 2; Memorial de Demanda, ¶ 36(c).

³¹ Memorial de Contestación, ¶ 27.

³² Anexo C-79, Resolución CREG No. 119 de 2007, art. 2.

³³ Anexo C-56 Ley No. 142 de 1994, art 87.7

³⁴ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, artículo 87.7; Primer Informe FTI, ¶ 3.13.

mensualmente sobre la base del precio medio de la electricidad en el mercado, con sujeción a ajustes;³⁵

- Restricciones (“R”), que es un cargo por restricciones técnicas y servicios relacionados con la generación. Se fija mensualmente, y es igual para todos los minoristas;³⁶
- Transmisión y Distribución (“T” y “D”), que son cargos por el uso de las redes de transmisión y distribución. El cargo T es el mismo para todos los usuarios dentro del STN. La tarifa D se calcula según el nivel de voltaje y depende del área de distribución. El uso de la STR (transmisión regional en alta tensión) se remunera con arreglo a una metodología de tope de ingresos. El uso del SDL (distribución local en media y baja tensión) se remunera según una metodología de tope de precio. La CREG estableció metodologías de remuneración para el cargo D en 1997, 2002, 2008 y recientemente en 2018;³⁷
- Minorista (“C”), que remunera el costo de las actividades minoristas, incluyendo la lectura de los medidores, facturación, cobranzas y compra de energía. El cargo C incluye un margen de beneficio. Colombia estableció una metodología de remuneración en 1997 y la actualizó en 2014;³⁸
- Pérdidas reconocidas (“PR”), que reembolsa los costos de pérdidas determinadas evaluando los costos de generación y transmisión de un nivel “eficiente” de pérdidas de energía. Las pérdidas reconocidas a efectos de la tarifa incluyen tanto las pérdidas técnicas como las no técnicas. Las pérdidas técnicas se relacionan con la actividad de transporte y pueden variar en función de factores como la longitud de la red y la caída de voltaje. Las pérdidas no técnicas se relacionan con el fraude y el robo, así como con errores administrativos como la lectura defectuosa de los medidores. Los peritos de las Demandantes en cuestiones regulatorias, FTI Consulting Inc. (“FTI”), señalan que la legislación introducida en 2007 añadió un componente al cargo de PR destinado a remunerar los programas de reducción de pérdidas, pero que dicho componente no se evaluó como un valor ni se cobró a los

³⁵ Primer Informe FTI, ¶ 3.20.

³⁶ Primer Informe FTI, ¶ 3.25.

³⁷ Primer Informe FTI, ¶ 3.31; Anexo FTI-18; Anexo FTI-19; Anexo FTI-20; Anexo FTI-21.

³⁸ Primer Informe FTI, ¶¶ 3.32 – 3.34;

usuarios finales durante el período en que Gas Natural operó Electricaribe.³⁹

39. El período durante el cual la tarifa permanece en vigor es un punto clave de la controversia entre las Partes. La Ley 142 se refiere a un plazo de 5 años en relación con la tarifa,⁴⁰ pero las Partes no coinciden en si la legislación colombiana exige que la tarifa se actualice al final de cada plazo de cinco años, y en particular si Colombia tenía la obligación de revisar y actualizar ciertos componentes de la tarifa durante el mandato de las Demandantes como administradoras de Electricaribe.⁴¹
40. En lo que respecta a los subsidios, las leyes colombianas sobre servicios públicos y electricidad crean un plan de subsidios cruzados basado en un sistema de estratificación social de 6 niveles que se utiliza para categorizar a los diversos usuarios de los servicios de electricidad.⁴² Con arreglo a este plan, los minoristas-distribuidores deben cobrar una tarifa a los usuarios de los estratos más bajos (i.e. los usuarios de menores ingresos) que refleje una reducción del costo unitario de la electricidad. Esta tasa reducida se compensa, al menos en parte, con el hecho de que los usuarios de los estratos superiores y los usuarios comerciales (los usuarios de mayores ingresos) pueden recibir una prima -también conocida como “aporte solidario” - sobre el costo unitario de la electricidad. Este plan de subsidios cruzados tiene por objeto ayudar a los usuarios de menores ingresos a pagar la parte de consumo de subsistencia de la tarifa del mes anterior.⁴³ Todo déficit entre la tarifa reducida que se cobra a los usuarios de los estratos inferiores y los

³⁹ Primer Informe FTI, ¶ 3.35.

⁴⁰ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 126.

⁴¹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 75; Memorial de Contestación, ¶¶ 57, 58.

⁴² Colombia utiliza un sistema de estratificación socioeconómica de seis niveles, en virtud del cual los tres estratos inferiores reciben un subsidio para ayudar a pagar el consumo de electricidad de subsistencia mediante un “aporte solidario” que se cobra a los clientes más ricos de los dos estratos más altos (estratos 5 y 6). Véase el Primer Informe FTI, ¶¶ 2.14, 3.40-3.42, Figura 9.

⁴³ Memorial de Demanda, ¶¶ 80-82; Primer Informe FTI, ¶¶ 3.38-3.42.

ingresos recuperados mediante los “aportes solidarios” se compensa en principio con fondos del presupuesto nacional.⁴⁴

41. Además del esquema de subsidios cruzados, en 2003 Colombia creó un programa de subsidios llamado Fondo de Energía Social (“**FOES**”). El FOES tiene por objeto subvencionar el pago de la electricidad a los usuarios de los dos estratos inferiores del sistema de estratificación de seis niveles de Colombia que residen en “zonas especiales”, que incluyen las áreas rurales de menor desarrollo, las zonas de difícil gestión y los barrios subnormales.⁴⁵ El FOES también se financia con cargo al presupuesto nacional de Colombia.⁴⁶
42. Colombia también ha creado varios fondos para financiar el desarrollo de la infraestructura eléctrica en zonas en que los operadores de redes tendrían pocos incentivos para invertir. Si bien dichos fondos no fueron concebidos para remunerar a los operadores de la red, las Partes citan dos de ellos en el contexto del presente arbitraje. Más concretamente, el Programa de Normalización de Redes Eléctricas (“**PRONE**”) proporciona fondos para proyectos relacionados con la mejora técnica y la normalización de las redes eléctricas en barrios subnormales.⁴⁷ El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales (“**FAER**”), fue creado, como su nombre indica, para apoyar la expansión de la red en las zonas rurales.⁴⁸ Los proyectos desarrollados en el marco de estos fondos no son propiedad del minorista-distribuidor, y no forman parte de los activos remunerados a través de la tarifa.

⁴⁴ Primer Informe FTI, ¶ 3.42; Anexo C-57, Ley No. 143 de 1994, art. 47.

⁴⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 84-85; Primer Informe FTI, ¶¶ 3.43-3.44; Anexo C-71, Ley No. 812 de 2003, Artículo 118; Anexo C-4, Decreto No. 111 de 2012, art. 2.

⁴⁶ Primer Informe FTI, ¶ 3.43.

⁴⁷ Primer Informe FTI, ¶¶ 5.69, 5.71; Anexo FTI-109, Ley No. 788 de 2002; Anexo FTI-107, Decreto No. 1123 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

⁴⁸ Primer Informe FTI, ¶¶ 5.69, 5.70; Anexo FTI-110, Ley No. 633 de 2000; Anexo FTI-108, Decreto No. 1122 de 2008 del Ministerio de Minas y Energía.

F. INTERVENCIÓN Y LIQUIDACIÓN

43. Por resolución de fecha 14 de noviembre de 2016, la SSPD ordenó que los bienes, activos y negocios de Electricaribe fuesen intervenidos administrativamente.⁴⁹ En su resolución, la SSPD señaló en particular la precaria situación financiera de la empresa, la dificultad para cumplir sus obligaciones comerciales con terceros y la dificultad conexas para obtener financiación. En su Memorial de Contestación, la Demandada sostiene que se cumplieron al menos dos de los motivos de intervención enumerados en la Ley 142, a saber: (i) la incapacidad de cumplir las obligaciones comerciales, y (ii) la incapacidad de prestar el servicio de utilidad pública con la continuidad y la calidad que exige la ley.⁵⁰
44. Antes de la toma de posesión, en mayo de 2016, la SSPD impuso un plan de gestión obligatorio que requería que Electricaribe cumpliera con las normas en relación con seis puntos principales: inversiones, mantenimiento de la red, pérdidas, indicadores de calidad, cobros y servicio al cliente.⁵¹
45. Como se resume con mayor detalle más adelante (sección III (E)), a finales del verano de 2016 las dificultades financieras de Electricaribe continuaban, como lo demuestra el hecho de que XM había iniciado varios procedimientos de limitación de suministro contra Electricaribe. Un procedimiento de limitación de suministro es un procedimiento regulatorio adoptado por la CREG e iniciado por XM cuando un distribuidor incumple las obligaciones relacionadas con las operaciones en la bolsa de energía o contratos bilaterales, o no presenta garantías bancarias.⁵² Los procedimientos de limitación de suministro pueden dar lugar a una reducción del suministro de energía (es decir, apagones medidos).⁵³

⁴⁹ Anexo C-2, Resolución Administrativa de Intervención, 14 de noviembre de 2016.

⁵⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 192-193

⁵¹ Memorial de Contestación, ¶ 194; Anexo R-34, SSPD, Notificación, Por la cual el SSPD impone un Programa de Gestión en Electricaribe, 2 de Mayo de 2016; Anexo R-55, SSPD, "Primer Informe de Seguimiento Trimestral al Cumplimiento del Programa de Gestión por Electricaribe S.A. E.S.P." julio-agosto de 2016.

⁵² Memorial de Contestación, ¶ 198, Anexo R-87, Resolución CREG No. 116 de 1998, art. 5.

⁵³ Memorial de Contestación, ¶ 200.

46. En una carta de fecha 3 de noviembre de 2016, Electricaribe escribió al Ministerio de Minas y Energía explicando la difícil situación financiera a la que se enfrentaba, y señalando que no podía obtener garantías bancarias o flujo de caja para hacer depósitos en efectivo de las obligaciones pendientes.⁵⁴ Poco más de una semana después, la SSPD actuó para poner a Electricaribe en intervención.
47. La ley colombiana establece un plazo de dos meses, prorrogable por otros dos meses, para determinar los próximos pasos de la Compañía después de la intervención. Existían dos opciones, a saber, la liquidación y la administración. En el marco de la liquidación, la SSPD inicia un procedimiento de quiebra y vende los activos de la empresa intervenida; en el marco de la administración, la SSPD gestiona la empresa durante un plazo máximo de dos años, tras el cual la empresa es devuelta a sus funcionarios y directores.⁵⁵
48. El 30 de diciembre de 2016, el representante especial designado para Electricaribe, Sr. Javier Lastra, presentó un informe sobre la situación de Electricaribe hasta noviembre de 2016.⁵⁶ El 13 de marzo de 2017, la Directora de entidades intervenidas y en liquidación presentó su recomendación a la SSPD de liquidar Electricaribe.⁵⁷
49. Por resolución de fecha 14 de marzo de 2017, la SSPD resolvió liquidar Electricaribe.⁵⁸
50. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada confirma que se celebró una subasta el 20 de marzo de 2020, por la cual se identificó a los adjudicatarios

⁵⁴ Memorial de Contestación, ¶ 224; Anexo R-57, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) a MinMinas (Ministro Arce), CREG (Sr. Castro), el SSPD (Sr. Mendoza), y XM (Sra. Arboleda), “Proceso de Limitación de Suministro – Publicación avisos de prensa” 3 de Noviembre de 2016.

⁵⁵ Memorial de Contestación, ¶ 247; Anexo R-74, Decreto No. 663 de 1993, art. 116; Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 60.

⁵⁶ Memorial de Contestación, ¶ 250; Anexo R-83, Agente Especial Javier Lastra Fuscaldo, “Informe de Situación Electricaribe corte a 30 de noviembre de 2016”, 30 de diciembre de 2016.

⁵⁷ Anexo R-84, Opinión de la SSPD sobre la Modalidad de la Toma de Posesión, 13 de marzo de 2017.

⁵⁸ Memorial de Contestación, ¶ 256; Anexo C-3, Resolución No. SSPD-2017100005985, 14 de marzo de 2017.

de la venta de los activos de Electricaribe. Se esperaba que la venta se produjera en 6 meses a partir de la fecha de la subasta.⁵⁹

II. ANTECEDENTES PROCESALES

51. El 21 de marzo de 2017, los Demandantes iniciaron el presente arbitraje de conformidad con el artículo 10(3) del Tratado y mediante la presentación de una “Notificación del Arbitraje” a la Demandada de conformidad con el artículo 3(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (el “**Reglamento de la CNUDMI**”).
52. El 8 de junio de 2017, las Demandantes nombraron al Sr. Eric Schwartz como árbitro.
53. El 19 de julio de 2017, la Demandada nombró al Sr. Alexis Mourre como árbitro.
54. A petición de las Partes para la designación de una autoridad nominadora, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje designó a la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler como autoridad nominadora.
55. El 19 de diciembre de 2017, la autoridad nominadora eligió al Sr. Stephen Drymer como árbitro presidente.
56. El 13 de febrero de 2018, el Tribunal y las Partes celebraron una reunión procesal por conferencia telefónica. En la reunión, las Partes confirmaron que los miembros del Tribunal habían sido debida y válidamente nombrados y que el procedimiento se desarrollaba de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976. Las Partes acordaron, entre otras cosas, que (i) la sede del arbitraje sería Londres, Inglaterra; (ii) los idiomas del arbitraje serían el español e inglés; (iii) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”).

⁵⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 156.

administraría el procedimiento; y (iv) el Tribunal podría nombrar un Asistente, además de los servicios de secretaría proporcionados por el CIADI.

57. El 19 de febrero de 2018, el Tribunal informó a la Secretaria General del CIADI que las Partes habían acordado que el CIADI administrara el caso.
58. El 22 de febrero de 2018, la Secretaria General informó a las Partes que el CIADI aceptaba el nombramiento de las Partes para administrar el caso. La Secretaria General designó a la Sra. Celeste E. Salinas Quero, Consejera Jurídica del CIADI, para que actuara como Secretaria del Tribunal.
59. El 28 de febrero de 2018, el Tribunal y las Partes firmaron las Condiciones de Nombramiento. En la misma fecha, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, con el calendario procesal y en la que se recogen los acuerdos de las Partes y las determinaciones del Tribunal sobre cuestiones procesales.
60. El 15 de junio de 2018, las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda. Se acompañaron al Memorial de Demanda:
 1. Declaración Testimonial de María Eugenia Coronado, del 15 de junio de 2018;
 2. Declaración Testimonial de Sergio Aranda, del 15 de junio de 2018;
 3. Informe Pericial de Blanca Perea y Liliana Díaz de FTI Consulting, del 15 de junio de 2018, junto con los Anexos FTI-001 a FTI-150;
 4. Informe Pericial de Santiago Dellepiane A. y Marcelo A. Schoeters de Compass Lexecon, del 15 de junio de 2018, junto con los Anexos CLEX-001 a CLEX-076;
 5. Anexos C-058 a C-272; y
 6. Autoridades Legales CLA-001 a CLA-089.
61. El 4 de diciembre de 2018, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo, Memorial de Jurisdicción y Contrademandas (el “**Memorial de Contestación**”). Se acompañaron al Memorial de Contestación:
 1. Declaración Testimonial del Sr. Tomás González, del 30 de noviembre de 2018;

2. Declaración Testimonial del Sr. José Miguel Mendoza, del 30 de noviembre de 2018;
 3. Declaración Testimonial del Sr. José Fernando Plata, del 30 de noviembre de 2018;
 4. Declaración Testimonial de la Sra. Carolina Soto, del 30 de noviembre de 2018;
 5. Opinión legal del Dr. Carlos Alberto Atehortúa, del 4 de diciembre de 2018;
 6. Informe Pericial del Dr. Pedro L. Marín y el Sr. Jack Stirzaker The Brattle Group, del 4 de diciembre de 2018, junto con Anexos BR-1 a BR-78, y papeles de trabajo A a D;
 7. Anexos R-0001 a R-0341; y
 8. Autoridades Legales RLA-0001 a RLA-0053.
62. El 3 de abril de 2019, las Demandantes presentaron su Memorial de Réplica (la “**Réplica**”). Se acompañaron a la Réplica:
1. Declaración Testimonial de la Sra. Paulina Llerena De La Hoz, del 2 de abril de 2019;
 2. Segunda Declaración Testimonial de la Sra. María Eugenia Coronado, del 3 de abril de 2019;
 3. Segunda Declaración Testimonial del Sr. Sergio Aranda, del 2 de abril de 2019;
 4. Informe Pericial de Réplica de la Sra. Blanca Perea y de la Sra. Liliana Díaz, FTI Consulting, del 3 de abril de 2019, junto con lista de Anexos FTIRR-001 a FTIRR-022 y Papel de Trabajo;
 5. Informe Suplementario del Sr. Manuel A. Abdala y del Sr. Marcelo A. Schoeters, Compass Lexecon, del 3 de abril de 2019; e
 6. Informe Pericial del Sr. Carlos Gustavo Arrieta Padilla (vuelto a presentar el 10 de abril de 2019), junto con Anexos CGA-1 a CGA-36;
 7. Anexos C-0273 a C-0481; y
 8. Autoridades Legales CLA-0090 a CLA-0122.
63. El 24 de mayo de 2019, el Presidente del Tribunal informó a las Partes que la Asistente, la Sra. Nadeau-Séguin, había dejado el despacho y solicitó la aprobación de las Partes para nombrar al Sr. Joshua Crowe para reemplazarla. El 30 y 31 de mayo de 2019, las Demandantes y la Demandada, respectivamente, confirmaron su acuerdo con el nombramiento del Sr. Crowe como Asistente del Tribunal.
64. El 15 de junio de 2019, la Demandada presentó (i) una versión revisada del Memorial de Contestación, habiendo eliminado las referencias al Anexo R-0258;

y (ii) una versión actualizada del listado de anexos. La Demandada presentó una versión revisada del Memorial de Contestación para hacerse cargo de la preocupación expresada por las Demandantes de que el Anexo R-0258 estaba protegido como secreto profesional de la relación abogado- cliente. La Demandada notó que, si bien no estaba de acuerdo con la afirmación de las Demandantes de que tal Anexo estuviese protegido por el secreto profesional del abogado-cliente, el Anexo había sido eliminado.

65. El 19 de junio de 2019, las Demandantes escribieron al Tribunal alegando que la versión revisada del Memorial de Contestación no protegía el derecho de las Demandantes a que información secreta no fuese revelada. Las Demandantes solicitaron al Tribunal que ordenara a la Demandada volver a presentar la versión revisada del Memorial de Contestación. El 21 de junio de 2019, la Demandada respondió indicado que no veía necesidad de volver a presentar una segunda versión revisada de su Memorial de Contestación. El 26 de junio de 2019, el Tribunal ordenó a la Demandada a volver a presentar su versión revisada del Memorial de Contestación con marcadores en ciertas notas al pie de página que indicaran que no se había acompañado ningún anexo. El 3 de julio de 2019, la Demandada volvió a presentar su versión revisada del Memorial de Contestación, con un listado de anexos revisados (excluyendo el Anexo R-0258), autoridades legales, declaraciones testimoniales, e informes periciales.
66. El 2 de agosto de 2019, la Demandada presentó una Dúplica sobre el Fondo, y una Réplica sobre Jurisdicción y Contrademandas (la “**Dúplica**”). Se acompañaron a la Dúplica:
1. Declaración Testimonial del Sr. German Castro Ferreira, del 1 de agosto de 2019;
 2. Declaración Testimonial del Sr. Edgardo Sojo González, del 1 de agosto de 2019;
 3. Declaración Testimonial de la Sra. Cecilia Maya Ochoa, del 1 de agosto de 2019;
 4. Declaración Testimonial del Sr. Ángel Castañeda Manrique, del 1 agosto de 2019;
 5. Declaración Testimonial del Sr. Yesid Reyes, del 1 de agosto de 2019;

6. Declaración Testimonial del Sr. Erney Galván, del 1 de agosto de 2019;
 7. Declaración Testimonial del Sr. Carlos Sandoval, del 1 de agosto de 2019;
 8. Segunda Declaración Testimonial del Sr. José Miguel Mendoza, del 1 de agosto de 2019;
 9. Segunda Declaración Testimonial del Sr. José Fernando Plata, del 1 de agosto de 2019;
 10. Segunda Declaración Testimonial del Sr. Tomás González, del 1 de agosto de 2019;
 11. Segunda Declaración Testimonial de la Sra. Carolina Soto, del 1 de agosto de 2019;
 12. Segunda Opinión Legal del Dr. Carlos Alberto Atehortúa, del 1 de agosto de 2019;
 13. Segundo Informe Pericial del Dr. Pedro L. Marín y del Sr. Jack Stirzaker de The Brattle Group, del 1 de agosto de 2019, junto con Anexos BR-079 a BR-139, y Papeles de Trabajo E a J;
 14. Anexos R-0342 a R-0504 (excluyendo R-0258); y
 15. Autoridades Legales RLA-0054 a RLA-0064.
67. El 11 de octubre de 2019, las Demandantes presentaron una Dúplica sobre Jurisdicción y Contrademandas (la **“Dúplica de las Demandantes”**). Se acompañaron a la Dúplica de las Demandantes:
1. Segunda Declaración Testimonial de la Sra. Paulina Llerena de la Hoz, del 11 de octubre de 2019;
 2. Tercera Declaración Testimonial del Sr. Sergio Aranda, del 11 de octubre de 2019;
 3. Informe Pericial Económico sobre las Contrademandas de Colombia del Sr. Manuel A. Abdala y del Sr. Marcelo A. Schoeters, Compass Lexecon, del 11 de octubre de 2019, junto con los Anexos CLEX-106 a CLEX-110
 4. Informe Pericial de la Contrademanda de la Sra. Blanca Perea y de la Sra. Liliana Díaz, del 11 de octubre de 2019, junto con los Anexos FTICC-001 a FTICC-024;
 5. Anexos C-482 a C-516; y
 6. Autoridad CLA-123
68. El 17 de diciembre de 2018, y de acuerdo con el calendario de la Resolución Procesal No. 1, y su modificación de 14 de diciembre de 2018, las Partes notificaron al Tribunal que no pretendían presentar solicitudes de exhibición de documentos.
69. El 25 de noviembre de 2019, el Presidente del Tribunal y las Partes tuvieron una reunión organizativa previa a la audiencia mediante conferencia telefónica.

70. Mediante correo electrónico de 25 de noviembre de 2019, el Sr. Eric Schwartz reveló a las Partes que había sido contactado por Three Crowns en otro caso para un potencial nombramiento como árbitro.
71. Mediante carta del 27 de noviembre de 2019, la Demandada solicitó a las Demandantes afirmar que ningún abogado de los que han estado o que estarán involucrados en este caso han estado o estarán involucrados en el caso respecto del cual se pretendió el nombramiento del Sr. Schwartz.
72. El 2 de diciembre de 2019, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 2 sobre la organización de la audiencia.
73. El entre el 5 y el 13 de diciembre de 2019, el Tribunal celebró una audiencia sobre jurisdicción y el fondo en Washington D.C. (la “**Audiencia**”).
74. Los siguientes individuos estuvieron presentes en la Audiencia:

Tribunal:

Sr. Stephen L. Drymer	Presidente
Sr. Eric A. Schwartz	Árbitro
Dr. Alexis Mourre	Árbitro

Asistente del Tribunal:

Sr. Joshua Crowe	Asistente del Tribunal
------------------	------------------------

Secretariado del CIADI:

Sra. Celeste E. Salinas Quero	Secretaria del Tribunal
-------------------------------	-------------------------

Por las Demandantes

Abogados:

Sr. Gaëtan Verhoosel	Three Crowns LLP
Sra. Carmen Martinez Lopez	Three Crowns LLP
Sr. Agustin G. Sanz	Three Crowns LLP
Sr. Richard Trinick	Three Crowns LLP
Sra. Vanessa Moracchini	Three Crowns LLP
Sra. Laura Pereira	Three Crowns LLP
Sr. César Coronel Ortega	Three Crowns LLP
Sra. Holly Pelham-Stewart	Three Crowns LLP
Sra. Kelly Renehan	Three Crowns LLP

Representantes:

Sr. Manuel García Cobaleda	Naturgy
----------------------------	---------

Testigos:

Sr. Sergio Aranda
Sra. María Eugenia Coronado

Expertos:

Sr. Manuel Abdala
Sr. Andres Casserly
Sra. Liliana Diaz
Sr. Juan Antonio Garcia
Sr. Pedro Legris
Sra. Blanca Perea
Sr. Marcelo A. Schoeters

Naturgy
Naturgy

Compass Lexecon
Compass Lexecon
FTI Consulting, Inc.
Compass Lexecon
Compass Lexecon
FTI Consulting, Inc.
Compass Lexecon

Por la Demandada:

Abogados:

Sr. Stanimir A. Alexandrov
Sra. Jennifer Haworth McCandless
Sra. Marinn Carlson
Sr. Patrick Childress
Sra. María Carolina Durán
Sra. Veronica Restrepo
Sr. Gavin Cunningham
Sra. Maya Shair
Sra. Kate Bartoli

Representantes:

Sr. Camilo Gómez Alzate

Sra. Ana María Ordoñez

Sra. Stefanny Justinico

Sra. Clara Maria Gonzalez

Sra. Aura Maria Londoño

Sra. Natasha Avendaño

Testigos:

Sr. Tomás González
Sr. José Miguel Mendoza
Sr. José Fernando Plata
Sr. Edgardo Sojo
Sra. Carolina Soto

Expertos:

Sr. Pedro Marin
Sr. Jack Stirzaker

Stanimir A. Alexandrov, PLLC
Sidley Austin LLP
Sidley Austin LLP

Director General, Agencia Nacional
de Defensa Jurídica del Estado
Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado
Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado
Secretaria Jurídica de la
Presidencia de la República
Coordinadora Grupo de Gestión
Público-Privado Presidencia de la
República
Superintendente de Servicios
Públicos Residenciales

The Brattle Group
The Brattle Group

75. A lo largo de la Audiencia hubo servicios de estenografía y de interpretación. El Sr. Dante Rinaldi prestó servicios de estenografía en español, y el Sr. David Kasdan en inglés. El Sr. Charles Roberts, la Sra. Silvia Colla, y el Sr. Daniel Giglio prestaron servicios de interpretación simultánea español-inglés.

76. Durante la Audiencia, cada Parte presentó los siguientes Anexos:

Demandantes:

1. Anexo demostrativo, sin número (Alegato de Apertura de las Demandantes);
2. Anexo demostrativo, sin número (Mendoza-Plata Comparación);
3. Anexo demostrativo, sin número (Presentación sobre Cuantía por el Sr. Manuel Abdala y el Sr. Marcelo A. Schoeters); y
4. C-0517 (esp/ing).⁶⁰

Demandada:

1. RD-1 (Alegato de Apertura);
2. RD-2 (Presentación sobre Distribución Tarifaria);
3. RD-3 (Presentación de Brattle: Análisis de Quantum y Contrademandas de Colombia); y
4. Anexos R-0505 a R-0518.⁶¹

77. El 5 de diciembre de 2019, al comienzo de la Audiencia, el Presidente del Tribunal invitó a las Partes a consultar entre sí y reportar al Tribunal sobre el asunto de la revelación del Sr. Schwartz de 25 de noviembre de 2019. Por correo electrónico

⁶⁰ El 9 de diciembre de 2019, en la Audiencia, las Demandantes solicitaron permiso al Tribunal para introducir un nuevo documento, Anexo C-517. La Demandada, haciendo referencia al 8.6 de la Resolución Procesal No. 1, indicó que, si bien consideraba que no había circunstancias excepcionales que justificaran lo tardío de la solicitud de las Demandantes, la Demandada estaría dispuesta a aceptar la incorporación del documento, sujeto a que las Demandantes actuaran recíprocamente, y no objetaran que Demandada incorporase otros documentos por no demostrar circunstancias excepcionales. El Tribunal otorgó la solicitud de las Demandantes y permitió la incorporación del documento como Anexo C-517. El Tribunal notó que las Partes serían tratadas de manera equitativa y que el Tribunal determinaría solicitudes similares, de haberlas, caso a caso, tomando en consideración las circunstancias según sean presentadas y traídas a la atención del Tribunal. Transcripción de la Audiencia, Día 3, págs. 678 - 694.

⁶¹ El 10 de diciembre de 2019, en la Audiencia, las Partes acordaron incorporar al expediente los apéndices de la Agenda Regulatoria referidos en la carta del Ministro González a Electricaribe del 18 de diciembre de 2014 (Anexo C-6). Los apéndices fueron introducidos como Anexos R-505 a R-518 (Transcripción de la Audiencia, Día 4, págs. 1176 - 1177).

de 7 de diciembre de 2019, el Tribunal recordó a las Partes reportar al respecto, notando que desearía resolver el asunto el lunes 9 de diciembre de 2019. El 9 de diciembre de 2019, al comienzo de la Audiencia, el Sr. Verhoosel confirmó que ningún miembro del equipo de Three Crowns trabajando en este caso había estado involucrado en el otro caso al cual se refería la relevación del Sr. Schwartz. El Sr. Verhoosel además señaló que ningún miembro de Three Crowns trabajando en este caso estaría involucrado en el otro caso hasta que el Tribunal en este caso emitiese su laudo final. El Sr. Stanimir confirmó que la Demandada no tenía objeción contra el Sr. Schwartz aceptando el nombramiento en el otro caso, ni con el involucramiento de Three Crowns en el presente caso.⁶²

78. Al cierre de la Audiencia, el Tribunal y las Partes discutieron los pasos posteriores a la Audiencia. Se acordó que las Partes consultarían entre sí y reportarían sobre un acuerdo respecto de la fecha y formato para la presentación de los escritos posteriores a la audiencia y presentaciones sobre costos.
79. El 20 de diciembre de 2019, las Partes informaron al Tribunal sobre sus acuerdos para presentar las correcciones a las transcripciones el 10 de febrero de 2020; los escritos posteriores a la audiencia el 27 de marzo de 2020; y presentaciones sobre costos el 17 de abril de 2020. El Tribunal aprobó el acuerdo de las Partes en esa misma fecha.
80. El 8 de enero de 2020, las Demandantes solicitaron al Tribunal incorporar al expediente los apéndices correspondientes a los Anexos R-505, R-507, R-509, y R-512 (las Agendas Regulatorias del CREG para los años 2012-2015). El 9 de enero de 2020, con traslado otorgado por el Tribunal, la Demandada se opuso a la incorporación de tales apéndices al expediente. El 14 de enero de 2020, el Tribunal decidió que no era necesario ni útil permitir la incorporación de tales apéndices a esa altura. El Tribunal consideró que era suficiente que se

⁶² Transcripción de la Audiencia, Día 3, págs. 674-676.

incorporaran los apéndices de la Agenda Regulatoria referidos en la carta del Ministro González (C-6), salvo que ya estuvieran en el expediente.

81. El 10 de febrero de 2020, las Partes informaron al Tribunal que habían acordado prorrogar por 24 horas el plazo para la presentación de las correcciones a las transcripciones. En esa misma fecha el Tribunal aprobó la prórroga acordada.
82. El 11 de febrero de 2020, las Partes presentaron al Secretariado las correcciones que acordaron a las transcripciones para que fueran incorporadas por los estenógrafos. El 18 de febrero de 2020, el Secretariado entregó a las Partes y al Tribunal las transcripciones revisadas.
83. El 27 de marzo de 2020, cada Parte presentó un escrito posterior a la Audiencia.
84. El 17 de abril de 2020, cada Parte presentó su escrito sobre costos.

III. DECLARACIONES DE LAS PARTES SOBRE CUESTIONES DE HECHO Y REGULATORIAS

85. Las reclamaciones de las Demandantes y las reconveniones de la Demandada se enmarcan en una matriz compleja de cuestiones de hecho y regulatorias que subyacen e informan en gran medida las posiciones de las Partes sobre las cuestiones jurídicas en litigio.
86. En la presente sección, el Tribunal resume las opiniones de las Partes -y en algunos casos de sus peritos- sobre dichas cuestiones de hecho y regulatorias subyacentes, incluidas las relativas a: (A) el entorno regulatorio, (B) el nivel de inversión y la calidad del servicio de Electricaribe durante el mandato de Gas Natural, (C) la exposición de Electricaribe en la bolsa de energía, (D) los supuestos compromisos de Colombia de promulgar una reforma regulatoria, (E) las circunstancias que rodearon la decisión intervenir Electricaribe, y (F) las alegaciones de acoso de las Demandantes.

87. El Tribunal no pretende ni tiene la intención de proporcionar un resumen exhaustivo de todas las cuestiones de hecho y regulatorias, pruebas y opiniones presentadas durante el Arbitraje. Más bien, la intención del Tribunal es proporcionar una breve reseña de los aspectos clave de las declaraciones de las Partes y, al hacerlo, proporcionar el contexto de la controversia, así como de las reclamaciones y reconvenciones presentadas por las Partes en este arbitraje. El resumen y el análisis del Tribunal de las demandas judiciales y reconvencionales de las Partes se presentan en la sección V, *infra*.

A. EL ENTORNO REGULATORIO

88. Ambas Partes reconocen que Electricaribe se encontraba en una situación financiera difícil en noviembre de 2016, cuando Colombia decidió intervenir la Compañía. Sin embargo, las Partes no están de acuerdo en cuanto a la forma en que la Compañía llegó a dicha posición y quién debe responder por ello en última instancia. Las Demandantes sostienen, en general, que el entorno regulatorio no fue suficiente para garantizar que el suministro de electricidad en la región del Caribe fuera viable desde el punto de vista financiero. La Demandada no está de acuerdo y sugiere que los problemas financieros de Electricaribe fueron el resultado de la mala gestión de Gas Natural.

89. Ambas Partes han presentado conocimientos especializados de economía en los sectores de energía regulados. Si bien las Partes no llamaron a sus peritos para declarar sobre cuestiones regulatorias en la audiencia, los informes periciales proporcionan antecedentes importantes sobre las cuestiones jurídicas en litigio. En la siguiente sección se examinan las opiniones de las Partes y de sus peritos sobre la forma en que las especificidades del mercado de la región del Caribe afectan al suministro de servicios de electricidad, así como las obligaciones del gobierno en relación con la tarifa.

(1) Particularidades del Mercado en la Región de Servicios de Electricaribe

90. Los peritos de las Demandantes en materia regulatoria, Dra. Blanca Perea y Liliana Díaz de FTI Consulting Inc. (“FTI”), dicen que la idiosincrasia de la zona de servicio de Electricaribe afecta a la prestación de servicios de electricidad en la región. El mayor énfasis se pone en los factores socioeconómicos y, en particular, en el alto nivel de pobreza de la Costa Caribe. En general, las Demandantes sostienen que estas idiosincrasias repercuten notablemente en el desempeño de la empresa, sobre todo en indicadores como las tasas de recaudación y las pérdidas estructurales.⁶³
91. Según un estudio citado por la FTI, se considera que aproximadamente el 26% de los habitantes de la región del Caribe se encontraban por debajo del umbral de pobreza en 2016.⁶⁴ Si bien los niveles de pobreza mejoraron durante el período en que estuvo vigente Gas Natural, FTI observa que los niveles de pobreza de la región se han mantenido en general por encima del promedio nacional. Añaden que, a pesar de la reducción de los niveles de pobreza, muchos habitantes de la región siguen estando justo por encima del umbral de pobreza y siguen teniendo un poder adquisitivo extremadamente bajo.⁶⁵ Muchos usuarios de Costa Caribe, según las Demandantes, sencillamente no pueden pagar sus facturas de electricidad.⁶⁶
92. En 2016, la composición del mercado de Electricaribe incluía el 93% de los usuarios de los tres estratos inferiores del sistema de estratificación socioeconómica de seis niveles utilizado por Colombia.⁶⁷ Esta es una proporción

⁶³ Primer Informe FTI, ¶ 4.1.

⁶⁴ Primer Informe FTI, ¶ 4.11; Anexo FTI-046, *Banco de la República, Centro de Estudios Económicos Regionales, CEER (2017), “Evolución socioeconómica de la región Caribe colombiana entre 1997 y 2017”*; Memorial de Demanda, ¶ 46.

⁶⁵ Primer Informe FTI, ¶¶ 4.8-4.13.

⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 49-50; ver también Primer Informe FTI, ¶¶ 4.25-4.29.

⁶⁷ Primer Informe FTI, ¶ 4.24. Colombia utiliza un sistema de estratificación socioeconómica de seis niveles, en virtud del cual los tres estratos inferiores reciben un subsidio para ayudar a pagar el consumo de electricidad de subsistencia mediante un “aporte solidario” que se cobra a los clientes más ricos de los dos estratos más altos (estratos 5 y 6). El sistema de remuneración con subsidios cruzados vigente en Colombia se describe en el Primer Informe FTI, ¶ 2.14.

mayor en comparación con otros dos grandes minoristas-distribuidores de Colombia, EPM y CODENSA, cuya composición de mercado incluía el 78% y el 73% de los usuarios de dichos estratos, respectivamente.⁶⁸ Además, el 51% de los usuarios de Electricaribe pertenecen al estrato más bajo, en comparación con el 19% y el 7% de EPM y CODENSA, respectivamente.

93. El gobierno y los agentes de la industria han adoptado políticas especiales para acomodar y atender a los estratos más bajos de la población de Colombia. Por ejemplo, se han definido zonas especiales en un esfuerzo por prestar un mejor servicio a las poblaciones de bajos ingresos. Dichas zonas especiales incluyen barrios subnormales, zonas en que el funcionamiento es difícil y zonas rurales subdesarrolladas.⁶⁹ Cada zona presenta problemas específicos, en particular en lo que respecta a la recaudación de los pagos por servicios de electricidad.
94. En cuanto a los barrios subnormales, muchos de ellos tienen medidores comunitarios, en lugar de medidores específicos para cada vivienda.⁷⁰ Esto puede imponer restricciones indirectas a los esfuerzos de una empresa para hacer frente al impago, por ejemplo, interrumpiendo el servicio a los clientes individuales que no pagan. FTI cita un informe de la SSPD de 2016 que muestra que el 80% de los barrios subnormales de Colombia están situados en la Costa Caribe.⁷¹ El número de barrios subnormales de la región creció entre 2010 y 2013, a pesar de los esfuerzos de “normalización” de Electricaribe y el gobierno.⁷² Las Demandantes citan un informe de Ágora de 2017 que sugiere que el 15% de los clientes de Electricaribe residen en barrios subnormales.⁷³

⁶⁸ Primer Informe FTI, ¶ 4.24. EPM y CODENSA son otros dos minoristas-distribuidores en Colombia. Junto con Electricaribe, las tres empresas abastecen más del 50% de la demanda de electricidad en el país, con EPM y CODENSA ocupando el 18% y el 15% de la cuota de mercado, respectivamente (Primer Informe FTI, ¶ 4.7).

⁶⁹ Primer Informe FTI, ¶ 4.15.

⁷⁰ Primer Informe FTI, ¶ 4.16.

⁷¹ Segundo Informe FTI, ¶ 4.12; Anexo C-162, SSPD, Programa de Gestión de Electricaribe – Energía Digna para el Caribe, May 2016, p. 23.

⁷² Primer Informe FTI, ¶¶ 4.17-4.18.

⁷³ Memorial de Demanda, ¶ 46(c); Anexo C-203, Ágora, *Proyección Financiera de Electricaribe*, 20 de enero de 2017 (“Informe Ágora”).

95. Las zonas en que el funcionamiento es difícil se caracterizan por el grado de dificultad que experimentan las empresas para cobrar los pagos de electricidad.⁷⁴ FTI señala que entre 2012 y 2018, Electricaribe atendió consistentemente a más del 77% de los clientes en Colombia que residen en estas zonas especiales.⁷⁵ Las Demandantes señalan que el 48% de los clientes de Electricaribe residen en zonas especiales.⁷⁶
96. Según las Demandantes, a finales de septiembre de 2016, la deuda acumulada por las facturas de electricidad impagas de los usuarios de los barrios subnormales ascendía a unos US\$326 millones. En el conjunto de todas las zonas especiales, la deuda ascendía a aproximadamente US\$511,7 millones.⁷⁷
97. Dadas estas idiosincrasias socioeconómicas, las Demandantes sostienen que Electricaribe depende en gran medida de los subsidios del gobierno. Las Demandantes señalan que, a octubre de 2016, Colombia debía aproximadamente US\$30,3 millones en subsidios no pagados.⁷⁸
98. En respuesta a algunos de los análisis comparativos de la Demandada con otras empresas de electricidad colombianas, las Demandantes reiteran su insistencia en que las condiciones de mercado en Costa Caribe son únicas. Critican la fiabilidad de los análisis comparativos de la Demandada.⁷⁹ FTI observa además que los propios funcionarios colombianos han reconocido el impacto de las características específicas del mercado en el negocio de la distribución de electricidad en Costa Caribe.⁸⁰
99. Además de los factores socioeconómicos, las Demandantes sugieren que en Costa Caribe existe una cultura de impago de los servicios de electricidad. Por

⁷⁴ Primer Informe FTI, ¶¶ 4.13-4.15.

⁷⁵ Segundo Informe FTI, ¶ 4.13.

⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶ 46(b).

⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 50.

⁷⁸ Memorial de Demanda, ¶ 53.

⁷⁹ Segundo Informe FTI, ¶¶ 4.3-4.21.

⁸⁰ Segundo Informe FTI, ¶¶ 4.22-4.24

consiguiente, algunos usuarios con medios para pagar la electricidad simplemente se niegan a hacerlo.⁸¹ Incluso algunas entidades públicas, según las Demandantes, no han pagado las facturas de electricidad, de modo que la deuda de la entidad pública, como la llaman, ascendía a unos US\$63,5 millones al 30 de septiembre de 2016.⁸²

100. El efecto de estas particularidades del mercado se ve agravado, según las Demandantes, por varios otros factores que impiden la ejecución del cobro de facturas. Éstos van desde las protecciones constitucionales reconocidas por la Corte Suprema de Colombia que limitan indirectamente la capacidad de Electricaribe de practicar interrupciones del servicio en determinadas zonas, incluidos los barrios subnormales, hasta la amenaza de violencia en ausencia de la aplicación de la ley, y la labor de delincuentes -denominados marañeros- que vuelven a conectar rápidamente a los usuarios morosos después de que se les ha cortado el servicio.⁸³
101. Por último, si bien las Demandantes observan un aumento de la demanda de electricidad durante su gestión de Electricaribe, sostienen que el aumento de la demanda no mejoró los ingresos. Las Demandantes, apoyados por FTI, señalan que el crecimiento de la demanda se concentró en los tres estratos inferiores del sistema de estratificación de 6 niveles de Colombia, y se asoció con una disminución de la tasa de recaudación de Electricaribe.⁸⁴ Añaden que la tarifa vigente en ese momento no reflejaba el monto de la inversión necesaria en términos de mantenimiento y ampliación de la red para atender el aumento de la demanda.⁸⁵ En resumen, Electricaribe experimentó un aumento en el consumo de electricidad, sin un aumento proporcional de los ingresos.

⁸¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 54-57; Primer Informe FTI, ¶ 5.30.

⁸² Memorial de Demanda, ¶¶ 66-68.

⁸³ Memorial de Demanda, ¶¶ 58-65; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 34-46.

⁸⁴ Segundo Informe FTI, ¶ 4.28.

⁸⁵ Segundo Informe FTI, ¶¶ 4.28-4.29.

102. La Demandada impugna las alegaciones de las Demandantes relativas al impacto de la pobreza en las tasas de cobro de Electricaribe. Sus peritos en cuestiones regulatorias y de cuantía, los Sres. Pedro L. Marín y Jack Stirzaker de The Brattle Group (“**Brattle**”), afirman que las Demandantes no establecen un vínculo causal entre la pobreza y los riesgos operativos como el impago y las altas pérdidas estructurales.⁸⁶ En todo caso, dice la Demandada, las altas tasas de fraude e impago en el sector de la electricidad han existido en la región del Caribe desde mucho antes de que las Demandantes tomaran el control de Electricaribe.⁸⁷
103. La Demandada señala otros factores, como la mala calidad del servicio y las malas relaciones con los clientes, que según afirma impactaron en las tasas de cobro de Electricaribe durante el mandato de Gas Natural.⁸⁸ En apoyo de este argumento, Brattle compara el desempeño de Electricaribe en una medida conocida como “rotación de cuentas por cobrar” (que según ellos sigue una evolución similar a las tasas de cobro) con la de otros distribuidores de Colombia que, según dice, tienen una base de clientes comparable. Mientras que las cuentas por cobrar comparables de Brattle pudieron mejorar la medida de rotación de cuentas por cobrar, Electricaribe siguió una tendencia de agravamiento. Brattle concluye que factores distintos a la condición socioeconómica de la base de clientes deben haber estado impulsando los problemas de cobro de Electricaribe.⁸⁹
104. De manera similar, señala Brattle, las pérdidas estructurales de Electricaribe aumentaron entre 2010 y 2017, mientras que las tasas de pobreza disminuyeron sustancialmente,⁹⁰ lo que sugiere una vez más que otros factores distintos de la pobreza estaban impulsando las pérdidas estructurales de Electricaribe.⁹¹ Brattle también compara las pérdidas de distribución de Electricaribe entre 2008 y 2013

⁸⁶ Segundo Informe Brattle, ¶¶ 62-63.

⁸⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 50-54; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 39-40.

⁸⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 79-87.

⁸⁹ Primer Informe Brattle, ¶¶ 67-71; Segundo Informe Brattle, ¶¶ 69-70.

⁹⁰ Primer Informe Brattle, ¶¶ 63; Segundo Informe Brattle, ¶ 60.

⁹¹ Primer Informe Brattle, ¶¶ 59-65

con las de otras empresas de distribución en Colombia, como apoyo a esta misma conclusión.⁹²

105. En cuanto al crecimiento de la demanda de servicios de electricidad en la Costa Caribe desde 2009, la Demandada sostiene que el aumento de la demanda debió haber beneficiado a la Compañía, sobre todo teniendo en cuenta que el cargo por distribución en virtud de la tarifa emplea una metodología de tope de precios. Según este tipo de regulación, explica Brattle, los distribuidores pueden recuperar sus costos sobre la base de un cargo predeterminado por unidad. El precio se fija para un período determinado, de manera que si la demanda de un distribuidor aumenta durante ese período sin un aumento proporcional de los costos, el distribuidor tenderá a obtener más ingresos. En este caso, Brattle señala que para 2013 (cinco años después de la anterior revisión de tarifas) la demanda de electricidad de Electricaribe había crecido un 33% y la base de inversión de Electricaribe sólo un 13%.⁹³

(2) La Tarifa

106. Las Demandantes, apoyadas por FTI, afirman que la tarifa vigente durante el período en que Gas Natural era administradora de Electricaribe no abordaba adecuadamente las altas tasas de robo y delincuencia de pagos que se experimentaban en la región de servicio de Electricaribe.⁹⁴ En particular, FTI sostiene que el reembolso de las pérdidas reconocidas, así como las actividades de distribución y venta al por menor a través de la tarifa no fue suficiente para cubrir los costos de Electricaribe.⁹⁵
107. En lo que respecta al cargo de venta minorista (designado como “C” en la fórmula de tarifas), FTI señala que el riesgo de impago se introdujo como un componente

⁹² Primer Informe Brattle, ¶ 72; Segundo Informe Brattle, ¶¶ 71-73.

⁹³ Primer Informe Brattle, ¶¶ 73-76; Segundo Informe Brattle, ¶¶ 74-76.

⁹⁴ Primer Informe FTI, ¶ 5.1.

⁹⁵ Primer Informe FTI, ¶ 4.31.

de este cargo por primera vez mediante la resolución 180 de 2014 de la CREG.⁹⁶ El cambio fue bienvenido, ya que permitió que Electricaribe se dirigiera a la CREG para revisar el cargo minorista que podía aplicar, que casi se duplicó en abril de 2015.⁹⁷ FTI señala que, entre 2012 y 2015, antes de que este nuevo cargo entrara en vigor, Electricaribe recibió un cargo minorista más bajo que EPM y CODENSA, otros dos grandes minoristas que operan en Colombia, aunque dichas empresas operan en regiones donde los niveles de pobreza son sustancialmente más bajos que en la Región del Caribe.⁹⁸

108. No obstante, a pesar de la revisión de 2015, FTI indica que el cargo por venta minorista seguía sin permitir que Electricaribe recuperara la totalidad de sus provisiones (es decir, las deudas que no esperaba recuperar). FTI estima que Electricaribe habría incurrido en un déficit de más de COP\$130.000 millones sólo en 2015, suponiendo que el nuevo cargo estuviera en vigor durante todo el año.⁹⁹ FTI además muestra que el 40% de los clientes de Electricaribe tenían tasas de cobro de menos del 50%.¹⁰⁰ Cita un informe de 2016 de Pricewaterhouse Coopers al sugerir que el costo de la morosidad de pago de Electricaribe entre diciembre de 2006 y septiembre de 2016 fue de aproximadamente COP\$4.052.000 (aproximadamente US\$1.420 millones).¹⁰¹
109. En cuanto al cargo de distribución (representado por la letra “D” en la fórmula de la tarifa), las Demandantes indican que la metodología utilizada para calcular dicho cargo no compensó suficientemente la elevada cantidad de pérdidas

⁹⁶ Primer Informe FTI, ¶ 5.9; Anexo FTI-023 (Anexo C-115), Resolución CREG No. 180 de 2014. El riesgo de impago se identifica con las letras “RC” en la fórmula de la tarifa de venta minorista (RC significa Riesgo Cartera). Cabe destacar que el precio de venta minorista se ha mantenido sustancialmente sin cambios, según FTI, tras la revisión de la tarifa que se produjo mediante la Resolución CREG No. 119 de 2007, Anexo FTI-011 (Anexo C-79).

⁹⁷ Primer Informe FTI, ¶ 5.12. Anexo FTI-065 (Anexo C-122), Resolución CREG No. 36 de 2015 que concedió la revisión de los cargos.

⁹⁸ Primer Informe FTI, ¶ 5.13, ver también Figura 27.

⁹⁹ Primer Informe FTI, ¶ 5.20.

¹⁰⁰ Primer Informe FTI, ¶ 5.4, Figura 24.

¹⁰¹ Primer Informe FTI, ¶ 5.5; Anexo FTI-061, PwC (2016), “Informe Especial del Revisor Fiscal”, 3 de noviembre de 2016; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 33.

estructurales que experimentó Electricaribe.¹⁰² Según FTI, Electricaribe sufre un alto nivel de pérdidas como resultado de un alto índice de fraude en materia de energía por parte de varios tipos de usuarios en Costa Caribe. FTI destaca los esfuerzos que ha hecho Electricaribe para reducir las pérdidas resultantes del fraude energético, señalando que las pérdidas estructurales de Electricaribe mejoraron de un nivel de 30% a 20% entre 2000 y 2008, y a partir de entonces, la Compañía logró “contener” estas pérdidas a pesar del fuerte aumento de la demanda.¹⁰³

110. A pesar de estos esfuerzos, afirma FTI, la cantidad de pérdidas reconocidas que se utiliza como constante en la fórmula para calcular la carga D, no fue proporcional al alto nivel de pérdidas reales que sufrió Electricaribe. Durante el período de vigencia de las Demandantes, el nivel de pérdidas reconocidas (todos los niveles de voltaje combinados) utilizado para determinar la carga de distribución se fijó en el 12,75%, aunque las pérdidas estructurales reales de Electricaribe fueron aproximadamente el 22% para este mismo período. FTI sostiene que Electricaribe tuvo un nivel de pérdidas reconocidas bajo la tarifa menor que otras dos grandes empresas minoristas que operan en Colombia, EPM y CODENSA, a pesar de que estas empresas de hecho tuvieron pérdidas reales menores, y operaron en áreas con menos pobreza, y estas otras empresas por lo tanto, según FTI, probablemente experimentaron menos robos. Citando los datos de la CREG de 2016, FTI indica que las pérdidas de Electricaribe a niveles de bajo voltaje - que es el nivel de voltaje en el que se produce el robo de electricidad - se

¹⁰² Memorial de Demanda, ¶¶ 117-118; Primer Informe FTI, ¶¶ 5.44-5.55. Las pérdidas estructurales, tal como las define FTI, consisten tanto en pérdidas técnicas - atribuibles al diseño de la red - como en pérdidas no técnicas - atribuibles a otros factores, como el robo de energía y fraude, o errores administrativos y lecturas defectuosas de los medidores. Primer Informe de FTI, ¶ 5.23. FTI también explica que la parte de las pérdidas atribuibles a los robos se contabilizan como "irregularidades" si se pueden atribuir a un solo usuario y se cuentan como "pérdidas no asignadas". Dado que las irregularidades se contabilizan como ingresos, una empresa que sea eficiente en la identificación de irregularidades aumentará los ingresos, pero afectará negativamente su tasa de recaudación, suponiendo, por supuesto, que no pueda cobrar el pago de algunas de las irregularidades identificadas.

¹⁰³ Primer Informe FTI, ¶ 5.26.

situaron en el 29,01%, en comparación con el 9,65% de EPM y el 8,01% de CODENSA.¹⁰⁴

111. Este mismo nivel de pérdidas reconocidas se utiliza para determinar el cargo por pérdidas reconocidas (representado por la letra “PR”).
112. El efecto de la brecha entre las pérdidas reales y las reconocidas significa, aún según las Demandantes, que hasta el 86% de las pérdidas reales no técnicas de Electricaribe no se reconocían a través de la tarifa.¹⁰⁵ FTI explica que el costo para Electricaribe de las pérdidas estructurales no reconocidas ascendió a COP\$192.000 millones en 2015. Además, FTI proyecta que los ingresos de Electricaribe en 2015 habrían sido aproximadamente COP\$78.300 millones (aproximadamente US\$27,3 millones) más altos si se hubiesen reconocido las pérdidas estructurales reales de la Compañía.¹⁰⁶
113. Además, la metodología tarifaria de 2007 atribuyó un valor de cero al costo de los programas de reducción de pérdidas iniciados por cada operador (conocido como cargo CPROG), en espera de la adopción de programas de reducción de pérdidas por cada operador. Sin embargo, la tarifa no se actualizó para evaluar y cobrar el CPROG, y la Compañía siguió sin poder recuperar directamente los costos de sus inversiones en programas de reducción de pérdidas.¹⁰⁷
114. Por último, las Demandantes dicen que Colombia no actualizó la tarifa dentro de los plazos prescritos por la legislación colombiana.¹⁰⁸ Basándose en el artículo 126 de la Ley 142 y en el dictamen jurídico del Sr. Arrieta, afirman que la legislación colombiana exige que la metodología de remuneración por distribución se revise

¹⁰⁴ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 26; Primer Informe FTI, ¶¶ 5.51-5.52.

¹⁰⁵ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 17.

¹⁰⁶ Primer Informe FTI, ¶¶ 5.54-5.55. FTI indica que, según las cuentas anuales auditadas de Electricaribe, el costo de las pérdidas fue de COP\$231.000 millones (aproximadamente US\$ 70 millones) en 2018; Tercer Informe FTI, ¶ 6.15.

¹⁰⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 18; Primer Informe FTI, ¶ 5.53.

¹⁰⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 82-97.

cada 5 años y se actualice de ser necesario.¹⁰⁹ Sin embargo, la metodología de distribución vigente durante el mandato de Gas Natural se estableció en 2008,¹¹⁰ se mantuvo vigente durante todo el mandato de Gas Natural como administradores de Electricaribe, y se revisó de nuevo sólo en 2018.¹¹¹ Esto, según las Demandantes, a pesar de que se pretendía que la metodología establecida en 2008 (que incluía pérdidas reconocidas fijas del 12,75% y un valor cero para el CPROG) fuera provisional.¹¹² Si bien las Demandantes reconocen que Electricaribe tenía derecho a solicitar un cambio de tarifa, cualquier cambio de ese tipo se habría basado en la metodología existente y, por lo tanto, hubiese sido ineficaz.¹¹³

115. La Demandada, apoyada por sus peritos, Brattle, asegura que las metodologías de remuneración de la venta al por menor y la distribución en la tarifa de electricidad están en consonancia con las mejores prácticas regulatorias.¹¹⁴
116. En cuanto al cargo de la venta al por menor, Brattle señala que la tarifa incluye un factor de riesgo de la cartera, que compensa a los minoristas como Electricaribe por parte de algunos, pero no de todos, los riesgos de impago.¹¹⁵ Este enfoque, sostiene Brattle, incentiva a los minoristas a gestionar adecuadamente los procesos de pago y a mantener las tasas de cobro a un nivel eficiente, y es coherente con las mejores prácticas.¹¹⁶ Brattle añade que, si bien Electricaribe tenía un factor de riesgo de cartera más bajo en el mercado tradicional en comparación con otras empresas, tenía el factor de riesgo de cartera más alto en

¹⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 75; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia es, ¶ 81; Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994; Opinión Legal Arrieta, ¶¶ 42-43. FTI agrega que este período de revisión de 5 años tiene como objetivo captar los cambios y eficiencias del mercado. Primer Informe FTI, ¶ 5.42.

¹¹⁰ Las metodologías anteriores se establecieron en 1997 y 2002. Primer Informe FTI, ¶ 5.42. El cargo específico de distribución de Electricaribe fue aprobado por resolución de la CREG en octubre de 2019. Anexo C-82, Resolución CREG No. 110 de 2009.

¹¹¹ Primer Informe FTI, ¶ 5.42.

¹¹² Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 21.

¹¹³ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 85.

¹¹⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 28; Primer Informe Brattle, ¶ 40.

¹¹⁵ Primer Informe Brattle, ¶ 39.

¹¹⁶ Primer Informe Brattle, ¶ 40.

el mercado especial,¹¹⁷ donde existe una mayor proporción de clientes que no pagan. En suma, Brattle no está de acuerdo en que la tarifa vigente entre 2008 y 2018 haya discriminado a Electricaribe en función de la distribución socioeconómica de la población en su región de servicio, Costa Caribe.¹¹⁸

117. De manera similar, Brattle discrepa de las conclusiones de FTI en cuanto al nivel de pérdidas reconocidas que se construyen en la metodología de distribución para abordar las pérdidas estructurales. La metodología de distribución es coherente con las mejores prácticas en la medida en que crea incentivos para que las empresas reduzcan las pérdidas estructurales, afirma Brattle.¹¹⁹ Brattle señala que el mismo factor de pérdida de bajo voltaje del 12,75% se ha aplicado a todas las empresas de distribución de Colombia desde 2009, y muchas de esas empresas tenían pérdidas más elevadas que Electricaribe antes de que se aplicaran las medidas.¹²⁰ Brattle dice que este factor de pérdida se estableció de conformidad con un estudio de 2008, que estimó un subsidio por el robo de energía, basado en las recientes iniciativas para reducir el robo de energía en Colombia.¹²¹ Brattle opina que era razonable que la CREG asumiera que las empresas pudiesen reducir las pérdidas a lo largo del tiempo hasta el nivel estimado por los ingenieros expertos.¹²²
118. La Demandada también niega que la CREG estuviese obligada a actualizar la tarifa cada cinco años. Señalando el mismo artículo 126 de la Ley No. 142 de 1994 en el que se basan las Demandantes, la Demandada sostiene que la ley establece un plazo mínimo de 5 años durante el cual la tarifa sigue siendo válida, lo que tiene por objeto inyectar estabilidad al mercado.¹²³ Al término de dicho plazo de 5 años, la CREG puede, según la Demandada, revisar la tarifa, pero no tiene la

¹¹⁷ Primer Informe Brattle, ¶ 42.

¹¹⁸ Primer Informe Brattle, ¶¶ 42-45.

¹¹⁹ Primer Informe Brattle, ¶¶ 47-54.

¹²⁰ Primer Informe Brattle, ¶¶ 55-58.

¹²¹ Primer Informe Brattle, ¶ 51; Segundo Informe Brattle, ¶ 54.

¹²² Primer Informe Brattle, ¶ 56.

¹²³ Memorial de Contestación, ¶ 57; Dúplica de la Demandada, ¶ 46; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 73.

obligación de revisarla, y mucho menos de actualizar la tarifa de manera favorable a Electricaribe.¹²⁴ Sobre este último punto, la Demandada señala que, al construir la tarifa, está obligada a tomar en consideración varios factores y principios, y no sólo el principio de suficiencia financiera al que se refieren las Demandantes. La Demandada niega además que la tarifa tenga por objeto cubrir todas las pérdidas de una empresa de distribución minorista.¹²⁵

119. Colombia niega, además, que su práctica anterior pudiese haber suscitado una expectativa legítima de que actualizaría el arancel cada 5 años. En todo caso, señala que la CREG comenzó a trabajar para actualizar la tarifa para 2013, cinco años después de que se adoptara la última revisión en 2008.¹²⁶

B. NIVEL DE INVERSIÓN Y LA CALIDAD DEL SERVICIO DE ELECTRICARIBE

120. Otro punto clave de controversia entre las Partes se refiere al nivel de inversiones realizadas por Electricaribe durante el mandato de Gas Natural en el período comprendido entre 2009 y 2016.
121. Las Demandantes sostienen que hicieron todo lo posible para asegurar que los gastos operacionales y de capital de Electricaribe estuvieran a los niveles necesarios para mantener un nivel de servicio adecuado, y para hacer mejoras en el servicio.¹²⁷ Aseguran que reinvirtieron todos los beneficios de Electricaribe -sin recibir dividendos durante todo el período en que gestionaron la empresa¹²⁸- y también financiaron inversiones mediante deuda para satisfacer las necesidades de inversión de Electricaribe.¹²⁹ Según FTI, los niveles de inversión de Electricaribe fueron tan altos o más altos durante el mandato de Gas Natural en comparación

¹²⁴ Memorial de Contestación, ¶ 57; Dúplica de la Demandada, ¶ 46; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 73; Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, arts. 87 y 126. A pesar de ello, el Tribunal observa que, en otra parte de sus materiales, la Demandada ha escrito que la CREG “debe” revisar la tarifa cada cinco años. Memorial de Contestación, ¶ 298. Esta aparente incoherencia no se ha perdido en las Demandantes: ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 80(c).

¹²⁵ Memorial de Contestación, ¶ 58.

¹²⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 47-51.

¹²⁷ Ver en forma general, Primer Informe FTI, ¶¶ 5.56-5.62.

¹²⁸ Memorial de Demanda, ¶ 98; Réplica de las Demandantes, ¶ 104; Primer Informe FTI, ¶¶ 5.65-5.66.

¹²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 98; Primer Informe FTI, ¶¶ 5.63, 5.66.

con su predecesor, Unión Fenosa.¹³⁰ Señalan que las inversiones de Electricaribe se tradujeron en mejoras en el desempeño de la Compañía en ciertos indicadores de calidad de servicio, como el índice SAIDI, las pérdidas de la red y las tasas de cobro.¹³¹

122. Las Demandantes también señalan sus esfuerzos por reducir la morosidad y el fraude en los pagos. Estos incluyeron la contratación de equipos antifraude, la mejora de los sistemas de back-office y la instalación de medidores inteligentes y líneas eléctricas protegidas para disuadir el fraude.¹³²
123. Si bien las Demandantes reconocen que aún hay margen de mejora, afirman que su capacidad de inversión se vio limitada por la tensión de la tesorería y la dificultad de aumentar la deuda.¹³³ Los niveles más altos de inversión sólo habrían sido posibles con los ingresos adicionales que esperaban que se crearan mediante la aplicación de ciertas medidas regulatorias, de conformidad con lo que denominan el Plan de Acción de 2014,¹³⁴ que se examina más adelante, en la sección III(D).
124. En cualquier caso, las Demandantes alegan que la Demandada no ha demostrado que Gas Natural tenía la obligación de cumplir con los niveles mínimos de inversión, incluido el nivel mínimo establecido en un informe del Fondo de Desarrollo Nacional (“FDN”) de 2017 concluido con posterioridad a la intervención,¹³⁵ o que una mayor inversión hubiese mejorado el rendimiento.¹³⁶

¹³⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 108-109; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 74-78; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 129; Segundo Informe FTI, ¶¶ 5.5-5.7.

¹³¹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 123, 130; Primer Informe FTI, ¶ 5.62.

¹³² Memorial de Demanda, ¶ 100; Segundo Informe FTI, ¶¶ 5.13-5.17; Primera Declaración Testimonial Aranda, ¶¶ 36-39, “Tabla de Medidas Tomadas por Impago, Robo y Fraude”.

¹³³ Primera Declaración Testimonial Aranda, ¶ 37.

¹³⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 106-107; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 131-133.

¹³⁵ Réplica de las Demandantes, ¶ 111.

¹³⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 112.

Señalan que el nivel de inversión de Electricaribe fue mayor durante su mandato que después de la intervención bajo la dirección de la SSPD de la Compañía.¹³⁷

125. Finalmente, las Demandantes refutan las alegaciones de la Demandada de un mal servicio y relaciones con los clientes. Observan en particular que las alegaciones de la Demandada se basan en pruebas recogidas en artículos de periódicos y en anécdotas no fundamentadas proporcionadas en la declaración de un líder de la comunidad, el Sr. Galván.¹³⁸ Además, señalan que algunos de los incidentes más trágicos descritos por el Sr. Galván no son, por desgracia, infrecuentes en Colombia, o en otros países en vías de desarrollo.¹³⁹
126. La Demandada expresa más bien la opinión de que las Demandantes no invirtieron adecuadamente en la Compañía durante su mandato como administradores, y que esta inversión insuficiente contribuyó en gran medida al declive de la Compañía. Basándose en un informe de 2017 completado por la FDN después de la intervención, la Demandada señala que las inversiones anuales de Electricaribe cayeron por debajo de la cantidad mínima requerida para cada año de su gestión.¹⁴⁰ Además, señalan que el nivel de inversión anual de Electricaribe aumentó hasta 2013, pero comenzó a disminuir en 2014. En respuesta a las objeciones de las Demandantes con respecto al uso del informe de la FDN como criterio para la inversión adecuada,¹⁴¹ la Demandada señala que el informe fue creado con información proporcionada por los funcionarios de Electricaribe y parece estar en línea con otras cuentas contemporáneas de los niveles mínimos de inversión para Electricaribe.¹⁴²
127. La Demandada también refuta la sugerencia de las Demandantes de que el nivel de inversión de Electricaribe durante el mandato de Gas Natural era equivalente

¹³⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 110; Dúplica de las Demandantes, ¶ 79.

¹³⁸ Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 81- 87. El Sr. Galván no fue repreguntado en la Audiencia.

¹³⁹ Dúplica de las Demandantes, ¶ 84(a).

¹⁴⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 69-70; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 142-145; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 164-165.

¹⁴¹ Réplica de las Demandantes, ¶ 106.

¹⁴² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 145-147.

al de los anteriores directivos, Unión Fenosa.¹⁴³ Incluso si los niveles de inversión fuesen comparables, afirma la Demandada, la base de clientes de Electricaribe casi se duplicó durante el mandato de Gas Natural, sin un aumento proporcional de inversiones. La Demandada también desmiente que la comparación de las Demandantes con los niveles de inversión que Electricaribe ha mantenido después de la intervención sea relevante, y sostiene que el objetivo de la SSPD durante la intervención es sólo invertir a niveles mínimos para garantizar el servicio de electricidad en la Costa Caribe hasta que se encuentre un nuevo inversionista adecuado.¹⁴⁴

128. La Demandada alega que el nivel de inversión que Electricaribe mantuvo durante el mandato de Gas Natural fue insuficiente para proporcionar el nivel mínimo de servicio requerido por la legislación colombiana.¹⁴⁵ Señalan varios indicadores en los que dicen que el desempeño de Electricaribe fue deficiente durante el mandato de Gas Natural. Estos incluyen una mayor incidencia de interrupción del servicio y pérdidas estructurales, así como menores tasas de recaudación.¹⁴⁶ La Demandada señala asimismo que el servicio y la relación con el cliente fueron deficientes. Sobre este último tema, se refiere a las quejas de los clientes en relación con las subidas de tensión que pueden dañar los electrodomésticos y la infraestructura, los frecuentes apagones y sobrecargas, así como incidentes más trágicos en los que se produjeron muertes en relación con cables eléctricos colgantes y apagones.¹⁴⁷

¹⁴³ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 149-153; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 168.

¹⁴⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 154; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 169.

¹⁴⁵ Dúplica de la Demandada, ¶ 155; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 170.

¹⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 72-77; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 155-161; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 171-178.

¹⁴⁷ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 179-187; Declaración Testimonial Galván, ¶¶ 20-23.

C. EXPOSICIÓN DE ELECTRICARIBE EN LA BOLSA DE ENERGÍA

129. Las Partes también discuten el nivel de exposición que tuvo Electricaribe en la bolsa de energía¹⁴⁸ entre 2014 y 2016, especialmente durante un difícil evento de El Niño que causó un aumento de los precios de la electricidad en el MEM.
130. La Demandada sostiene que Electricaribe estuvo sobreexpuesta en la bolsa de energía en el período comprendido entre 2014 y 2016. Si Electricaribe hubiese conseguido un mayor número de contratos de compra de electricidad a largo plazo con los generadores, reduciendo así la necesidad de comprar electricidad en la bolsa de energía, habría estado menos expuesta, según la Demandada, a los drásticos aumentos de precios causados por el fenómeno de El Niño que afectó a Colombia entre 2014 y 2016.¹⁴⁹ Como resultado de su exposición en la bolsa de energía, el precio que pagó Electricaribe por la electricidad en el período comprendido entre 2014 y 2016 fue superior a la media nacional.¹⁵⁰ Este, señala la Demandada, es el factor que en última instancia llevó a la quiebra.¹⁵¹
131. La Demandada atribuye la exposición de Electricaribe en la bolsa de energía a la mala gestión de Gas Natural, citando en particular el caso de un contrato de compraventa de electricidad que terminó en agosto de 2015, en plena época de El Niño, que Electricaribe no logró sustituir.¹⁵²
132. Las Demandantes niegan que Electricaribe estuviera sobreexpuesta en la bolsa de energía, o que el mercado le ofreciera algún medio de mejorar su posición en

¹⁴⁸ Como se describió en la sección I(E), la bolsa de energía es una de las dos formas en que los minoristas de electricidad pueden comprar electricidad en el MEM, la otra es a través de acuerdos de compra a largo plazo con los generadores de electricidad.

¹⁴⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 94-98; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 177-186; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 188-194.

¹⁵⁰ En su Memorial de Contestación, la Demandada cita un documento de trabajo elaborado por Ágora, un asesor financiero contratado por la SSPD. Memorial de Contestación, ¶ 94, Anexo R-49, Ágora Corporate Consultants S.A.S., Documento de Trabajo, 30 de septiembre de 2016. En su Dúplica, la Demandada dice que su conclusión es válida incluso usando el análisis del Ágora, corregido por los peritos de las Demandantes, FTI. Dúplica de la Demandada, ¶¶ 179-180.

¹⁵¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 177.

¹⁵² Dúplica de la Demandada, ¶ 184.

cuanto a los acuerdos de compra de electricidad a largo plazo.¹⁵³ Las Demandantes, apoyados por FTI, afirman que la exposición de Electricaribe en la bolsa de energía fue coherente con la de otros minoristas-distribuidores en el período comprendido entre 2015 y 2016,¹⁵⁴ y que los precios que la empresa pagó por la electricidad durante ese período también se ajustaron a la media nacional.¹⁵⁵

133. En cualquier caso, señalan las Demandantes, la exposición de Electricaribe en la bolsa de energía se debió a fuerzas fuera de su control. Señalan, por ejemplo, que sus esfuerzos de licitación aumentaron en 2014 en previsión de un fenómeno de El Niño,¹⁵⁶ pero que, a pesar de sus esfuerzos, la Compañía no recibió ofertas razonables de los generadores. Sugieren que algunos generadores fueron disuadidos de concertar contratos de compra de energía debido a que Colombia no aplicó medidas para mejorar la situación financiera de Electricaribe de conformidad con el Plan de Acción de 2014,¹⁵⁷ descrito más adelante. Las Demandantes observan finalmente que la exposición de Electricaribe en la bolsa de energía aumentó de hecho desde noviembre de 2016, bajo la gestión de la SSPD de la Compañía tras la intervención.¹⁵⁸

D. SUPUESTOS COMPROMISOS PARA MEJORAR EL ENTORNO REGULATORIO

134. Uno de los principales puntos de controversia entre las Partes se refiere al supuesto compromiso de Colombia de aplicar medidas, incluida la reforma regulatoria, que se esperaba que mejoraran la situación financiera de Electricaribe.
135. Las Demandantes sostienen que, al menos desde diciembre de 2014, Colombia se comprometió firmemente a aplicar ciertas medidas definidas que habían sido

¹⁵³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 123-127; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 89-98; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 140-143.

¹⁵⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 123; Segundo Informe FTI, ¶¶ 5.27-528.

¹⁵⁵ Réplica de las Demandantes, ¶ 124; Segundo Informe FTI, ¶ 5.34.

¹⁵⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 125(a); Segunda Declaración Testimonial Aranda, ¶ 46

¹⁵⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 126; Dúplica de las Demandantes, ¶ 96; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 142.

¹⁵⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 127 Dúplica de las Demandantes, ¶ 97.

discutidas entre el gobierno y la Compañía en colaboración con peritos independientes. Dichas medidas eran necesarias, según las Demandantes, para garantizar que el suministro de servicios de electricidad fuera viable en la Costa Caribe y, por tanto, conforme a los principios establecidos en la legislación colombiana.

136. La Demandada niega que Colombia haya contraído compromisos vinculantes con Electricaribe para aplicar medidas o una reforma regulatoria, o que estuviera obligada, en virtud de la legislación colombiana, a emprender una reforma regulatoria.¹⁵⁹ Colombia afirma que su compromiso con Electricaribe, si lo hubo, fue simplemente para ayudar a la Compañía a encontrar soluciones a sus dificultades financieras; además, niega que su participación en este proceso traicione un reconocimiento de deficiencias en el régimen regulatorio. En efecto, como se ha resumido anteriormente, Colombia sostiene que su reglamentación del sector eléctrico fue adecuada y permitió a una empresa eficiente obtener un rendimiento razonable al tiempo que proporcionaba un nivel de servicio adecuado.
137. Tres hechos son relevantes en la controversia de las Partes en relación con los supuestos compromisos de Colombia de implementar ciertas medidas y emprender una reforma regulatoria, a saber: (i) lo que las Demandantes han llamado el Plan de Acción 2014, (ii) el Plan 5 Caribe, y (iii) la Cumbre de Barranquilla. A continuación, se resumen las declaraciones de las Partes al respecto.

(1) El “Plan de Acción 2014”

138. A partir de agosto de 2014, los funcionarios del gobierno colombiano se comprometieron con Electricaribe en una serie de reuniones que incluyeron aportes de peritos independientes y que culminaron, según las Demandantes, en la identificación de una serie de medidas destinadas a garantizar la viabilidad financiera del suministro de electricidad en la región del Caribe.¹⁶⁰ Las medidas se

¹⁵⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 22.

¹⁶⁰ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 74; Memorial de Demanda, ¶¶ 105-112.

recogen en un intercambio de cartas entre la Compañía y el Ministerio de Minas y Energía de fecha 17 y 18 de diciembre de 2014, respectivamente.¹⁶¹ Las Demandantes denominan las medidas identificadas en este intercambio, así como las discusiones que condujeron a estas cartas, como el Plan de Acción 2014.

139. Según las Demandantes, las discusiones que culminaron en el Plan de Acción 2014 tuvieron lugar en el contexto de un informe encargado por el Gobierno colombiano y redactado por Carmenza Chahín Álvarez y Carlos Alfonso Rojas Hernández,¹⁶² en el que se identificaron problemas con el entorno regulatorio -en particular con la tarifa- en lo que respecta a la venta y distribución de electricidad en Costa Caribe.
140. Las Demandantes sostienen que los debates y análisis posteriores dieron lugar a un informe diferente, éste redactado por una consultora independiente, Inverlink, cuyas conclusiones se registraron sintéticamente en una presentación preparada por Gas Natural, de fecha 28 de noviembre de 2014.¹⁶³ Según las Demandantes, las partes sopesaron cuidadosamente los diversos escenarios y medidas presentados en estos documentos, y llegaron a un acuerdo sobre ciertas medidas que se adoptarían para mejorar el entorno regulatorio.¹⁶⁴

¹⁶¹ Anexo C-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) al Ministro de Minas y Energía (Sr.

González Estrada), 17 de diciembre de 2014; Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014.

¹⁶² Anexo C-105. Chahín Álvarez, C. Rojas Hernández, *Alternativas para garantizar la sostenibilidad de la prestación del servicio eléctrico en la Costa Caribe*, July 2014.

¹⁶³ Anexo C-272. El Tribunal toma nota aquí de la reclamación de las Demandantes de que sólo Colombia tenía en su poder el informe Inverlink y se negó a presentarlo en el presente Arbitraje. En la audiencia y en sus escritos posteriores a la audiencia, las Demandantes argumentan que en ausencia del informe Inverlink, el Tribunal debe estimar que el informe confirma las medidas identificadas en la presentación del 28 de noviembre de 2014, Anexo C-5. Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 53. En sus escritos, apoyados por la declaración testimonial del entonces Ministro Tomás González, la Demandada niega que el informe Inverlink atribuyera los problemas de Electricaribe a la inadecuación del entorno regulatorio. Dúplica de la Demandada, ¶ 60; Segunda Declaración Testimonial González, ¶ 25. Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1254 - 4 – p. 1261 - 11.

¹⁶⁴ Réplica de la Demandantes, ¶¶ 63-65; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 61; Segunda Declaración Testimonial Coronado, ¶ 15.

141. Estas medidas, según las Demandantes, se registraron en una carta de Electricaribe dirigida al Sr. Tomás González, entonces Ministro de Minas y Energía, con fecha 17 de diciembre de 2014.¹⁶⁵ Entre ellas se incluyeron:

- La actualización la tarifa aumentando considerablemente la tasa de venta minorista, a más tardar el 1º de abril de 2015, y aumentar los componentes de la tasa de distribución, a más tardar el 1º de enero de 2016;
- El pago de los fondos considerados pendientes por las Demandantes al amparo del FOES;
- Aumento de los programas de subsidios, en particular duplicando el programa FOES, y poniendo más fondos a disposición del FAER y PRONE;
- Reducción de la morosidad asegurando que las entidades públicas pagasen las deudas contraídas con Electricaribe, fomentando el pago puntual de las facturas y castigando el fraude en materia de energía;
- Reducción del déficit proyectado de corto plazo de Electricaribe mediante: (i) el pago de la deuda pendiente de la entidad pública a diciembre de 2014, y/o (ii) la liquidación de la deuda de los barrios subnormales;
- Toma de medidas adicionales de ser necesario debido a los aumentos de los precios de la energía.¹⁶⁶

142. En su calidad de Ministro de Minas y Energía, el Sr. González respondió con una carta, de fecha 18 de diciembre de 2014,¹⁶⁷ que, en opinión de las Demandantes, constituyó una confirmación del acuerdo de Colombia para llevar a cabo estas medidas.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Réplica de las Demandantes, ¶ 69; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 61.

¹⁶⁶ Anexo C-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 17 de diciembre de 2014; Memorial de Demanda, ¶ 111.

¹⁶⁷ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014.

¹⁶⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 62-64.

143. Las Demandantes insisten en que la Demandada se comprometió a aplicar las medidas descritas en su carta del 17 de diciembre de 2014, a pesar de ciertas divergencias en el texto empleado en la carta de respuesta del Ministro. Señalan varios otros factores que, según ellas, destacan el compromiso de Colombia de adoptar las medidas del Plan de Acción 2014. Entre ellos figuran la misma carta de respuesta, la forma en que los terceros actores del mercado reaccionaron al intercambio de cartas, la conducta contemporánea de la dirección de Electricaribe y el hecho de que Colombia adoptase posteriormente algunas -pero, sobre todo, no todas- las medidas en cuestión.¹⁶⁹
144. Colombia niega haber asumido ningún tipo de compromiso vinculante para aplicar las medidas en lo que las Demandantes llaman el Plan de Acción 2014. Si bien la Demandada reconoce que en 2014 se celebraron reuniones sobre la prestación de servicios de electricidad en Costa Caribe, caracteriza esas reuniones como sesiones de investigación de hechos, en lugar de negociaciones sobre las medidas a aplicar.¹⁷⁰
145. En apoyo de su posición, la Demandada señala que en la carta de las Demandantes de 17 de diciembre de 2014 se hace referencia, por ejemplo, a “medidas propuestas”.¹⁷¹ A falta de testimonio del Director General de Electricaribe, el Sr. García Sanleandro -que firmó la carta-, la Demandada sugiere que el Tribunal debe considerar el significado simple de estas palabras. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada sostiene además que los testigos que comparecieron por Gas Natural se contradicen entre sí, así como las presentaciones escritas de las Demandantes sobre el tema de lo que constituye exactamente el Plan de Acción 2014.¹⁷² En cualquier caso, Colombia sostiene que la carta de respuesta del Ministro González de 18 de diciembre de 2014 puede

¹⁶⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 79; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 68.

¹⁷⁰ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 92-94.

¹⁷¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 25-26; ver también Memorial de Contestación, ¶ 134; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 96-97; Anexo C-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 17 de diciembre de 2014.

¹⁷² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 30-40.

interpretarse, a lo sumo, como un compromiso de emprender “los mejores esfuerzos”, y no como una garantía de aplicación de las medidas.¹⁷³

146. La Demandada también señala la conducta posterior de la administración de Electricaribe, incluidas las declaraciones formuladas por el Sr. Aranda durante las reuniones de Directorio de Electricaribe, que parecen reconocer que Colombia no se comprometió a aplicar las medidas.¹⁷⁴ Colombia niega también que el Ministerio de Minas y Energía pudiese, en cualquier caso, haber garantizado la aplicación de las medidas, ya que ello exigiría la vinculación de otros organismos gubernamentales.¹⁷⁵
147. La Demandada niega asimismo que su conducta posterior traicione un reconocimiento de haber estado obligada a aplicar las medidas en cuestión.¹⁷⁶ Se refiere, en particular, a la correspondencia posterior entre las Partes, lo que, según dice, socava la afirmación de que cualquiera de las Partes considerase que Colombia estaba en plazos estrictos de cumplimiento.¹⁷⁷ En cuanto a la llamada deuda de la entidad pública, señala haber hecho averiguaciones sobre los pagos pendientes y haber comprobado que Electricaribe había exagerado el monto de dicha deuda. Niega que haya reconocido la existencia de una deuda del FOES.¹⁷⁸
148. Por último, Colombia sostiene que, aunque se pueda considerar que se ha comprometido a aplicar las medidas en cuestión, cualquier mejora de la calidad del servicio y de la situación financiera de Electricaribe requeriría, con todo, una importante inversión, que según afirma la Compañía no ha proporcionado.¹⁷⁹

¹⁷³ Memorial de Contestación, ¶ 135; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 98-99; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 26-27; Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014.

¹⁷⁴ Memorial de Contestación, ¶ 139; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 32.

¹⁷⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 29; Dúplica de la Demandada, ¶ 100.

¹⁷⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 104-117.

¹⁷⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 107; Memorial de Contestación, ¶¶ 143-150; Anexo C-121, Carta de Gas Natural (Sr. Villaseca) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 27 de marzo de 2015; Anexo R-9.

¹⁷⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 104-112.

¹⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶ 145; Dúplica de la Demandada, ¶ 103.

(2) Plan 5 Caribe

149. Según la Demandada, el resultado final de las conversaciones mantenidas entre Electricaribe y los funcionarios gubernamentales en 2014 fue el programa denominado Plan 5 Caribe, que estableció formalmente los compromisos de Colombia para ayudar a mejorar la calidad del servicio en la región del Caribe.¹⁸⁰ En apoyo de esta afirmación, la Demandada señala, entre otras cosas, el formato y contenido del plan, así como el hecho de que se presentó y promovió mediante reuniones públicas celebradas en los siete departamentos de la Región del Caribe.¹⁸¹
150. La Demandada describe el Plan 5 Caribe como un plan de cinco vertientes centrado principalmente en el aumento de la inversión en la red eléctrica.¹⁸² Los elementos del plan incluían:
- Ayudar a los usuarios más necesitados a pagar el servicio;
 - Aumentar los recursos disponibles para inversión;
 - Definir los proyectos de mayor impacto;
 - Atraer nuevas empresas para que inviertan en la zona; y
 - Garantizar la ejecución del plan de inversiones.
151. Conforme a este plan, Electricaribe se comprometió, según la Demandada, a invertir COP\$1,1 billones en proyectos de infraestructura en la Red de Distribución Local.¹⁸³ Señala que Electricaribe no cumplió dichos compromisos, y niega que

¹⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 151-168; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 128-133; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 59-66; Anexo R-26, MinMinas Presentación, “Plan 5 Caribe”; Anexo R-32; MinMinas Presentación, “Avances del Plan 5 Caribe”; Anexo R-241, Plan de Inversión Electricaribe 2015-2019 para la Costa Caribe.

¹⁸¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 130; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 61.

¹⁸² Memorial de Contestación, ¶¶ 153-167; Dúplica de la Demandada, ¶ 132; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 59; Anexo R-26.

¹⁸³ Memorial de Contestación, ¶ 158; Dúplica de la Demandada, ¶ 132.

sus compromisos estuviesen condicionados en modo alguno a la aplicación de las medidas del Plan de Acción 2014.¹⁸⁴

152. Las Demandantes reconocen la existencia del Plan 5 Caribe, así como su compromiso, en virtud del mismo, de invertir COP\$1,1 billones en proyectos de infraestructura en la red de distribución local.¹⁸⁵ Insisten, sin embargo, en que este compromiso de inversión estaba supeditado a que Colombia cumpliera con las medidas definidas en el Plan de Acción 2014, lo que garantizaría a la Compañía unos ingresos adicionales suficientes para realizar las inversiones.¹⁸⁶
153. Las Demandantes rechazan también la afirmación de la Demandada de que el Plan 5 Caribe haya sido el resultado real de las conversaciones mantenidas entre Colombia y Electricaribe en 2014. Sostienen que el Plan 5 Caribe no abordó todas las medidas establecidas en el Plan de Acción 2014. Sostienen además que el Plan 5 Caribe era simplemente un medio para hacer más aceptables para el público las medidas del Plan de Acción 2014 y que, en cualquier caso, la Demandada comenzó a promulgar algunas -pero no todas- de las medidas establecidas en el Plan de Acción 2014 con anterioridad al lanzamiento del Plan 5 Caribe.¹⁸⁷

(3) Cumbre de Barranquilla

154. Las Demandantes también se refieren a los compromisos que, según ellas, la Demandada confirmó mediante declaraciones formuladas por el presidente de Colombia, Sr. Juan Manuel Santos, en una cumbre energética celebrada en la ciudad de Barranquilla en enero de 2016 (la “**Cumbre de Barranquilla**”). Según las Demandantes, las declaraciones del presidente Santos en la Cumbre de Barranquilla reiteraron públicamente algunos de los compromisos que Colombia

¹⁸⁴ Dúplica de la Demandada, ¶ 133; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 63-65.

¹⁸⁵ Demanda, ¶ 138.

¹⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶ 137; Réplica de las Demandantes, ¶ 83; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 131-133.

¹⁸⁷ Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 82-86.

asumió como parte del Plan de Acción 2014 y añadieron otros más.¹⁸⁸ Hacen hincapié en las declaraciones del presidente en relación con la deuda de las entidades públicas y la deuda de barrios subnormales, sosteniendo que a través de estas declaraciones Colombia reafirmó su compromiso de pagar estas deudas.¹⁸⁹

155. Las Demandantes señalan que Colombia había pagado deudas similares a la Compañía en ocasiones anteriores. Por ejemplo, se refieren a una ley promulgada por Colombia en 2003 para pagar la deuda de entidades públicas,¹⁹⁰ y al llamado Acuerdo de Malambo, también acordado en 2003 durante el mandato de Unión Fenosa como administradora de la Compañía. Señalan asimismo que Colombia encontró un medio para pagar las deudas de las entidades públicas y los barrios subnormales después de la intervención, cuando la SSPD administraba la Compañía.¹⁹¹ Reconocen que, tras la Cumbre de Barranquilla, Colombia ofreció capitalizar la deuda de las entidades públicas a cambio de acciones de la Compañía; sin embargo, aseguran que este plan era insostenible. Además, insisten en que esta oferta fue diferente al Acuerdo de Malambo, donde Colombia no exigió nada a cambio del pago de las deudas pendientes.¹⁹²
156. La Demandada niega que las declaraciones del presidente Santos en la Cumbre de Barranquilla hayan hecho algo más que reiterar la intención de Colombia de realizar los mejores esfuerzos para tratar de asegurar opciones para pagar las supuestas deudas.¹⁹³ También indica que las Demandantes ignoran las condiciones en las que Colombia decidió reembolsar las deudas de entidades públicas y barrios subnormales mediante la Ley 859 de 2003 y el Acuerdo de

¹⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 133-135; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 95-98; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 102-116.

¹⁸⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 106-107; Réplica de las Demandantes, ¶ 96; Anexo R-33, Declaración del Presidente Juan Manuel Santos al Término de la Reunión Energética en Barranquilla, 14 de enero de 2016.

¹⁹⁰ Anexo C-276, Ley No. 859 de 2003.

¹⁹¹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 112-116.

¹⁹² Réplica de las Demandantes, ¶ 98; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 116.

¹⁹³ Memorial de Contestación, ¶¶ 170-179.

Malambo. Afirman que fueron acciones únicas que no crearon ninguna obligación para el gobierno en adelante.¹⁹⁴

E. LAS CIRCUNSTANCIAS RELATIVAS A LA DECISIÓN DE INTERVENIR ELECTRICARIBE

157. Las Partes también debaten ciertas cuestiones de hecho y regulatorias en torno a la decisión de Colombia de intervenir Electricaribe, a saber: (1) la situación financiera de la Compañía en el período anterior a la intervención, (2) las alegaciones de las Demandantes relativas a la “conveniencia política”, (3) la decisión de Colombia de liquidar la Compañía, y (4) el desempeño de Electricaribe después de la intervención.
158. En esta sección, el Tribunal resume las declaraciones de las Partes sobre estas cuestiones de hecho y regulatorias. A continuación, se resumen las posiciones de las Partes sobre las consecuencias jurídicas de la decisión de Colombia de poner a Electricaribe bajo intervención en noviembre de 2016 (sección V).

(1) Situación Financiera de la Compañía con anterioridad a la Administración

159. La Demandada dice que intervino en Electricaribe basándose en dos de los motivos establecidos en el artículo 59 de la Ley No. 142, que se refieren a: (i) la capacidad de la Compañía para proporcionar continuidad y calidad de servicio y (ii) la capacidad de la Compañía para pagar sus obligaciones comerciales.¹⁹⁵
160. En cuanto a la capacidad de pago de las obligaciones comerciales, la Demandada sostiene que la situación financiera de Electricaribe comenzó a deteriorarse rápidamente a principios de 2016. En mayo de 2016, se impuso un plan de gestión a Electricaribe, y la estrecha vigilancia de la situación financiera de la empresa aumentó en julio de 2016 cuando el Sr. José Miguel Mendoza fue nombrado superintendente de la SSPD.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 73-80.

¹⁹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 192; Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, en art. 59(1) y 59(7).

¹⁹⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 194-195

161. Según lo descrito por la Demandada, la situación financiera de Electricaribe empeoró considerablemente en la segunda mitad de 2016. Por ejemplo, afirma que en 2016 se iniciaron 65 procedimientos de limitación de suministro contra Electricaribe en relación con el incumplimiento de ciertas obligaciones de pago. De esos 65 procedimientos, 59 se produjeron entre agosto y noviembre de 2016.¹⁹⁷ La frecuencia de los procedimientos aumentó en agosto de 2016. Cabe destacar que uno de dichos procedimientos se inició debido a un pago parcial por parte de Electricaribe en una factura de compras de electricidad en la bolsa de energía en julio de 2016.¹⁹⁸
162. La situación en agosto de 2016 llevó a la SSPD, bajo la dirección del Sr. Mendoza, a aumentar su vigilancia y a comenzar a prepararse para una intervención. En particular, la SSPD encargó a peritos externos el diagnóstico del estado de la red de distribución de Electricaribe y de los riesgos operativos de la Compañía.¹⁹⁹ El 30 de septiembre de 2016, uno de los peritos de la Demandada, Ágora, elaboró un informe preliminar en el que se indicaba un alto nivel de exposición en la bolsa de energía.²⁰⁰ En septiembre de 2016, la SSPD solicitó un segundo informe pericial, éste de TetraTech, que evaluó el estado de la red y la infraestructura de Electricaribe. La Demandada afirma que la SSPD necesitaba esta información en caso de que se viera obligada a intervenir y operar Electricaribe temporalmente.²⁰¹
163. Si bien la Compañía logró evitar los cortes de electricidad debidos a los procedimientos iniciados en agosto de 2016, la Demandada afirma que la frecuencia de los procedimientos aumentó durante septiembre y octubre de 2016.²⁰² En octubre de 2016, Electricaribe sólo hizo pagos parciales en la factura

¹⁹⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 202-203.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación, ¶ 206.

¹⁹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 209; Dúplica de la Demandada, ¶ 255.

²⁰⁰ Memorial de Contestación, ¶ 211; Anexo R-49, Ágora Corporate Consultants S.A.S., Documento de Trabajo, 30 de septiembre de 2016.

²⁰¹ Memorial de Contestación, ¶ 212. El informe de Tetra Tech fue finalizado en diciembre de 2016. Anexo R-48.

²⁰² Ver, en forma general, Memorial de Contestación, ¶¶ 210-219.

de XM por compras de electricidad en la bolsa de energía por tercer mes consecutivo.²⁰³

164. La Demandada también señala la correspondencia que la SSPD recibió en octubre y noviembre de 2016 de terceros y de la propia Electricaribe en relación con la gravedad de la situación financiera de esta última. Por ejemplo, en una carta de fecha 10 de octubre de 2016, los auditores internos de Electricaribe, Deloitte, se refirieron a un riesgo de “inviabilidad financiera”.²⁰⁴ El 31 de octubre de 2016, la SSPD recibió correspondencia de XM sobre la posibilidad de que los incumplimientos de pago de Electricaribe crearan un “riesgo sistémico” en el mercado de la energía debido a las consecuencias que dichos incumplimientos pudiesen tener para otros actores del mercado.²⁰⁵ El 3 de noviembre de 2016, Electricaribe escribió a la SSPD advirtiendo que no podía obtener una garantía bancaria o dinero en efectivo a tiempo para evitar la ejecución de un recorte de electricidad que estaba previsto que ocurriera al día siguiente.²⁰⁶ Según la Demandada, las propias proyecciones de flujo de caja de la Compañía sugerían que seguiría sin poder cumplir sus obligaciones de pago hasta noviembre y diciembre de 2016.²⁰⁷
165. Por último, la Demandada señala que la Compañía recibió un alto nivel de quejas durante este período. Además, dice que al menos 71 protestas ocurrieron en Costa Caribe en 2016 provocadas por el descontento en los servicios de Electricaribe.²⁰⁸

²⁰³ Memorial de Contestación, ¶¶ 216.

²⁰⁴ Memorial de Contestación, ¶ 218; Anexo R-52.

²⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 221-223; Dúplica de la Demandada, ¶ 268; Anexo R-64, Carta de XM (Sra. Maya) a la SSPD (Sr. Mendoza), No. 022471-1, “Situación Actual de la Empresa Electrificadora del Caribe S. A. E. S. P. en el MEM” 31 de octubre de 2016.

²⁰⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 224-225; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 272-273; Anexo R-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) a MinMinas (Ministro Arce), CREG (Sr. Castro), el SSPD (Sr. Mendoza), y XM (Sra. Arboleda), “Proceso de Limitación de Suministro – Publicación avisos de prensa” 3 de Noviembre de 2016.

²⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 226-228; Dúplica de la Demandada, ¶ 274; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 132-133; Anexo R-68.

²⁰⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 231-234; Dúplica de la Demandada, ¶ 276.

166. Por su parte, las Demandantes no refutan la frecuencia de los procedimientos que se produjeron, ni la existencia de la correspondencia y las proyecciones de flujo de caja a las que se refiere la Demandada. Sin embargo, las Demandantes proponen una lectura diferente de este registro de hechos.²⁰⁹
167. Las Demandantes suelen argumentar que la situación financiera de Electricaribe fue creada por deficiencias del entorno regulatorio que fueron identificadas ya en 2014, durante las discusiones previas al Plan de Acción 2014. Algunas de las medidas identificadas en el Plan de Acción 2014 podrían haber sido adoptadas, según afirman, con carácter urgente para abordar el problema de liquidez a corto plazo de Electricaribe, al menos entre septiembre -cuando el Sr. Mendoza dice que discutió por primera vez la posibilidad de intervención con el presidente Santos²¹⁰ – y noviembre de 2016. Señalan que el pago de la deuda de los barrios subnormales o de la deuda de las entidades públicas por sí solo habría asegurado la viabilidad de la Compañía durante varios meses,²¹¹ lo que dicen es significativo teniendo en cuenta especialmente que la Compañía comenzaría a recuperarse de las consecuencias del alto precio de la electricidad durante el fenómeno de El Niño de 2014-2016.
168. En cuanto al riesgo sistémico al que se refiere XM en su correspondencia del 31 de octubre de 2016, las Demandantes señalan que sólo 2 de los 25 procedimientos vigentes en el momento de la intervención se referían al no pago de deudas, y el monto total considerado en ambos procedimientos era de aproximadamente US\$ 10 millones. En comparación, Electricaribe gastó casi US\$1.000 millones en la compra de energía en 2016, lo que desvirtúa la sugerencia de que una deuda de US\$10 millones amenazaba el mercado.²¹² La decisión de Colombia de poner a la Compañía en intervención -que tuvo el efecto

²⁰⁹ El Tribunal reitera que los argumentos de las Demandantes y la Demandada sobre las consecuencias jurídicas de la decisión de Colombia de intervenir en las circunstancias de este caso se examinan más adelante, en la sección V B), infra.

²¹⁰ Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 193(c).

²¹¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 307-308; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 192(c); Primer Informe FTI, ¶¶ 6.23-6.27; Segundo Informe FTI, ¶¶ 6.5-6.8.

²¹² Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶196(a).

de congelar las deudas de la Compañía- socava aún más, según las Demandantes, la gravedad de las advertencias de riesgo sistémico hechas por XM.²¹³

169. Las Demandantes también minimizan la importancia de la carta de Electricaribe del 3 de noviembre de 2016, indicando que la Compañía buscaba medios para que el gobierno reaccionara.²¹⁴
170. Además, las Demandantes señalan que los auditores de la Compañía, Deloitte, han utilizado en múltiples ocasiones en el pasado un lenguaje similar al utilizado en su carta del 10 de octubre de 2016.²¹⁵ También señalan otras ocasiones durante la administración de Unión Fenosa en las que la Compañía operó con flujos de efectivo negativos y en las que los auditores advirtieron de un riesgo financiero para la Compañía, y señalan que ninguna de esas ocasiones anteriores dio lugar a una intervención.²¹⁶
171. En cuanto al riesgo de apagones generalizados debido a los procedimientos, las Demandantes señalan que cualquier apagón sería necesariamente limitado debido a las prohibiciones constitucionales de los apagones que afectan a determinadas personas protegidas.²¹⁷ En cualquier caso, afirman que las propias pruebas de Colombia socavan su afirmación de que los apagones sistémicos eran un problema grave. Las Demandantes señalan, por ejemplo, que el Sr. Sojo sugirió durante su testimonio que los apagones pueden utilizarse como medio para disciplinar a los usuarios y aumentar las tasas de recaudación,²¹⁸ y que la SSPD, en cualquier caso, permitió que los apagones aumentaran bajo su administración después de la intervención.²¹⁹

²¹³ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 196(c).

²¹⁴ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 196(b).

²¹⁵ Dúplica de las Demandantes, ¶ 194.

²¹⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 195-196.

²¹⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 197(a).

²¹⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 197(b).

²¹⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 197(c).

(2) Alegaciones de Conveniencia Política de las Demandantes

172. Las Demandantes afirman que la conveniencia política fue la "verdadera razón de ser" de la decisión del gobierno de intervenir la Compañía en lugar de tomar medidas menos intrusivas para hacer frente a las dificultades financieras de la Compañía. Tanto en su Demanda como en su Réplica, las Demandantes presentan el argumento de que la decisión de intervenir permitió a la administración del presidente Santos obtener apoyo político en la región del Caribe para el histórico Acuerdo de Paz con las FARC.²²⁰ En su escrito posterior a la audiencia, las Demandantes también destacan otros factores que, según ellas, contribuyeron a la presión política para intervenir Electricaribe.²²¹
173. Las Demandantes describen la influencia política ejercida por la Bancada Costeña, un grupo regional interpartidario de líderes políticos de la región del Caribe que, según ellas, goza de una importante representación en el senado colombiano y está bien organizado políticamente. Algunos de los políticos de la Bancada Costeña gozan además de un importante apoyo local, de modo de poder ejercer influencia sobre otros políticos locales y los votantes de la región. Como resultado, según las Demandantes, la Bancada Costeña estuvo bien situada para ejercer presión política sobre el gobierno central a fin de asegurar los intereses regionales.²²²
174. Las Demandantes sostienen que la Bancada Costeña había sido abiertamente crítica con respecto a Electricaribe, incluso en declaraciones públicas realizadas durante los debates ante el congreso colombiano en torno a agosto de 2016. A pesar de la sugerencia en contrario de la Demandada, las Demandantes insisten en que dichas declaraciones públicas crearon un nexo claro entre el apoyo al acuerdo de paz con las FARC y la decisión de intervenir Electricaribe.²²³ Observan

²²⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 174-208.

²²¹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 162-184.

²²² Memorial de Demanda, ¶182.

²²³ Memorial de Demanda, ¶ 190; Anexo C-16; Anexo C-171; ver también Réplica de las Demandantes, ¶¶ 198-201; Anexo C-314; Anexo C-315.

que el propio presidente Santos hizo declaraciones críticas sobre Electricaribe, que por ejemplo se registraron durante las reuniones con los delegados extranjeros.²²⁴

175. Desde la perspectiva de las Demandantes, después del referéndum del 2 de octubre de 2016, en el que los colombianos votaron frente al acuerdo de paz de las FARC por un estrecho margen, Colombia consideró la toma de posesión de Electricaribe como un medio de asegurar el apoyo político al acuerdo de paz de las FARC por parte de los políticos de la Bancada Costeña.²²⁵ Dos semanas después de que la SSPD anunciara la decisión de intervenir Electricaribe, tanto el Congreso como el Senado de Colombia votaron a favor de un acuerdo de paz revisado con las FARC. Las Demandantes señalan, en particular, que los líderes de la región del Caribe que anteriormente se habían abstenido de votar, ahora votaron a favor del acuerdo de paz.
176. La Demandada niega que su decisión de intervenir Electricaribe haya sido por razones políticas.²²⁶ Insiste en que la decisión de intervenir se basó exclusivamente en las pruebas relativas a la precaria situación financiera de la Compañía.
177. Colombia también niega que la teoría de la conveniencia política de las Demandantes cuente con algún apoyo probatorio. Sugiere que el argumento se elaboró para los fines del arbitraje, señalando que el argumento apareció por primera vez en el Memorial de Demanda, y que estuvo notoriamente ausente en la Notificación de la Controversia y la Notificación del Arbitraje.²²⁷ La Demandada también señala que las Demandantes optaron por no contrainterrogar a los testigos sobre este tema durante la audiencia.²²⁸

²²⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 201.

²²⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 193-196.

²²⁶ Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 241-245; Memorial de Contestación, ¶ 244; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 281-299; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 144-147.

²²⁷ Ver Memorial de Contestación, ¶ 241.

²²⁸ Dúplica de la Demandada, ¶ 282; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 142-143.

178. Además, la Demandada sostiene que un examen más detenido de la cronología de los acontecimientos socava la teoría expuesta por las Demandantes. Sugiere que, en el momento de la decisión de intervenir Electricaribe, el presidente Santos ya contaba con el apoyo mayoritario del Congreso para el acuerdo de paz y, en cualquier caso, todavía no había solicitado someter el asunto a votación en el Congreso en lugar de proceder por vía de referéndum.²²⁹ En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada señala que las Demandantes optaron por no impugnar sus críticas en la audiencia.²³⁰

(3) Decisión de Colombia de Liquidar la Compañía

179. Según la Demandada, la legislación colombiana prevé un período de dos meses (prorrogable por otros dos meses) durante el cual la SSPD debe determinar si la intervención debe resolverse mediante la administración o la liquidación.²³¹ Al tomar su decisión, la SSPD determina si la Compañía: (1) podrá cumplir su propósito de acuerdo con la legislación colombiana y (2) superará los problemas que condujeron a la intervención.

180. El 30 de diciembre de 2016, el representante especial nombrado para Electricaribe, Sr. Javier Lastra, presentó su primer informe a la SSPD, en el que se concluía que Electricaribe no podría cumplir sus obligaciones comerciales para 2017.²³² La SSPD amplió hasta el 14 de marzo de 2017 el plazo para decidir si Electricaribe debía ser objeto de administración o liquidación. Posteriormente, la SSPD presentó un informe, de fecha 13 de marzo de 2017, en el que se recomendaba la liquidación. Este informe se basó principalmente en las proyecciones de flujo de caja en varios escenarios considerados por Ágora, un

²²⁹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 300-301.

²³⁰ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 148-151.

²³¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 246-247. La Demandada explica que, en el marco de la liquidación, la SSPD inicia un procedimiento de quiebra, se venden los activos de la Compañía y el producto de la venta se utiliza para pagar a los acreedores y accionistas de la Compañía. Bajo administración, la SSPD puede administrar la Compañía por un máximo de dos años, durante los cuales adopta medidas para garantizar un nivel de servicio adecuado, y devuelve el control de la Compañía a sus funcionarios y directores.

²³² Memorial de Contestación, ¶¶ 250-251; Anexo R-83, Agente Especial Javier Lastra Fuscaldo, "Informe de Situación Electricaribe corte a 30 de noviembre de 2016", 30 de diciembre de 2016.

perito financiero externo contratado por la SSPD. El informe proyectaba flujos de caja negativos para 2017 y déficits continuos hasta 2021.²³³

181. Sobre la base de estas proyecciones de flujo de caja y considerando el bajo nivel de inversiones de la Compañía, la SSPD determinó que Electricaribe no podría cumplir con su propósito público ni superar los problemas que llevaron a la intervención en primer lugar, incluso después de la administración por parte de la SSPD por el período máximo de 2 años. La Demandada afirma que no tuvo otra opción en estas circunstancias que liquidar y buscar un nuevo propietario que hiciera las inversiones necesarias en la Compañía para asegurar la continuidad y una calidad de servicio adecuada.²³⁴
182. Por su parte, las Demandantes reiteran contra la decisión de liquidar gran parte de los mismos argumentos que invocan contra la decisión de intervenir la Compañía . Dado que Colombia decidió liquidar la Compañía el 14 de marzo de 2017, esto dio al Gobierno aún más tiempo, según las Demandantes, para aplicar medidas que mejoraran la viabilidad financiera de la Compañía y, por lo tanto, evitaran la necesidad de la liquidación.²³⁵ Asimismo, mencionan información pública aparentemente divulgada por Colombia que sugiere que Gas Natural estaba efectivamente dispuesta a realizar alguna inversión de capital en la Compañía con anterioridad a la decisión de liquidarla.²³⁶

(4) Desempeño de Electricaribe Después de la Intervención

183. Las Demandantes también alegan que el desempeño de la Compañía se deterioró bajo la dirección de la SSPD. Dicen que el deterioro del desempeño de Electricaribe es incoherente con las razones que Colombia cita en apoyo de su decisión intervenir la Compañía. Las Demandantes también sostienen que el

²³³ Memorial de Contestación, ¶ 253; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 308-309; Anexo R-84, Opinión de la SSPD sobre la Modalidad de la Toma de Posesión, 13 de marzo de 2017.

²³⁴ Memorial de Contestación, ¶ 256; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 309-310; Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 153-154; Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 70-73.

²³⁵ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 200-201.

²³⁶ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 202.

rendimiento de Electricaribe después de la intervención sirve como una admisión tácita por parte de Colombia de que el entorno regulatorio era inadecuado para asegurar el nivel requerido de servicio eléctrico en Costa Caribe, y que Gas Natural no administró inadecuadamente la Compañía.

184. En cuanto al desempeño de Electricaribe después de la intervención, las Demandantes señalan que los indicadores de calidad del servicio, SAIDI y SAIFI, que miden las interrupciones del servicio, empeoraron después de la intervención. Sostienen que las pérdidas estructurales también aumentaron.²³⁷ Además, afirman que la Compañía no cumplió su objetivo de inversión para 2017, y que los niveles de inversión fueron inferiores a los de cualquier año en que la Compañía fue administrada por las Demandantes.²³⁸ Los niveles de EBITDA también cayeron, con la Compañía sufriendo una pérdida neta en 2017.²³⁹
185. Las Demandantes impugnan la afirmación de Colombia de que el mal desempeño de la Compañía bajo la gestión de la SSPD es una resaca de la supuesta mala administración de las Demandantes durante su permanencia en el cargo.²⁴⁰ También niegan que cualquier mejora en algunos indicadores de desempeño en los que se basa Colombia sea de hecho atribuible a la gestión del administrador especial.²⁴¹
186. Las Demandantes sostienen además que la Compañía está funcionando peor a pesar de las condiciones favorables del mercado y de la llegada de un cambio regulatorio favorable a Electricaribe. Las condiciones del mercado han mejorado, según las Demandantes, en particular debido al paso de El Niño, y la consiguiente reducción del precio de la electricidad.²⁴² En lo que respecta a las mejoras

²³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 206; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 162(c) y 162(d).

²³⁸ Memorial de Demanda, ¶ 206; Réplica de las Demandantes, ¶ 162(a).

²³⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 162(b); Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 149(a).

²⁴⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 165.

²⁴¹ Réplica de las Demandantes, ¶ 166.

²⁴² Memorial de Demanda, ¶ 204; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 160-161.

regulatorias, las Demandantes se refieren a varias medidas aplicadas por Colombia después de que intervino Electricaribe, entre ellas las siguientes:

- la adopción de una nueva tasa de distribución en 2018;
- nueva legislación que permite la interrupción del servicio a los usuarios morosos, así como otras medidas destinadas a reducir el fraude en materia de energía, como la suspensión del servicio en los barrios subnormales;
- pago de deudas a entidades públicas y ampliación de las líneas de crédito para ayudar a las entidades públicas a pagar la electricidad;
- préstamos y garantías otorgados por el gobierno directamente a la Compañía.²⁴³

187. La Demandada niega que la gestión de la SSPD de la Compañía haya contribuido a cualquier deterioro del desempeño.²⁴⁴ Señala que el rendimiento de la Compañía bajo la dirección de la SSPD es simplemente un reflejo de la mala gestión y la falta de inversión de Gas Natural, que según afirma, tardará años en deshacerse. La Demandada se refiere, entre otras cosas, a un informe completado por el FDN en 2017 como apoyo a esta posición. El informe del FDN sugiere, en particular, que se necesitarán inversiones por un monto de al menos COP\$7 billones por año durante diez años para llevar a Electricaribe a un nivel óptimo de funcionamiento.²⁴⁵

188. En cualquier caso, la Demandada sostiene que no es deber del Estado corregir la situación de la Compañía durante la intervención. Más bien, describe su papel como limitado a mantener la Compañía funcionando a un nivel mínimo, para asegurar que el servicio continúe hasta que se identifique un nuevo operador.²⁴⁶

²⁴³ Memorial de Demanda, ¶ 204; Réplica de las Demandantes, ¶ 154.

²⁴⁴ Memorial de Contestación, ¶ 259.

²⁴⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 203; Anexo FTI-44; Anexo R-83, Agente Especial Javier Lastra Fuscaldo, "Informe de Situación Electricaribe corte a 30 de noviembre de 2016", 30 de diciembre de 2016; Anexo R-84, Opinión de la SSPD sobre la Modalidad de la Toma de Posesión, 13 de marzo de 2017.

²⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶ 259; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 204.

189. En su Memorial de Contestación, la Demandada sugiere que el desempeño de la Compañía mejoró en ciertos aspectos, incluso con respecto a la exposición en la bolsa de energía, tasas de cobro y quejas.²⁴⁷ Además de una breve reiteración de estas alegaciones en la segunda declaración del Sr. Mendoza,²⁴⁸ la Demandada no parece plantear seriamente la proposición de que el desempeño general de la Compañía ha mejorado después de la intervención.

F. DENUNCIAS DE HOSTIGAMIENTO DE LAS DEMANDANTES

190. Las Demandantes también alegan que Colombia ha sometido a sus representantes a una campaña de hostigamiento. Por ejemplo, las Demandantes afirman que ciertos políticos colombianos, especialmente los miembros de la Bancada Costeña, hicieron declaraciones públicas incendiarias dirigidas a Electricaribe y a sus propietarios españoles. En algunos casos, según las Demandantes, dichas declaraciones alentaron la falta de pago de las tarifas eléctricas y, en ocasiones, llegaron a condonar la violencia contra la Compañía.²⁴⁹ Según las Demandantes, estas declaraciones cesaron después de que la Compañía fue intervenida.

191. Las Demandantes también señalan que Colombia ha instituido una serie de acciones sin fundamento contra la Compañía y su personal.²⁵⁰

192. La Demandada niega haber iniciado una campaña de hostigamiento contra Electricaribe o sus directores. Sugiere que las declaraciones públicas de las que se quejan las Demandantes son simplemente manifestaciones de insatisfacción con la Compañía y su servicio. La Demandada admite que ha investigado una serie de cuestiones, incluido el uso indebido de fondos públicos, pero niega que esas acciones fuesen infundadas o estuviesen destinadas a acosar a las

²⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 260-262.

²⁴⁸ Declaración Testimonial Mendoza, ¶ 21.

²⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 228-234.

²⁵⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 236-240; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 215-218.

Demandantes.²⁵¹ Colombia añade que Electricaribe ha sido objeto de investigaciones en el pasado, y que, en algunos de los casos iniciados después de la intervención, la SSPD falló en contra de Electricaribe.²⁵²

IV. PETITORIO

A. DEMANDANTES

193. Las Demandantes solicitan que el Tribunal le conceda lo siguiente:

- a. DECLARE que Colombia ha infringido los artículos 2(3), 3 y 4 del Tratado;
- b. ORDENE que Colombia:
 - i. Indemnice a las Demandantes en su totalidad por todas las pérdidas sufridas como resultado de las infracciones del Tratado por parte de Colombia, y en particular:
 1. Pague US\$1.090,9 millones en daños equivalentes al valor justo de mercado de la participación de las Demandantes en Electricaribe al 13 de noviembre de 2016, en ausencia de infracciones del derecho internacional por parte de Colombia;
 2. Pague US\$210,1 millones en daños equivalentes a los montos adeudados a Electricaribe al 13 de noviembre de 2016 por: (i) la deuda de los barrios subnormales; (ii) la deuda de las entidades del sector público; y (iii) los subsidios no pagados;
 3. Pague US\$ 9,2 millones en daños equivalentes a las cantidades adeudadas a las Demandantes al 13 de noviembre de 2016 por el préstamo de terceros garantizado a la Compañía; y
 4. Pague intereses previos a la adjudicación de los puntos 1 a 3 anteriores a una tasa igual al costo de la deuda de una empresa de electricidad en Colombia al 13 de noviembre de 2016 (6% anual), compuestos anualmente;

²⁵¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 268-269.

²⁵² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 317-318.

- ii. Pague, a título de indemnización total, todas las costas y gastos del presente procedimiento de arbitraje, incluyendo, sin limitación, los honorarios y gastos de:
 1. Los miembros del Tribunal;
 2. CIADI y CPA;
 3. Costos administrativos de la audiencia;
 4. Los peritos y consultores designados por las Demandantes;
 5. Representación legal de las Demandantes (incluidos los desembolsos);
 - iii. Pague intereses posteriores a la adjudicación de los montos adjudicados de conformidad con (b) (i) y ii) supra, a una tasa igual al costo de la deuda de una empresa de electricidad en Colombia al 13 de noviembre de 2016 (6% anual), compuestos anualmente;
- c. DESESTIME todas las reconvenções de Colombia por falta de jurisdicción o, en su defecto, por el fondo;
 - d. DECLARE que el Laudo del Tribunal se hace libre de todos los impuestos colombianos, y que Colombia no puede imponer a las Demandantes ningún impuesto derivado del Laudo del Tribunal; y
 - e. ORDENE cualquier otra medida que el Tribunal considere apropiada según las circunstancias.

B. DEMANDADA

194. La Demandada solicita que el Tribunal le conceda lo siguiente:

- DESESTIME todas las reclamaciones de las Demandantes por falta de jurisdicción o, en su defecto, en el fondo;
- ADJUDIQUE a la Demandada los costos y honorarios, incluyendo los honorarios de los abogados, en los que ha incurrido en este arbitraje.
- CONCEDA las reconvenções de la Demandada;
- ADJUDIQUE a la Demandada US\$514,08 millones, más los intereses aplicables.

V. RECLAMACIONES DE LOS DEMANDANTES – POSICIONES DE LAS PARTES Y ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

195. En esta sección, el Tribunal primero resume y luego presenta su análisis de las posiciones respectivas de las Partes en relación con las reclamaciones de las Demandantes. Una vez más, al hacerlo, el Tribunal no se propone relatar todas las presentaciones y argumentos de las Partes sobre estos puntos en forma exhaustiva. Se centra más bien en las presentaciones y pruebas que considera fundamentales para la resolución de cada una de las distintas cuestiones que se han de determinar antes de proceder a examinar su análisis de las mismas. No obstante, cabe señalar que, al llegar a sus conclusiones, el Tribunal ha examinado y considerado todas las presentaciones y pruebas de las Partes, así como los anexos presentados por ellas en el curso del presente arbitraje.

A. JURISDICCIÓN

(1) Posición de las Demandantes

196. Las Demandantes afirman que el Tribunal es competente para conocer de sus reclamaciones en virtud del consentimiento de las Partes para el arbitraje establecido en el artículo 10 del Tratado (sección XX). Las Demandantes señalan que son un “inversionista protegido” a los efectos del Tratado. Notificaron una Notificación de la Controversia a Colombia el 11 de julio de 2016 y, al no poder resolver el asunto mediante negociaciones, notificaron su intención de someter la controversia a arbitraje el 1 de diciembre de 2016.²⁵³ La Notificación de Arbitraje se presentó el 21 de marzo de 2017.

197. Como se describe con más detalle a continuación, la Demandada ha planteado dos amplias objeciones a la competencia del Tribunal para conocer y decidir la mayoría de las reclamaciones de las Demandantes. Las Demandantes impugnan dichas objeciones.

²⁵³ Memorial de Demanda, ¶¶ 396-397.

198. En cuanto a las objeciones de la Demandada basadas en prescripciones, las Demandantes plantean varios argumentos.²⁵⁴ En opinión de las Demandantes, el plazo de prescripción previsto en el artículo 10(5) del Tratado sólo puede comenzar en el momento en que el inversionista tuvo “conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta vulneración a este Acuerdo, así como de las pérdidas o daños sufridos”.²⁵⁵ Las Demandantes afirman que no han presentado ninguna reclamación por supuestas vulneraciones del Tratado anteriores al Plan de Acción 2014. Sostienen que sus reclamaciones relacionadas con el Plan de Acción 2014 están dentro del plazo de prescripción y señalan que la Demandada acepta esta posición. En cualquier caso, los Demandantes indican que el “incumplimiento prolongado” por parte de Colombia de las obligaciones derivadas del Tratado constituye una infracción continuada y, por lo tanto, vuelve a poner en marcha el reloj de prescripción.
199. Las Demandantes también impugnan la objeción de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal para pronunciarse sobre las “reclamaciones de intervención” por varias razones.²⁵⁶ En particular, sostienen que no hay fundamento en el derecho colombiano ni en el derecho internacional para la distinción que la Demandada intenta establecer entre el derecho de propiedad y el derecho de funcionamiento de la Compañía. En cualquier caso, las Demandantes sostienen que sólo necesitan demostrar la propiedad ó el control de la inversión en el momento de la supuesta vulneración, e incluso en el caso de la Demandada, las Demandantes eran propietarias de sus acciones al momento de la supuesta vulneración, lo que basta para que el Tribunal determine que eran titulares de una inversión calificada en virtud del Tratado.²⁵⁷

²⁵⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 437-444; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 24-32.

²⁵⁵ Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 26.

²⁵⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 447-449; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 33-38.

²⁵⁷ Dúplica de las Demandantes, ¶ 34.

(2) Posición de la Demandada

200. Como se ha mencionado, la Demandada plantea dos categorías principales de objeciones a la jurisdicción del Tribunal *ratione temporis* y *ratione materiae*.
201. La Demandada divide las reclamaciones de las Demandantes en dos amplias categorías: las denominadas “reclamaciones históricas” (las relacionadas con acciones u omisiones anteriores a la intervención) y las denominadas “reclamaciones de intervención” (las reclamaciones relacionadas con la decisión de intervenir Electricaribe a los efectos de la liquidación).
202. Con respecto a las “reclamaciones históricas”, la Demandada alega que muchas de esas reclamaciones se salen del plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 10(5) del Tratado. La Demandada sugiere que el plazo de prescripción se fije al 21 de marzo de 2014 (es decir, tres años antes de la presentación de la Notificación de Arbitraje). Si bien las reclamaciones de las Demandantes relacionadas con el Plan de Acción 2014 se encuentran dentro de este plazo de prescripción, la Demandada señala que las Demandantes presentan reclamaciones adicionales basadas en infracciones “de larga data” de la legislación colombiana o internacional. Estas “reclamaciones históricas”, dice la Demandada, quedan fuera del plazo de prescripción de 3 años, porque las Demandantes sabían o deberían haber sabido razonablemente acerca de la vulneración con anterioridad al 21 de marzo de 2014.
203. Esta objeción se aplica a las siguientes reclamaciones:
- **Pagos pendientes del FOES:** La Demandada señala los casos de 2009 en que Electricaribe solicitó el pago de la “deuda” del FOES;²⁵⁸

²⁵⁸ Memorial de Contestación, ¶ 275; Anexo R-149, Carta de Electricaribe (Sr. Cruz) a MinMinas (Vice Ministro Maiguashca), 21 de abril de 2009; Anexo R-150, Carta de Electricaribe (Sra. Ortiz) a MinMinas (Sr. Jiménez) y DNP (Sra. Quintero), 28 de enero de 2011; Anexo R-153, Carta de Electricaribe (Sr. Cruz) a MinMinas (Ministro Rodado), 9 de agosto de 2010; Anexo R-18, Carta de MinMinas (Sr. Taboada) a Electricaribe (Sr. Cruz), 3 de septiembre de 2010.

- **Deuda de la entidad pública:** La Demandada señala los casos ocurridos entre 2009 y 2013 en que las Demandantes solicitaron que Colombia garantizara la deuda de la entidad pública;²⁵⁹
- **Deuda barrios subnormales:** La Demandada señala que el resumen de las reuniones celebradas en 2003 indica que la cuestión de la deuda de barrios subnormales pendiente existe desde hace más de 15 años;²⁶⁰
- **Legislación antifraude:** La Demandada señala que las Demandantes solicitaron al Ministerio de Minas y Energía la adopción de una legislación antifraude ya en 2013.²⁶¹

204. En su Dúplica, la Demandada invita al Tribunal a desestimar la pretensión de las Demandantes de que las “reclamaciones históricas” están relacionadas con infracciones continuas que restablecen el reloj de las prescripciones, por razones similares a las expuestas en el caso *Berkowitz c. Costa Rica*.²⁶² Por último, señalan que las Demandantes mismas parecen reconocer haber sabido de las infracciones en las que se basan mucho antes del 21 de marzo de 2014.²⁶³

205. En cuanto a las denominadas “reclamaciones de intervención”, la Demandada sostiene que las Demandantes carecen de fundamento para formular esas reclamaciones, ya que la intervención no les ha privado de sus derechos -ni de propiedad ni de control- en la Compañía. La Demandada sostiene que las Demandantes mantienen la propiedad de las acciones de Electricaribe y, por lo tanto, no pueden basar las “reclamaciones de intervención” en una privación del derecho de propiedad. Tampoco pueden las Demandantes basar su reclamación en una privación del derecho a operar la Compañía, sostiene la Demandada, porque las Demandantes ya habían renunciado a dicho derecho en virtud de lo

²⁵⁹ Memorial de Contestación, ¶ 275; Anexo R-21, Electricaribe, “Resumen cronológico situación Electricaribe,” agosto de 2014.

²⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶ 275; Anexo R-154, MinMinas Presentación de las Conclusiones de la Reunión del 15 de noviembre de 2003 en relación con el Servicio de Energía en la Costa Atlántica.

²⁶¹ Memorial de Contestación, ¶ 275.

²⁶² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 325-328; Anexo RLA-54, *Aaron C. Berkowitz, Brett E. Berkowitz y Trevor B. Berkowitz c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, Laudo Provisional (Corregido), 30 de mayo de 2017 (“*Berkowitz c. Costa Rica*, Laudo Provisional”).

²⁶³ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 329-332.

dispuesto en los artículos 59.1 y 59.7 de la Ley 142 de 1994, al menos desde agosto de 2016, antes de que se decidiera intervenir Electricaribe.²⁶⁴ Por consiguiente, la Demandada alega que todas las reclamaciones de las Demandantes basadas en la decisión de intervenir Electricaribe deben quedar fuera del ámbito de jurisdicción del Tribunal en virtud del Tratado.

(3) El Análisis del Tribunal

206. El Tribunal no está convencido de que deba inhibirse de su competencia para conocer y decidir sobre las reclamaciones de las Demandantes basadas en las objeciones presentadas por la Demandada. El Tribunal desestima dichas objeciones por las siguientes razones.
207. Para empezar, es indiscutible entre las Partes que las Demandantes son inversionistas en virtud de los términos del Tratado y que el Arbitraje se ha iniciado debidamente de conformidad con las normas procesales aplicables. Por consiguiente, el Tribunal no necesita decidir este punto.
208. Con respecto a la objeción de la Demandada sobre la prescripción, el Tribunal toma nota en primer lugar de que las Partes acuerdan una fecha límite de prescripción del 21 de marzo de 2014, es decir, tres (3) años antes de la fecha de presentación de la Notificación de Arbitraje de las Demandantes. En consonancia con ello, el Tribunal observa además que la Demandada no formula ninguna objeción respecto de las reclamaciones de las Demandantes basadas en el Plan de Acción 2014. Por lo tanto, no hay ninguna objeción de jurisdicción con respecto a dichas reclamaciones, y el Tribunal acepta la jurisdicción sobre las mismas.
209. La objeción de la Demandada basada en prescripciones sobre las restantes “reclamaciones históricas” no convence al Tribunal. El Artículo 10(5) del Tratado establece la regla (convencional) de que la reclamación de un inversionista prescribirá cuando el inversionista tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta vulneración a este Acuerdo, así como de las pérdidas

²⁶⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 277-280; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 333-340.

o daños sufridos antes de la prescripción.²⁶⁵ Para ser claros, el Artículo 10(5) del Tratado no establece una norma por la cual un inversionista no pueda presentar ninguna demanda, cuyas meras circunstancias eran conocidas por el inversionista antes de la prescripción. En opinión del Tribunal, un inversionista puede iniciar válidamente un arbitraje basado en una presunta vulneración del Tratado y en los daños de los que razonablemente tuvo conocimiento sólo después de la fecha límite de prescripción, aunque haya tenido conocimiento de algunas de las circunstancias de su reclamación antes de esa misma fecha.

210. Aquí, las Demandantes dejan claro que todas sus reclamaciones al Tratado se basan en incumplimientos y daños de los que tuvieron conocimiento sólo después del 21 de marzo de 2014.²⁶⁶ El Tribunal observa que las Demandantes no especifican la fecha exacta en que se produjeron algunas de las supuestas infracciones del Tratado. No obstante, como señalan las Demandantes, el hecho de que Colombia tuviera obligaciones legales antes de la fecha límite, o incluso que realizara conductas incompatibles con dichas obligaciones antes de la fecha límite de prescripción, no impide, sin más, el derecho de las Demandantes a invocar infracciones del Tratado y daños de los que razonablemente tuvieron conocimiento sólo después de la fecha límite de prescripción.
211. Por consiguiente, el Tribunal rechaza las objeciones de la Demandada relativas a la jurisdicción *rationae temporis* sobre las “reclamaciones históricas” de las Demandantes. El hecho de que las Demandantes hayan establecido, sobre la base de todas las pruebas disponibles y pertinentes, que Colombia cometió infracciones del Tratado después del 21 de marzo de 2014 es una cuestión sustantiva que el Tribunal aborda más adelante. Por supuesto, cualquier infracción de la que las Demandantes debieran haber sido razonablemente conscientes, y como resultado de la cual los Demandantes incurrieron en daños, antes del 21 de marzo de 2014, prescribiría.

²⁶⁵ Anexo C-1, Tratado, art. 10(5).

²⁶⁶ Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 26-27.

212. Pasando ahora a la objeción jurisdiccional de la Demandada en relación con las llamadas reclamaciones de intervención, esta objeción también carece de fundamento.
213. La Demandada no presenta pruebas que apoyen la afirmación de que las Demandantes hayan perdido sus derechos en la Compañía antes de la intervención. La confianza de la Demandada a este respecto en los criterios establecidos en el artículo 59 de la Ley 142 parece equivocada. El artículo 59 de la Ley 142 establece las condiciones en que la SSPD puede ejercer la facultad de “tomar posesión de una empresa”.²⁶⁷ Este artículo condiciona el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad pública, no establece condiciones sobre el derecho del inversionista a explotar la empresa, de lo contrario se considerará que los propietarios de la empresa han perdido sus derechos. Sencillamente, no hay motivos para que el Tribunal concluya que las Demandantes hayan perdido sus derechos en la Compañía antes de la intervención del 14 de noviembre de 2016.
214. En resumen, por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal rechaza todas las objeciones de jurisdicción de la Demandada. El Tribunal acepta la jurisdicción sobre todas las reclamaciones de las Demandantes establecidas en la Notificación de Arbitraje, tal como se desarrolló en los últimos escritos y pruebas de las Partes.

B. SUPUESTAS INFRACCIONES AL TRATADO

215. Las reclamaciones de las Demandantes en este arbitraje se presentan en virtud del Tratado y se basan en varias supuestas infracciones de las obligaciones de la Demandada en virtud del Tratado.
216. Las Demandantes afirman que la Demandada ha infringido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado en relación con cuatro categorías amplias, a saber: (i) trato justo y equitativo (“**TJE**”), (ii) expropiación, (iii) protección y seguridad plenas (“**PSP**”), y (iv) trato de la nación más favorecida (“**NMF**”).

²⁶⁷ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art 59.

217. A continuación, se resumen las posiciones de las Partes en relación con cada una de las reclamaciones de las Demandantes en virtud del Tratado, seguidas del análisis del Tribunal.

(1) Posición de las Partes sobre las Reclamaciones del Estándar de Trato Justo y Equitativo

a. Posición de las Demandantes

218. El Tratado establece la obligación de las Partes Contratantes de tratar las inversiones de conformidad con el estándar de trato justo y equitativo (TJE). Esta obligación se establece en el artículo 2(3) del Tratado, que se reproduce aquí para facilitar la referencia:

Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad, no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones.

219. Las Demandantes sostienen que el estándar de TJE se ha desarrollado en la jurisprudencia internacional de tal manera que varios criterios del estándar están ahora reconocidos en la jurisprudencia internacional. Entre dichos criterios figuran:

- Si las acciones del Estado fueron arbitrarias o discriminatorias;
- Si los actos del Estado vulneraron las expectativas legítimas en las que confiaba el inversionista cuando se hizo la inversión;
- Si el Estado actuó con transparencia y con el debido proceso; y
- Si las acciones del Estado fueron desproporcionadas.²⁶⁸

220. Las Demandantes plantean cuatro motivos de hecho en los que afirman que la Demandada ha infringido las obligaciones que le impone el Tratado en virtud del

²⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶ 259; Réplica de las Demandantes, ¶ 237.

estándar de TJE. Estos motivos incluyen: (1) el supuesto incumplimiento de los compromisos contraídos en el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla, (2) el supuesto incumplimiento de la actualización oportuna de la tarifa de distribución en 2015, (3) el supuesto incumplimiento del pago de las deudas contraídas con la Compañía, y (4) las infracciones relacionadas con la decisión de intervenir Electricaribe.

221. Las presentaciones de las Demandantes en relación con la presunta infracción por parte de Colombia del estándar de TJE con respecto a cada uno de estos motivos de hecho, considerados en las diversas vertientes enumeradas anteriormente, se resumen a continuación.

(i) Plan de Acción 2014 y Cumbre de Barranquilla

222. El Tribunal ha resumido las descripciones contrapuestas de las Partes de lo que las Demandantes denominan el Plan de Acción 2014 supra, sección III(D). En la presentación de las Demandantes, Colombia se comprometió o se obligó legalmente a aplicar varias medidas destinadas a garantizar la viabilidad financiera de la Compañía. Estas medidas fueron identificadas en una carta enviada por la Compañía al Ministerio de Minas y Energía el 17 de diciembre de 2014. En la sección III(D) supra figura una lista más completa de las medidas identificadas en la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014.²⁶⁹

223. Para mayor facilidad de referencia, el Tribunal hace presente que la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014 identificó varias medidas de naturaleza financiera, regulatoria y legal. Algunas de las medidas financieras tenían por objeto mejorar el déficit de flujo de caja de la Compañía a corto plazo (por ejemplo, el pago de la deuda de la entidad pública y de la deuda de los barrios subnormales, así como los subsidios). Las medidas regulatorias identificadas en la carta incluían la actualización del cargo de venta minorista en la tarifa aplicable a Electricaribe,

²⁶⁹ Ver también Memorial de Demanda, ¶ 263; Anexo C-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 17 de diciembre de 2014.

el aumento del FOES y otros subsidios, la actualización de la tarifa de distribución para incluir un valor por las pérdidas reconocidas y un aumento del valor de los costos de AOM. Las medidas jurídicas se referían en particular a la solución de las tasas de morosidad y fraude experimentadas por la empresa. Todas esas medidas tenían por objeto aliviar la precaria situación financiera en que se encontraba Electricaribe en noviembre de 2014 y garantizar la viabilidad financiera de la Compañía a largo plazo.

224. Existe un debate importante entre las Partes en relación con las obligaciones de Colombia con respecto a estas medidas. Las Demandantes han sostenido que Colombia estaba obligada a aplicar las medidas en su totalidad. De no ser así, incurriría en responsabilidad. En cuanto a la responsabilidad de la Demandada en virtud del Tratado, las Demandantes afirman que el hecho de que Colombia no haya aplicado plenamente todas las medidas infringió sus obligaciones en virtud del estándar de TJE. Concretamente, las Demandantes afirman que las acciones de Colombia vulneraron sus expectativas legítimas y constituyeron una conducta estatal arbitraria.
225. Con respecto a las expectativas legítimas,²⁷⁰ las Demandantes afirman que Colombia se comprometió a aplicar las medidas para garantizar la viabilidad de la Compañía,²⁷¹ y que confiaron en dichos compromisos al dedicar enormes esfuerzos, conocimientos y dinero a Electricaribe. Según las Demandantes, los tribunales internacionales han sostenido repetidamente que los acuerdos de esta naturaleza pueden generar expectativas legítimas.²⁷² Insisten en que los compromisos de Colombia en relación con el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla constituían compromisos firmes, en los que las Demandantes podían confiar razonablemente.²⁷³

²⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 266-269; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 241-254.

²⁷¹ Ver especialmente Réplica de las Demandantes, ¶¶ 247-252; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 60-73.

²⁷² Memorial de Demanda, ¶¶ 268-269.

²⁷³ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 247-252; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 60-73.

226. En su Réplica, las Demandantes insisten en que el llamado Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla pueden constituir la base de expectativas legítimas en virtud del derecho internacional, incluso si las medidas en cuestión surgieron sólo después de la inversión inicial de las Demandantes. Se basan especialmente en los casos *Frontier Petroleum c. República Checa* y *Crystallex c. Venezuela*, como casos en los que un tribunal consideró que un Estado era responsable de una vulneración de las expectativas legítimas de un inversionista que se produjo con posterioridad a la inversión inicial.²⁷⁴
227. Con respecto a las acusaciones de que la conducta de Colombia fue arbitraria,²⁷⁵ las Demandantes afirman que la Demandada no ofreció ninguna justificación por no haber aplicado las medidas. Sugieren que Colombia simplemente renunció a su compromiso porque le convenía políticamente hacerlo.²⁷⁶ Dicha conducta es tanto más arbitraria, según las Demandantes, porque Colombia había identificado las medidas en cuestión como medios para asegurar la viabilidad de la Compañía.²⁷⁷ En su Réplica, las Demandantes señalan la reciente jurisprudencia internacional que, según ellas, ha ampliado la noción de trato arbitrario.²⁷⁸ Insisten en que Colombia se comprometió a implementar medidas a través del llamado Plan de Acción 2014 y de la Cumbre de Barranquilla, pero que no cumplió con ellas, y que esta conducta se enmarca en la noción de arbitrariedad en el derecho internacional.²⁷⁹

²⁷⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 243-245; Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum Services Ltd. C. la República Checa*, CNUDMI, Laudo final, 12 de noviembre de 2010 ("*Frontier Petroleum*"), ¶ 287; Anexo CLA-25, *Crystallex International Corporation c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 ("*Crystallex*"), ¶ 557

²⁷⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 270-274; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 255-263.

²⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 266-274. 293.b..

²⁷⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 74-78.

²⁷⁸ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 256-258.

²⁷⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 259-263; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 78.

(ii) Actualización a la tarifa en 2015

228. Las Demandantes también afirman que Colombia infringió sus obligaciones del Tratado con respecto al estándar de TJE en la medida en que no actualizó la tarifa como lo exige la legislación colombiana.²⁸⁰ Las Demandantes hacen hincapié en un supuesto requisito de la legislación colombiana de que la CREG revisase la tarifa cada cinco años y la actualizase, de ser necesario, de conformidad con principios determinados, incluido el de “suficiencia financiera”.²⁸¹ Sobre la base de este requisito, las Demandantes afirman que Colombia debió haber revisado y actualizado la metodología de remuneración relativa a la tasa de distribución en 2015. Sin embargo, afirman que Colombia no lo hizo hasta 2019, con lo que Electricaribe tuvo que enfrentarse a una tarifa insuficiente entre 2015 y 2019.²⁸² Esta conducta, sostienen las Demandantes, constituyó una vulneración de sus expectativas legítimas, y también fue arbitraria y discriminatoria.
229. Con respecto a las expectativas legítimas, las Demandantes insisten en que era razonable esperar que Colombia cambiara la metodología de remuneración de la tarifa de distribución de acuerdo con sus propias leyes, incluido el requisito de adherirse al principio de suficiencia financiera.²⁸³ También era razonable esperar, según las Demandantes, que de acuerdo con el principio de suficiencia financiera, el entorno regulatorio permitiera a las Demandantes obtener un rendimiento razonable de su inversión.²⁸⁴
230. La conducta de Colombia a este respecto fue aún más arbitraria, según las Demandantes, porque Colombia entendió y acordó a través del Plan de Acción

²⁸⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 276-281.

²⁸¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 276-277; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 285-286; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 79-81.

²⁸² Memorial de Demanda, ¶ 277; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 96.

²⁸³ Memorial de Demanda, ¶ 280; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 282-286.

²⁸⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 285-286. Las Demandantes también se refieren a una expectativa más general - reconocida, según ellas, como legítima en virtud del derecho internacional- de que se permita a las empresas que operan de manera competente en un sector regulado obtener un rendimiento razonable de su inversión. Ver Réplica de las Demandantes, ¶¶ 268-278.

2014 que el entorno regulatorio era insuficiente para garantizar la viabilidad financiera de Electricaribe.

231. Con respecto a la obligación de no discriminación, las Demandantes alegan que el hecho de que la CREG no actualizara la tarifa en 2015 tuvo un mayor impacto negativo en Electricaribe en comparación con otros distribuidores de electricidad que operan en Colombia. Sobre la base de este impacto negativo desproporcionado, el hecho de que el Estado no actualizara oportunamente la tarifa fue discriminatorio. En su Réplica, las Demandantes impugnan la aplicación de un test de tres partes en virtud del derecho internacional que la Demandada plantea como base para establecer el trato discriminatorio según el estándar de TJE, pero no obstante afirman que cumplen con la carga de este test.²⁸⁵

(iii) Pago de deudas pendientes

232. Las Demandantes alegan que el impago por parte de Colombia de las deudas supuestamente pendientes con Electricaribe constituyó un incumplimiento de sus obligaciones en materia de TJE, independientemente de los supuestos compromisos del Estado de pagar dichas deudas como parte del denominado Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla.²⁸⁶ Las deudas en cuestión surgieron del incumplimiento por parte de Colombia de (i) el pago oportuno de los subsidios del FOES a los que Electricaribe tenía derecho, (ii) el pago de las deudas de las entidades públicas y (iii) la liquidación de las deudas de los barrios subnormales relacionadas con los servicios de electricidad no pagados. En el caso de los subsidios y deudas impagas de las entidades públicas, las Demandantes afirman que los instrumentos colombianos siempre fueron los deudores, mientras que, en el caso de las deudas de los barrios subnormales, la posición de las Demandantes es que Colombia debió haber tomado medidas para mitigar el impacto de los incumplimientos de pago. Las Demandantes sostienen que, al no adoptar medidas que hubiesen permitido a las Demandantes recuperar dichas

²⁸⁵ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 292-298.

²⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 282-285; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 299-313.

deudas, Colombia socavó deliberadamente la suficiencia financiera de Electricaribe, incumpliendo así la obligación de Colombia en materia de TJE, por ser ésta arbitraria, discriminatoria e incompatible con las expectativas legítimas de las Demandantes.

233. Con respecto a las expectativas legítimas de las Demandantes, éstas afirman que Colombia es responsable de las deudas contraídas por las entidades públicas, así como de los subsidios que se reconocen para su pago a la Compañía como cuestión de derecho colombiano.²⁸⁷ Por lo tanto, el hecho de no pagar los subsidios y las deudas de las entidades públicas, o de exigir a las entidades públicas el pago de sus propias facturas impagas, constituye una vulneración de la legítima expectativa de las Demandantes de que Colombia cumpliera con sus propias leyes.²⁸⁸ Asimismo, las Demandantes señalan que Colombia, en una ocasión anterior, realizó un pago a Electricaribe para cubrir las deudas de las entidades públicas, mediante una normativa especial promulgada en 2003, antes de la inversión de Gas Natural.²⁸⁹ Las Demandantes también señalan que Colombia tomó medidas para recuperar la deuda de la entidad pública después de que Electricaribe fuera intervenida,²⁹⁰ lo que respalda la afirmación de que Colombia tenía la facultad y, de hecho, la obligación de tomar esas medidas. Por razones similares, las Demandantes sostienen que el hecho de que Colombia no se ocupara de estas deudas durante el período en que Gas Natural administró la Compañía, fue arbitrario²⁹¹ y discriminatorio.²⁹²
234. Con respecto a la deuda de los barrios subnormales, las Demandantes sostienen que Colombia estaba obligada por ley a actualizar la tarifa de manera que se reconocieran dichas deudas y se distribuyeran entre los usuarios, o a asumir por

²⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 283; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 301-302, 311; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 115.

²⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 285(c); Réplica de las Demandantes, ¶¶ 301-302.

²⁸⁹ Ver Réplica de las Demandantes, ¶ 49; Anexo C-276, Ley No. 859 de 2003.

²⁹⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 303; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 115(d).

²⁹¹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 310-312.

²⁹² Memorial de Demanda, ¶ 285(b). El Tribunal observa que el argumento relativo a la conducta discriminatoria no se reiteró en la Réplica de las Demandantes.

sí misma las pérdidas ocasionadas por las mismas.²⁹³ Las Demandantes afirman haber tenido una expectativa legítima de que Colombia saldaría dichas deudas, dado especialmente que las limitaciones constitucionales, tal como se describen en las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, limitaban su capacidad de suspender el servicio a los clientes de aquellos barrios cuando no cumplían con su deuda. También señalan que Colombia había indemnizado anteriormente a Electricaribe por deudas similares antes de que Gas Natural invirtiera en la Compañía, en particular mediante el Acuerdo de Malambo de 2004.²⁹⁴

235. Por razones similares, sosteniendo en particular que Colombia no tenía base legal para retener el pago de deudas y subsidios, las Demandantes señalan que el hecho de que Colombia no cubriera las deudas de los barrios subnormales fue arbitrario.²⁹⁵
236. En su Demanda, las Demandantes sostienen asimismo que fue discriminatorio no conceder a Electricaribe subsidios considerablemente mayores que los otorgados a otros minoristas-distribuidores que operan en Colombia.²⁹⁶

(iv) La decisión de intervenir Electricaribe

237. Las Demandantes sostienen que la decisión de Colombia de intervenir Electricaribe fue arbitraria y, por lo tanto, infringió sus obligaciones en materia de TJE por al menos tres razones, entre ellas que: (i) fue tomada por razones creadas por el propio Estado, (ii) fue tomada por razones no relacionadas con el propósito declarado, y (iii) fue desproporcionada.
238. En cuanto al primer punto, las Demandantes se basan, entre otras cosas, en el caso *Saluka c. República Checa* para fundamentar la afirmación de que ya existe un derecho internacional establecido que establece que una medida adoptada

²⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 284.

²⁹⁴ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 306-309.

²⁹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 285(a); Réplica de las Demandantes, ¶ 313.

²⁹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 285(b). El Tribunal observa que este argumento no fue reiterado en la Réplica de las Demandantes.

contra un inversionista basada en motivos creados por el propio Estado constituye una infracción del estándar de TJE.²⁹⁷ Sostienen que el presente caso cumple esta premisa, porque fue Colombia la que puso a Electricaribe en una situación financiera precaria al no haber adoptado las medidas identificadas en el llamado Plan de Acción 2014 y no haber actualizado oportunamente la tarifa de distribución.²⁹⁸

239. En cuanto al segundo punto, la incoherencia con el propósito declarado, las Demandantes argumentan que hay una ley establecida que indica que una expropiación llevada a cabo por razones diferentes al propósito declarado por el Estado también constituye una violación del estándar de TJE.²⁹⁹ Las Demandantes sostienen que la intervención fue un medio ineficaz para lograr el propósito del Estado de asegurar la fiabilidad y calidad del suministro de electricidad en Costa Caribe. En este mismo sentido, y como se resume con mayor detalle más arriba y más abajo (secciones III(E) y (V)), las Demandantes sostienen que Colombia tenía una cantidad sustancial que ganar políticamente al poner a Electricaribe en intervención. Se hace referencia, en particular, al supuesto deseo del gobierno de Santos de asegurar el apoyo de los políticos de la región del Caribe al acuerdo de paz con las FARC. Sobre esta base, las Demandantes sostienen que la toma de posesión se llevó a cabo por razones de conveniencia política, en lugar del propósito declarado de asegurar el servicio de electricidad en la región.³⁰⁰
240. En cuanto al tercer punto, la proporcionalidad, las Demandantes señalan que la decisión de Colombia de intervenir Electricaribe no es proporcional si se considera bajo las pruebas desarrolladas en la legislación colombiana o en el derecho internacional, respectivamente, que afirma son esencialmente idénticas.³⁰¹ Las Demandantes identifican una prueba de cuatro supuestos que, según ellas, es

²⁹⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 289-290; Anexo CLA-58, *Saluka Investments B.V. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (“*Saluka*”), ¶¶ 467, 499; Réplica de las Demandantes, ¶ 315.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 291.

³⁰⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 292-293.

³⁰¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 294-296.

reconocida por los tribunales internacionales, incluido el tribunal en el caso *Occidental c. Ecuador*.³⁰² Los cuatro factores se enumeran a continuación, junto con un breve resumen de los argumentos de las Demandantes con respecto a cada uno de ellos:

- *Legitimidad del objetivo de la medida*: Las Demandantes sostienen que la decisión de poner Electricaribe en intervención se tomó por razones de conveniencia política. Señalan que los indicadores de calidad del servicio sugieren un deterioro de la calidad desde la intervención, lo que debilita la sugerencia de que el objetivo de Colombia era garantizar la calidad y la continuidad del servicio.³⁰³
- *Idoneidad de la medida para el supuesto propósito*: Basándose, entre otras cosas, en el caso *PL Holdings c. Polonia*, las Demandantes sostienen que la medida no fue adecuada, ya que la situación de Electricaribe iba a mejorar a medida que los altos precios de la electricidad causados por El Niño comenzaran a bajar.³⁰⁴ Además, el momento en que se tomó la decisión socava su idoneidad, según las Demandantes, dado que se produjo sólo 6 meses después de que Colombia iniciara un programa de gestión de 5 años para Electricaribe, aparentemente para mejorar la viabilidad financiera de la Compañía.³⁰⁵ Afirman que la idoneidad de la medida se ve aún más socavada por el subsiguiente deterioro de los indicadores de desempeño de la Compañía, y por el hecho de que Colombia se vio obligada a adoptar otras medidas, además de la intervención, para garantizar una prestación adecuada del servicio.³⁰⁶
- *Medida Menos Restrictiva*: Refiriéndose de nuevo a *PL Holdings c. Polonia*, las Demandantes sostienen que la intervención no fue la medida menos restrictiva en este caso, porque hubo varias otras medidas disponibles para garantizar la continuidad y la calidad del servicio de Electricaribe.³⁰⁷ Esto incluye la aplicación de las medidas identificadas en el llamado Plan de Acción 2014 y la actualización de

³⁰² Anexo CLA-48, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. La República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012 (“*Occidental*”).

³⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 300; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 318-321.

³⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 301-302; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 322-325; Anexo CLA-53, *PL Holdings S.à.r.l. c. La República de Polonia*, Caso SCC No. V 2014/163, Laudo Parcial, 28 de junio de 2017 (“*PL Holdings*”).

³⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 301-304; Réplica de las Demandantes, ¶ 326.

³⁰⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 321.

³⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶ 306; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 329, 331-335; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 192-194.

la tarifa de distribución como lo exige la legislación colombiana, la finalización del programa de gestión, la espera de que la situación financiera mejorase después de *El Niño*, la adopción de medidas provisionales alternativas, o la adopción de cualquiera de las medidas que ha adoptado desde que Electricaribe ha estado intervenida.³⁰⁸ Las Demandantes señalan además que la adopción de sólo algunas medidas hubiese mantenido a la Compañía a flote el tiempo suficiente para que Colombia adoptase nuevas medidas destinadas a mejorar los flujos de efectivo de Electricaribe a largo plazo.³⁰⁹ En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes invitan al Tribunal a considerar si tales medidas pudieron haber sido tomadas, no sólo en la víspera de la decisión de intervenir en noviembre de 2016, sino en los meses y años previos a la decisión.³¹⁰ Las Demandantes también sostienen que el momento de la decisión es relevante para el análisis de proporcionalidad en esta vertiente, dado que Colombia había decidido no poner a Electricaribe en intervención en ocasiones anteriores cuando la Compañía se encontraba en una situación financiera similar a la de noviembre de 2016.³¹¹ Las Demandantes finalmente discuten que Colombia debería tener derecho a defender sus acciones por referencia a la necesidad, refiriéndose a muchos de los mismos argumentos que se resumen más arriba.³¹²

- *Proporcionalidad stricto sensu*: Las Demandantes sostienen que el perjuicio que sufrieron³¹³, así como el que sufrieron la Compañía y los usuarios de los servicios de electricidad en la región del Caribe³¹⁴ como consecuencia de la intervención, supera con creces el beneficio, si es que lo hubo, que esta decisión confirió a Colombia. Alegan que los indicadores de desempeño de Electricaribe han empeorado durante la gestión de la SSPD y que la intervención no ha impedido la necesidad de que Colombia aplique otras medidas destinadas a mejorar el entorno regulatorio.³¹⁵

³⁰⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia , ¶ 192; Réplica de las Demandantes, ¶ 333.

³⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 307-309.

³¹⁰ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia , ¶ 192.

³¹¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 311-312; Réplica de las Demandantes, ¶ 336.

³¹² Réplica de las Demandantes, ¶¶ 327-337.

³¹³ Réplica de las Demandantes, ¶ 341.

³¹⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 340.

³¹⁵ Réplica de las Demandantes, ¶ 340.

b. Posición de la Demandada

241. La Demandada argumenta que los Demandantes se enfrentan a la gran carga de probar que Colombia infringió sus obligaciones del Tratado en virtud del estándar de TJE.³¹⁶ Esta carga elevada debe cumplirse, afirma la Demandada, para cada una de las reclamaciones de las Demandantes en virtud de los diversos componentes del estándar de TJE.³¹⁷ De manera similar, la Demandada señala que el ejercicio por parte de Colombia de su potestad regulatoria debe gozar de un alto grado de deferencia, que en la jurisprudencia se describe como una “presunción de legitimidad” o “margen de discreción”.³¹⁸ La Demandada niega que las reclamaciones de las Demandantes relativas a la vulneración del estándar de TJE cumplan con la carga establecida en la jurisprudencia internacional. La Demandada organiza sus presentaciones de manera diferente a la de las Demandantes, a saber, bajo cada línea del estándar de TJE invocado por las Demandantes. Las presentaciones de la Demandada a este respecto se resumen de la misma manera que se exponen en sus presentaciones.

(i) Expectativas legítimas

242. La Demandada remite al Tribunal a dos principios relativos a las reclamaciones de confianza legítima en virtud del estándar de TJE que, según indica, están reconocidos y son incontrovertibles en la jurisprudencia internacional.³¹⁹ En primer lugar, citando, *inter alia*, la decisión en el caso *Frontier Petroleum c. República Checa*, la Demandada señala que el estándar de TJE sólo protege las expectativas que se tenían en el momento de la inversión. En segundo lugar, al referirse, *inter alia*, a *Invesmart c. República Checa*, la Demandada afirma que la expectativa debe ser “objetivamente razonable” para que se reconozca como una expectativa legítima a los efectos del estándar de TJE.³²⁰ La determinación de lo

³¹⁶ Memorial de Contestación, ¶ 283; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 346-349.

³¹⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 348.

³¹⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 284-286; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 346, 350-351.

³¹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 289.

³²⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 289-290; Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum*; Anexo RLA-15, *Invesmart. B.V. c. La República Checa*, Laudo, 26 de junio de 2009 (“*Invesmart*”); Dúplica de la Demandada, ¶¶ 352-355.

razonable debe hacerse, según la Demandada, teniendo en cuenta todas las circunstancias.³²¹ La Demandada niega que cualquiera de las reclamaciones de las Demandantes relativas a la violación de sus expectativas legítimas pueda sustentarse a la luz de estos principios.

243. En cuanto a las expectativas de las Demandantes de conformidad con el llamado Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla, la Demandada señala que éstas necesariamente surgieron sólo después de la inversión de las Demandantes en 2009, y por lo tanto no son el tipo de expectativas que caen bajo la protección del estándar de TJE.³²² Incluso si estas expectativas pudiesen caer dentro del ámbito de protección del TJE, afirma la Demandada, no pueden ser reconocidas como objetivamente razonables. La Demandada niega haber garantizado algún resultado concreto mediante el denominado Plan de Acción 2014, y si tuvieron alguna obligación (que se niega), fue a lo sumo una obligación de medios, que cumplieron debidamente. Cualquier expectativa de las Demandantes de que Colombia prestaría apoyo adicional hasta el punto de “resolver” todos y cada uno de los problemas operacionales a los que se enfrentaba Electricaribe sería, en opinión de la Demandada, poco razonable.³²³ La Demandada recalca que su único compromiso era “tratar de ayudar”, es decir, tratar de aplicar diversas medidas.³²⁴
244. En lo que respecta a la reclamación de las Demandantes con respecto a una revisión de la tarifa en 2015, cualquier expectativa de ese tipo no era objetivamente razonable, señala la Demandada, habida cuenta de la redacción de la legislación aplicable. Más concretamente, la Demandada niega que la CREG esté obligada, en virtud de la Ley 142, a *cambiar* la metodología relativa al cargo de distribución cada cinco años, aunque pudiese considerarse su obligación de *revisar* la tarifa. En su Dúplica, la Demandada también niega que estuviese

³²¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 290, 303.

³²² Memorial de Contestación, ¶ 294; Dúplica de la Demandada, ¶ 359.

³²³ Memorial de Contestación, ¶¶ 295-296; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 360-365.

³²⁴ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 364-365.

obligada a actualizar la tarifa fuera del ciclo de revisión a cinco años en virtud de las disposiciones de fuerza mayor de la Ley 142.³²⁵

245. La Demandada también cuestiona la sugerencia de que el proyecto de resolución de la CREG de 2014 apoye el argumento de las Demandantes de que Colombia tenía la obligación de actualizar la metodología de distribución de la tarifa en 2015. El proyecto regulatorio de 2014 tuvo que pasar por un largo proceso de comentarios públicos y revisión, dice la Demandada, que terminó en 2018.³²⁶ La Demandada también niega que la referencia en la Ley 142 al principio de “suficiencia financiera” - que la Demandada describe como un factor entre muchos otros que la CREG considera al establecer las tarifas - apoye razonablemente la expectativa de que Colombia priorizara las utilidades de las Demandantes sobre todo lo demás.³²⁷ La Demandada se refiere al caso *Ulysseas c. Ecuador* en el que dice que una reclamación de expectativa legítima fue rechazada por motivos similares, e invita al Tribunal a adoptar este enfoque.³²⁸
246. En cuanto a las reclamaciones de confianza legítima de las Demandantes relativas al pago de los montos de los subsidios del FOES y de las deudas de las entidades públicas y de los barrios subnormales basadas en el llamado Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla, la Demandada se refiere a sus argumentos resumidos anteriormente.
247. La Demandada también niega que tuviese una obligación independiente de pagar esas cantidades por separado del denominado Plan de Acción de 2014. Con respecto al FOES, la Demandada dice que las reclamaciones de las Demandantes no son razonables porque se basan en un malentendido de las obligaciones de la Demandada en virtud de la ley. Según la Demandada, el pago de los subsidios se requiere sólo en la medida en que haya fondos disponibles. No existe la obligación

³²⁵ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 370.

³²⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 368-369.

³²⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 297-299; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 371-372.

³²⁸ Memorial de Contestación, ¶ 300; Anexo RLA-18, *Ulysseas, Inc. c. República de Ecuador*, CNUDMI, Laudo Final, 12 de junio de 2012 (“*Ulysseas c. Ecuador*”).

de que Colombia pague la cantidad máxima establecida en el reglamento.³²⁹ En lo que respecta a la deuda de las entidades públicas y los barrios subnormales, la Demandada sostiene que cualquier expectativa de ese tipo que tuviesen las Demandantes no fue objetivamente razonable, ya que Colombia no tiene la obligación de pagar dichas cantidades.³³⁰

248. La Demandada niega además que las decisiones de la Corte Constitucional citadas por las Demandantes hayan introducido algún cambio significativo en lo que respecta a la deuda de los barrios subnormales.³³¹ Por último, en relación con el Acuerdo de Malambo, la Demandada lo caracteriza como una acción única, que no puede fundamentar una expectativa razonable de que se adopten medidas similares, y señala que las Demandantes, en cualquier caso, no aportaron indicios de que se basaran en el Acuerdo de Malambo.³³²

(ii) Arbitrariedad

249. La Demandada también rechaza las reclamaciones de TJE de las Demandantes basadas en la arbitrariedad. Refiriéndose, entre otras cosas, a la definición de arbitrariedad que figura en el caso *Elsí*,³³³ la Demandada sostiene que sólo los actos atroces, que escandalizan o al menos sorprenden, el sentido de corrección judicial del Tribunal, apoyarán dicha reclamación. Refiriéndose nuevamente a la decisión en el caso *Ulysseas c. Ecuador*, la Demandada sugiere que, para tener éxito en sus reclamaciones relacionadas con la arbitrariedad, las Demandantes deben establecer que las acciones de Colombia fueron evidentemente abusivas o un repudio deliberado del propósito y los objetivos de la política estatal.³³⁴

³²⁹ Memorial de Contestación, ¶ 303; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 377-378.

³³⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 304-305; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 379-381.

³³¹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 382-385.

³³² Dúplica de la Demandada, ¶¶ 386-387.

³³³ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 388-391; Anexo CLA-30 *Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, Informes de la C.I.J. 1989, p. 15, 20 de julio de 1989 (“*Elsí*”).

³³⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 306-308.

250. Respecto de las medidas examinadas en el contexto del denominado Plan de Acción 2014, la Demandada niega haber dado garantía alguna de que dichas medidas se materializaran o de que sirvieran como panacea para las dificultades financieras de Electricaribe, especialmente en ausencia de inversiones suficientes de la Compañía.³³⁵ En resumen, la Demandada niega que todo lo que hizo o dejó de hacer en relación con el denominado Plan de Acción 2014 pueda entrar en el ámbito de la arbitrariedad tal como se define en la jurisprudencia internacional. Tampoco debe considerarse arbitraria ninguna de sus acciones en relación con la Cumbre de Barranquilla, dice la Demandada, señalando por ejemplo que de hecho consideró mecanismos para capitalizar la deuda contraída con la Compañía de acuerdo con la declaración del presidente Santos, pero que éstos fueron rechazados por las Demandantes.³³⁶
251. En cuanto a la actualización de las tarifas en 2015, la Demandada niega en primer lugar que una vulneración de la legislación nacional constituya automáticamente un acto arbitrario según el estándar de TJE del derecho internacional. En cualquier caso, como se ha resumido anteriormente, la Demandada niega que tuviera la obligación, en virtud de la legislación colombiana, de actualizar la tarifa en 2015,³³⁷ y señala que, de hecho, inició el proceso de revisión de la tarifa a finales de 2013.³³⁸
252. Con respecto al impago de las cantidades correspondientes a los subsidios y deudas de las entidades públicas y los barrios subnormales, la Demandada niega tener la obligación de pagar las cantidades alegadas por las Demandantes, por las razones resumidas anteriormente. La Demandada señala además que sí efectuó pagos adicionales al FOES, aunque no estaba obligada a hacerlo, y señala sus esfuerzos por ayudar a Electricaribe a recuperar las deudas de las entidades públicas y los barrios subnormales. Sus acciones, en su opinión, no

³³⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 309-315; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 394-399.

³³⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 315-317; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 400-401.

³³⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 316-319; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 402-404.

³³⁸ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 44, 404; Anexo C-102, Resolución CREG No. 079 de 2014.

pueden entrar en una definición de arbitrariedad en virtud del derecho internacional,³³⁹ ni tampoco el simple hecho de deber una deuda, señala la Demandada, puede constituir una vulneración del derecho internacional.³⁴⁰

253. Por último, la Demandada también rechaza el argumento de arbitrariedad de las Demandantes en relación con la decisión de poner a Electricaribe en intervención.³⁴¹ En primer lugar, niega toda responsabilidad por la situación financiera de Electricaribe que condujo a la intervención y, a este respecto, señala que hizo varios esfuerzos para ayudar a Electricaribe y hace una distinción de la jurisprudencia a la que se refieren las Demandantes sobre esta base.³⁴² La Demandada también afirma que la decisión de intervenir Electricaribe se tomó de conformidad con la legislación colombiana, así como con un propósito legítimo - salvaguardar la calidad y la continuidad del servicio de electricidad en la región del Caribe - y ningún otro fin, ya sea relacionado con la conveniencia política o de otro tipo.³⁴³

(iii) Discriminación

254. Refiriéndose, entre otras cosas, a la decisión en el caso *Crystallex c. Venezuela*, la Demandada sugiere una prueba triple para evaluar las reclamaciones de discriminación de las Demandantes. Con arreglo a esta prueba, las Demandantes deben demostrar que (i) recibieron un trato diferente de otros operadores, que estaban (ii) en circunstancias similares, y (iii) el trato diferente no estuvo justificado. La Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes no cumplen esta prueba, en particular porque no pueden señalar una empresa de comparación adecuada.³⁴⁴ La Demandada también dice que los anexos de las Demandantes se refieren a la discriminación en el contexto de las reclamaciones

³³⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 318-319; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 405-406.

³⁴⁰ Dúplica de la Demandada, ¶ 406.

³⁴¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 320-324.

³⁴² Memorial de Contestación, ¶¶ 320-322.

³⁴³ Memorial de Contestación, ¶¶ 323-324; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 407-409.

³⁴⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 325-327; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 411-413.

en virtud de las normas de trato nacional y de nación más favorecida, que son irrelevantes para sus reclamaciones basadas en el estándar de TJE en virtud del Tratado.³⁴⁵

(iv) Proporcionalidad

255. La Demandada identifica una prueba de cuatro supuestos en la jurisprudencia internacional relativa a una reclamación de conducta desproporcionada a los efectos del estándar de TJE³⁴⁶ similar a la prueba identificada por las Demandantes. Con arreglo a esta prueba, un demandante debe demostrar que (i) la motivación de la medida impugnada era ilegítima, (ii) la medida no era adecuada o no estaba razonablemente relacionada con el propósito de la medida, (iii) la medida no era necesaria, o (iv) el impacto de la medida en el demandante superaba el beneficio de la misma.³⁴⁷
256. Con respecto a las dos primeras ramas, la Demandada afirma que la decisión intervenir Electricaribe se tomó únicamente con el propósito legítimo de salvaguardar la calidad y la continuidad del servicio en la región del Caribe. La Demandada añade que sólo mediante la intervención se suspenderían las obligaciones financieras de Electricaribe,³⁴⁸ y que, sin intervención, la Demandada se enfrentaba a la posibilidad de que se produjeran apagones generalizados.³⁴⁹
257. La Demandada rechaza la afirmación de las Demandantes de que la situación financiera de Electricaribe estaba claramente destinada a mejorar a corto plazo. Distingue el caso de *PL Holdings c. Polonia*, sobre esta base, así como sobre la base de que su decisión de poner a Electricaribe en intervención se tomó seis meses completos después de que se iniciara el plan de gestión, en comparación con un período de sólo seis días después de que el Estado formulara

³⁴⁵ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 412-413.

³⁴⁶ Dúplica de la Demandada, ¶ 414.

³⁴⁷ *Ibid.*, Memorial de Contestación, ¶ 328. Anexo RLA-26, *Electrabel S.A. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Laudo, 25 de noviembre de 2015 ("*Electrabel*").

³⁴⁸ Memorial de Contestación, ¶ 333; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 415-421.

³⁴⁹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 423-424.

recomendaciones detalladas para la adopción de medidas futuras en el caso de *PL Holdings*.³⁵⁰

258. La Demandada también cuestiona la afirmación de que el desempeño de la Compañía tras la intervención permite acceder a la reclamación de las Demandantes en relación con el propósito declarado de la intervención. El desempeño de la Compañía después de la intervención es una consecuencia, según la Demandada, de la falta de inversión en el pasado. En cualquier caso, el desempeño posterior a la intervención no debería, según la Demandada, restar valor a las pruebas que apoyan la creencia genuina que Colombia tenía justo antes de su intervención, de que la intervención podría evitar o los apagones generalizados.³⁵¹ Por razones similares, la Demandada niega que su decisión de adoptar otras medidas posteriores a la intervención menoscabe la idoneidad de su decisión de intervenir Electricaribe.³⁵²
259. En el caso del tercer aspecto, la necesidad, la Demandada niega que hubiera podido tomar cualquier otra medida, y dice que su única opción era eliminar a las Demandantes como operadoras de la Compañía, posición para la cual, según la Demandada, las Demandantes habían demostrado no ser aptas, en particular debido a su falta de voluntad de aportar cantidades significativas de capital adicional.³⁵³ La Demandada afirma que había dado numerosas oportunidades a las Demandantes para demostrar su capacidad para dirigir la Compañía, como las propias Demandantes parecen reconocer.³⁵⁴
260. Por último, en el caso de la cuarta y última vertiente, la proporcionalidad *stricto sensu*, la Demandada sostiene que la población de la región del Caribe se beneficiará en gran medida de la decisión de eliminar a las Demandantes como

³⁵⁰ Memorial de Contestación, ¶ 333; Anexo R-84, Opinión de la SSPD sobre la Modalidad de la Toma de Posesión, 13 de marzo de 2017 pp. 14-15; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 427-430,

³⁵¹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 423-425.

³⁵² Dúplica de la Demandada, ¶ 426.

³⁵³ Memorial de Contestación, ¶¶ 337-338; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 431-432.

³⁵⁴ Memorial de Contestación, ¶ 338.

operadoras de Electricaribe, ya que permitirá a Colombia encontrar un administrador sustituto que pueda invertir y gestionar la Compañía con mayor habilidad. La Demandada dice que el desempeño de la Compañía ha mejorado en algunos indicadores, y cualquier disminución de la calidad del servicio de Electricaribe durante la intervención es simplemente el resultado de la mala gestión de las Demandantes y de la falta de inversión.³⁵⁵ El perjuicio de las Demandantes es relativamente limitado, señala la Demandada, dado que Colombia proporcionará a las Demandantes su parte de cualquier producto que se reciba de la venta de la Compañía en virtud de la liquidación.³⁵⁶

(2) El Análisis del Tribunal sobre las Reclamaciones de las Demandantes sobre el Estándar de TJE

261. El Tribunal pasa ahora a analizar las alegaciones de las Demandantes respecto a que Colombia vulneró sus obligaciones en virtud del Tratado con una conducta que es incompatible con el estándar de TJE.
262. Como nota preliminar, y como se ha resumido anteriormente, las Demandantes formulan sus reclamaciones con arreglo a varios criterios – o “líneas” - del estándar de TJE, que según ellas están reconocidos en la jurisprudencia internacional. El Tribunal reconoce que la jurisprudencia internacional ha desarrollado a lo largo de los años la noción de trato justo y equitativo en lo que se refiere a los tratados internacionales de inversión. En opinión del Tribunal, se acepta en general que la conducta de un Estado con respecto al estándar de TJE pueda evaluarse desde la perspectiva de varias vertientes de análisis, incluidas las propuestas por las Demandantes. Nada en el texto del Tratado parece prohibir dicha interpretación del estándar de TJE en el contexto del presente Arbitraje.³⁵⁷ En cualquier caso, la Demandada no parece impugnar este punto.
263. Como nota preliminar adicional, el Tribunal también toma nota de las observaciones de la Demandada sobre la elevada carga que los tribunales de

³⁵⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 340-342; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 435-436.

³⁵⁶ Memorial de Contestación, ¶ 341; Dúplica de la Demandada, ¶ 438.

³⁵⁷ Ver especialmente Anexo C-1, Tratado, art. 2(3).

inversiones han impuesto a los inversionistas que afirman que un Estado receptor ha actuado en contravención de sus obligaciones internacionales en virtud del estándar de TJE. La Demandada se refiere, entre otras cosas, a la decisión del tribunal en el caso *Biwater Gauff*, en la que se establece como “alto” el umbral para el incumplimiento del estándar de TJE”.³⁵⁸ El Tribunal también reconoce que los tribunales internacionales han otorgado tradicionalmente una medida de deferencia al Estado en el ejercicio de sus obligaciones regulatorias.³⁵⁹

264. De hecho, la función del Tribunal al examinar las reclamaciones de las Demandantes con arreglo al estándar de TJE es evaluar la conducta del Estado respecto de la inversión de las Demandantes a la luz de las obligaciones internacionales del Estado en virtud del Tratado y de todas las circunstancias pertinentes. No corresponde al Tribunal evaluar las decisiones regulatorias de fondo de los órganos estatales correspondientes.
265. En vista de estos comentarios preliminares, el Tribunal procede a su análisis de las reclamaciones de las Demandantes en virtud del estándar de TJE.
266. A continuación, el Tribunal, primero **(a)** realiza un examen de las circunstancias de la inversión de las Demandantes en Electricaribe. Posteriormente, el Tribunal analiza sucesivamente cada una de las reclamaciones de las Demandantes, entre ellas: **(b)** el supuesto repudio de Colombia a los compromisos establecidos en el Plan de Acción 2014, **(c)** el hecho de que Colombia no actualizara la tarifa de distribución en 2015, **(d)** el hecho de que Colombia no cubriera las deudas contraídas con la Compañía y, por último, **(e)** las supuestas vulneraciones de Colombia en relación con la decisión de intervenir Electricaribe para su liquidación.

³⁵⁸ Anexo CLA-13, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (“*Biwater Gauff*”), ¶¶ 596-599. El Tribunal comparte el análisis realizado en *Biwater Gauff* sobre la relevancia de los laudos dictados en virtud del TLCAN como fuente de autoridad en relación con el alcance del estándar de TJE tal como se entiende en el derecho internacional, especialmente en casos como éste, en el que el artículo 2(3) del Tratado expresa en términos generales la protección de los inversionistas en virtud del estándar de TJE, como también fue el caso del tratado aplicable en el caso *Biwater Gauff* (véase ¶ 522).

³⁵⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 284-286.

a. Las Circunstancias de la Inversión de Las Demandantes en Electricaribe

267. Dado que varias de las reclamaciones de las Demandantes se basan en una infracción de las expectativas legítimas, así como en alegaciones de conducta estatal arbitraria y discriminatoria, es relevante revisar las circunstancias en las que Gas Natural invirtió en Electricaribe.
268. La Demandada ha destacado en varias ocasiones durante el presente Arbitraje que el expediente contiene pocos indicios de algún proceso de diligencia que haya realizado Gas Natural antes de adquirir Electricaribe. De hecho, también es evidente para el Tribunal que las Demandantes han presentado pocas pruebas relacionadas con la diligencia previa a la inversión.
269. No obstante, el Tribunal ha recibido el testimonio del Sr. Sergio Aranda, que en 2006 fue Director General de América Latina del Grupo Gas Natural. Fue nombrado miembro del Directorio de Electricaribe en mayo de 2009 y posteriormente se convirtió en su presidente. Además de presentar tres declaraciones testimoniales, el Sr. Aranda también prestó testimonio en la Audiencia.
270. En opinión del Tribunal, el Sr. Aranda está bien posicionado para describir las circunstancias en las que Gas Natural invirtió en Electricaribe.
271. Como primera observación, y como describe el Sr. Aranda, Gas Natural asumió el control de Electricaribe en el marco de una transacción mediante la cual adquirió todas las operaciones mundiales de Unión Fenosa. Los primeros pasos de la transacción, por la que Gas Natural adquirió una participación del 45,3% en Unión Fenosa, se produjeron en julio de 2008. La adquisición se completó en mayo de 2009 mediante una oferta pública de adquisición por un valor total de aproximadamente 18.000 millones de euros.³⁶⁰

³⁶⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p 374, 10-17. El Tribunal observa que la transcripción dice “EUR 18 millones PO”, pero esto parece ser un error o un error administrativo en la transcripción, como otras pruebas dejan claro (Ver Anexos R-175, R-184).

272. Evidentemente, la transacción mediante la cual Gas Natural invirtió en Electricaribe tuvo un alcance muy amplio. Por lo tanto, no se trata de un caso en el que un inversionista haya hecho una sola inversión dirigida al sector eléctrico de Colombia. Además, Electricaribe parece haber sido el único activo de Unión Fenosa en Colombia en el momento de la adquisición de Gas Natural. El Sr. Aranda testificó que Gas Natural tenía cierta ventaja estratégica al adquirir Electricaribe como parte de la adquisición de Unión Fenosa. Según él, la adquisición “daría [a Gas Natural] entrada al negocio eléctrico en Colombia”.³⁶¹
273. Gas Natural tuvo presencia en Colombia antes de su adquisición de Unión Fenosa, en particular, a través de las operaciones de su distribuidora de gas natural, que comenzaron a finales de los años 90.³⁶² El Sr. Aranda reconoce que las operaciones estaban en Bogotá, es decir, no en Costa Caribe.³⁶³ Por consiguiente, si bien Gas Natural tenía experiencia en el sector del gas colombiano antes de su adquisición de Unión Fenosa, parece que Electricaribe constituyó sus primeras operaciones en la región del Caribe. Además, Electricaribe fue la primera inversión de Gas Natural en el sector eléctrico colombiano.
274. Cabe mencionar, como lo señala el propio Sr. Aranda, que las empresas de gas y electricidad de Colombia están sujetas al mismo marco regulatorio general. Por ejemplo, las entidades públicas pertinentes, como la CREG y la SSPD, supervisan tanto el sector del gas como el de la electricidad. Del mismo modo, la Ley 142 de 1994 se aplica tanto al sector del gas como al de la electricidad.³⁶⁴
275. Es importante para los fines de este análisis que no haya debate entre las Partes acerca de que el marco regulatorio que existió en Colombia durante el período en que Gas Natural administró Electricaribe, en particular en lo que respecta a la Ley

³⁶¹ Segunda Declaración Testimonial Aranda, ¶ 10; Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 2, p.391, 21 – 392, 13.

³⁶² Segunda Declaración Testimonial Aranda, ¶¶ 8-9.

³⁶³ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 392, 14-16.

³⁶⁴ Ver Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 441-442.

142 de 1994, ya estaba vigente en el momento en que Gas Natural adquirió Unión Fenosa. El Tribunal reconoce la afirmación de las Demandantes de que el régimen regulatorio “empeoró” después de su inversión. Entre otras cosas, las Demandantes se remiten al fallo de la Corte Constitucional de octubre de 2008, dictado después de que Gas Natural adquiriera una participación del 45% en Unión Fenosa, que dictaminó que las empresas de servicios públicos ya no podían imponer multas a los “estafadores”.³⁶⁵ También sostienen que, si bien el monto de la multa pagada a Electricaribe se mantuvo igual, el efecto económico de dichos pagos disminuyó en un 40% en términos reales.³⁶⁶ Sin determinar estos argumentos en esta coyuntura, el punto es que no se trata de un caso en el que se haya producido un cambio significativo en la Ley 142, que establece la estructura básica del régimen regulatorio.

276. Es más, la experiencia de Gas Natural en el sector del gas de Colombia parece ser traducible, al menos en cierta medida, al sector de la electricidad. Por ejemplo, el Sr. Aranda describe las técnicas utilizadas para detectar el fraude o el robo que son igualmente aplicables tanto al sector de la electricidad como al del gas.³⁶⁷
277. En cuanto a las características específicas del mercado de la región del Caribe, en la audiencia se discutió si Gas Natural había realizado alguna diligencia sobre este tema, y en particular en lo que se refiere al negocio de la venta minorista y distribución de electricidad, antes de la adquisición de Unión Fenosa.³⁶⁸ El Sr. Aranda reconoció en el conainterrogatorio que, a julio de 2008, cuando se pusieron en marcha los primeros pasos de su adquisición de Unión Fenosa, la dirección de Gas Natural no había obtenido estudios sobre varias de estas especificidades del mercado.³⁶⁹ Las especificidades del mercado en cuestión incluyen: los efectos de las condiciones ambientales y climáticas, como las altas

³⁶⁵ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 154(b), pp. 362.

³⁶⁶ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 154(a); ver también los argumentos contenidos en el Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 152-153.

³⁶⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p 448, 7 - 21.

³⁶⁸ Algunas de las especificidades del mercado se examinan más arriba, en la sección III(A).

³⁶⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 464, 5 – p. 476, 16.

temperaturas, vegetación, salinidad, y los efectos de El Niño en la distribución de electricidad en Costa Caribe, así como otros aspectos demográficos y técnicos que repercuten en el suministro de electricidad, como las altas tasas de pobreza, altos niveles de robo y la falta de mecanismos para perseguir el robo, la deuda de las entidades públicas y la edad de la red.³⁷⁰ El Sr. Aranda confirmó también que estas cuestiones existían antes de la adquisición de Unión Fenosa por Gas Natural.

278. Además, el mismo Sr. Aranda reconoce que Gas Natural no había hecho lo que él llama un “due diligence clásico”, sino que basó su diligencia previa a la transacción en la información pública relativa a Electricaribe. La ausencia de una diligencia debida “clásica” se debió, según explicó el Sr. Aranda, a la forma en que Gas Natural adquirió la Compañía. El Sr. Aranda dice que la diligencia que Gas Natural realizó consistió en referencias a las resoluciones de la CREG disponibles públicamente, el apoyo estatal a Electricaribe en términos de subsidios, la creación del FOES, los aumentos de tarifas y la inyección de capital.³⁷¹
279. Dicho esto, el Sr. Aranda dejó claro que los miembros del equipo directivo de Gas Natural se pusieron rápidamente al corriente de todos estos asuntos. Sobre esto, el Tribunal no tiene ninguna duda. El Tribunal reconoce, además, el testimonio del Sr. Aranda, según el cual miembros del directorio de Unión Fenosa siguieron trabajando en Electricaribe después de que Gas Natural adquiriera la Compañía, de modo que se produjo una cierta transferencia de conocimientos tras la transacción.³⁷²
280. En resumen, el Tribunal quita los siguientes puntos de su examen de las pruebas relativas a las circunstancias de la inversión de Gas Natural en Electricaribe:

³⁷⁰ *Ibid.*; ver También Primera Declaración Testimonial Aranda, ¶¶ 11-26.

³⁷¹ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 374, 7 - 375, 10.

³⁷² Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 476, 14 - 16.

- Primero, Gas Natural invirtió en el sector eléctrico colombiano como parte de una transacción mayor a través de la cual adquirió el control de las operaciones globales de Unión Fenosa.
- Segundo, el marco regulatorio general aplicable a las empresas de servicios públicos que operan en Colombia ya estaba establecido en el momento en que Gas Natural invirtió en Electricaribe. Gas Natural conocía dicho marco en el momento de su inversión debido a sus operaciones de distribución de gas en Bogotá. Sin embargo, no hay pruebas que indiquen que Gas Natural solicitó, se le proporcionó o se apoyó en declaraciones específicas de Colombia en relación con la regulación del sector eléctrico en Costa Caribe antes de hacer su inversión.
- Tercero, Gas Natural parece haber realizado una diligencia debida limitada, si es que la hubo, para comprender las operaciones de Electricaribe, o más en general el negocio de la venta minorista y distribución de electricidad en Costa Caribe, antes de su inversión.

281. Mientras que estos puntos no son, por sí mismos, determinantes de las reclamaciones de las Demandantes basadas en el estándar de TJE, sí proporcionan, en opinión de este Tribunal, un contexto importante pertinente para evaluar las reclamaciones específicas basadas en el estándar de TJE que las Demandantes hacen en este caso. El Tribunal pasa ahora a estas reclamaciones específicas.

b. Implementación de las Medidas contenidas en el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla

282. Como se ha resumido anteriormente (sección V (B)(1)), las Demandantes sostienen que el hecho de que Colombia no haya aplicado las medidas mencionadas en el Plan de Acción 2014 constituye una infracción de las obligaciones del Estado en virtud del Tratado en relación con el estándar de TJE.

283. El Tribunal ya ha proporcionado un resumen de las posiciones de las Partes en relación con el llamado Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla, (véase la sección III(D)). En resumen, lo que las Demandantes denominan Plan de Acción 2014 incluye una lista de medidas jurídicas, regulatorias y financieras destinadas

a mejorar la situación financiera de Electricaribe. Las medidas en cuestión se mencionaron en un intercambio de cartas entre la Compañía y el Ministerio de Minas y Energía los días 17 y 18 de diciembre de 2014. Durante algunas semanas antes de este intercambio de cartas, el Ministerio de Minas y Energía, así como otros funcionarios públicos, entablaron conversaciones con representantes de la Compañía en relación con los retos a los que se enfrentaba Electricaribe en la prestación de servicios de electricidad en la Costa Caribe. Las Demandantes afirman que Colombia se comprometió finalmente a aplicar todas las medidas del Plan de Acción 2014, en particular, mediante el intercambio de correspondencia de las Partes en diciembre de 2014. Las Demandantes sostienen además que Colombia reiteró su compromiso de implementar algunas de las medidas en cuestión, especialmente en relación con el pago de las deudas contraídas con la Compañía, durante una cumbre energética que tuvo lugar en Barranquilla en enero de 2016.

284. No se discute entre las Partes que algunas de las medidas del llamado Plan de Acción 2014 efectivamente se aplicaron. Entre ellas figuran el establecimiento de una nueva tarifa de venta minorista, la emisión de un proyecto de fórmula de tarifas de distribución, el pago de los fondos pendientes del FOES y el aumento del límite nominal de asignación del FOES.³⁷³
285. Sin embargo, las Demandantes sostienen que estas medidas por sí solas no fueron suficientes para asegurar la viabilidad financiera de la Compañía. Afirman que Colombia estaba obligada a aplicar todas las medidas del Plan de Acción 2014, de modo que su incumplimiento comprometía su responsabilidad en virtud del Tratado.

³⁷³ Réplica de las Demandantes, ¶ 79; La Demandada no parece rebatir esta afirmación, pero cuestiona la idea de que el hecho de haber adoptado algunas medidas en consonancia con las que se identificaron en el Plan de Acción 2014 constituya una confirmación de su obligación de cumplir todas las medidas en cuestión. Véase la Dúplica de la Demandada, ¶ 364.

286. Las Demandantes presentan sus reclamaciones relacionadas con el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla bajo dos vertientes del estándar de TJE, a saber, expectativas legítimas y arbitrariedad.
287. A continuación, el Tribunal (i) analiza las presentaciones y pruebas de las Partes con respecto a la naturaleza y circunstancias relacionadas con las medidas del Plan de Acción 2014. Posteriormente, el Tribunal analiza las reclamaciones específicas de las Demandantes en relación con (ii) las expectativas legítimas y (iii) los aspectos de arbitrariedad del estándar de TJE.
- (i) Las medidas del Plan de Acción 2014 y las declaraciones hechas en la Cumbre de Barranquilla
288. Las Partes han dedicado gran parte de sus presentaciones a la cuestión de la caracterización del Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla. Las Demandantes han insistido en que las medidas incluidas en el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla consistían en una “serie de obligaciones con respecto a la Compañía”³⁷⁴ a las que Colombia renunció posteriormente. Las Demandantes también se han referido a las medidas del Plan de Acción 2014 como “compromisos” y “compromisos firmes”.³⁷⁵ En su Demanda y Réplica, las Demandantes sostienen que Colombia renunció arbitrariamente o no cumplió con dichos compromisos.³⁷⁶ Señalan, en particular, que Colombia no ofreció ninguna justificación válida para no aplicar las medidas.³⁷⁷
289. En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes parecen tener un enfoque algo diferente del tema. Sugieren, en particular, que la cuestión de si el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla dieron lugar a “compromisos vinculantes”

³⁷⁴ Memorial de Demanda, ¶ 263. [Traducción del Tribunal]

³⁷⁵ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 55-59. Ver también Primera Declaración Testimonial Coronado, ¶¶ 13-20; Segunda Declaración Testimonial Coronado, ¶¶ 5-19; Segunda Declaración Testimonial Aranda, ¶¶ 31-38.

³⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶ 270; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 255-263.

³⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶ 273.

es una “pista falsa” (*red herring*).³⁷⁸ [Traducción del Tribunal] El enfoque de las Demandantes en el Escrito Posterior a la Audiencia parece cambiar a la proposición de que las medidas en cuestión tenían por objeto “viabilizar la prestación del servicio de energía eléctrica en el Caribe”.³⁷⁹ Por consiguiente, las Demandantes parecen plantear la posición de que el hecho de que Colombia no haya aplicado estas medidas no sólo es un menoscabo a los compromisos específicos asumidos por el Estado, sino que también pone de relieve el hecho más general de que Colombia no haya aplicado las medidas necesarias para garantizar la viabilidad financiera de Electricaribe.

290. Por su parte, la Demandada ha negado sistemáticamente que el Estado haya contraído un “compromiso vinculante” con las Demandantes en relación con las medidas mencionadas en las cartas de las Partes de diciembre de 2014.³⁸⁰ La Demandada plantea varios puntos en apoyo de este punto de vista. Para empezar, la Demandada sostiene que el texto utilizado en la carta de respuesta del Ministro González del 18 de diciembre de 2014 socava cualquier sugerencia de que Colombia tuviese la intención de estar obligada a aplicar todas las medidas en cuestión.³⁸¹ Además, la conducta posterior de las Demandantes, afirma la Demandada, socava la afirmación de que comprendían verdaderamente que el Estado estaba obligado a ello. Por ejemplo, la Demandada señala el texto restrictivo y condicional que el Ministro González utilizó en su carta del 18 de diciembre de 2014 para describir las medidas que el Ministerio tenía previsto adoptar.³⁸² En opinión de la Demandada, es revelador que las Demandantes no

³⁷⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 74.

³⁷⁹ *Ibid*, citando Primera Declaración Testimonial González, ¶ 81.

³⁸⁰ Ver especialmente el Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 22-47.

³⁸¹ Ver especialmente el Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 22-40. Por ejemplo, en la carta del 18 de diciembre de 2014, el Ministro explica cómo el gobierno “gestionará con” el sector de la banca pública en relación con los pagos del FOES, que estaba “gestionando con” diferentes entidades gubernamentales en relación con la deuda de las entidades públicas, que “propondrán” un aumento del subsidio del FOES. La carta también indica claramente que, en opinión del Ministerio, dichas medidas sólo conseguirán alcanzar la viabilidad financiera si “se acompañan de un ambicioso plan de inversiones en redes, servicio al cliente, reducción de pérdidas y gestión de cartera por parte de ELECTRICARIBE. De lo contrario, todas estas medidas no conseguirán los objetivos planteados y se dificultará la prestación del servicio en la zona”. Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014.

³⁸² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 30; Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 874, 15 – p. 875, 19.

solicitaron ninguna aclaración de las intenciones de Colombia en relación con las medidas del Plan de Acción 2014, a pesar del texto restrictivo y condicional utilizado en la carta del Ministro.

291. La Demandada se refiere asimismo al acta de una reunión del directorio de Electricaribe celebrada en enero de 2015 (después de que se intercambiaran las cartas), en la que consta que el Sr. Aranda afirmó que “el Gobierno se encuentra *estudiando* las medidas que se deberán adoptar para viabilizar la prestación del servicio en esta región”.³⁸³ La Demandada se refiere además a varias cartas en las que los representantes de Gas Natural parecían agradecer al Ministerio sus esfuerzos, en lugar de asesorar al Gobierno sobre el incumplimiento de los supuestos compromisos.³⁸⁴
292. En opinión del Tribunal, tras haber examinado todas las pruebas presentadas por las Partes sobre este punto, el expediente sencillamente no establece que Colombia haya asumido ningún compromiso vinculante para aplicar las medidas en cuestión.
293. Para empezar, el texto simple de las cartas de la Compañía y del Ministerio de diciembre de 2014 debilita la sugerencia de que Colombia haya asumido algún compromiso vinculante. La carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014 fue firmada por el director general de Electricaribe en ese momento, el Sr. Sanleandro. El Sr. Sanleandro no proporcionó una declaración testimonial en este arbitraje y no testificó en la audiencia.
294. En la carta, Electricaribe describe una situación financiera difícil, señalando que la Compañía está “*ad portas* de generar la suspensión del pago a los generadores”. La carta enumera una serie de medidas que el “Estado debe

³⁸³ Anexo R-202, Minutas de Reunión de la Junta Directiva de Electricaribe, Acta No. 130, 28 de enero de 2015 (énfasis añadido); Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 31. Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 521, 9 – p. 525, 14.

³⁸⁴ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 31; ver especialmente Anexo C-121, Carta de Gas Natural (Sr. Villaseca) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 27 de marzo de 2015, p. 2; Anexo C-128, Carta de Gas Natural (Sr. Gabarró) al Presidente de Colombia (Presidente Santos), 22 de junio de 2015, p. 2.

adoptar” como mínimo para evitar la suspensión de dichos pagos.³⁸⁵ La carta también enumera ciertas medidas legales destinadas a “mejorar la cultura de pago del servicio en la región”. Por último, se enumeran dos medidas alternativas (a saber, el pago de la deuda ya sea de los barrios subnormales o de las entidades públicas) que deberán completarse antes del 1 de febrero de 2015 para hacer frente al flujo de caja negativo a corto plazo de la Compañía.

295. En el último párrafo, la carta señala que “[e]n la confianza de que el señor Ministro sabrá entender las razones de la solicitud formulada, quedo atento a la confirmación del Ministerio en torno a las medidas antes señaladas”.³⁸⁶ A primera vista, entonces, la carta de Electricaribe establece una solicitud al gobierno, no los términos de un acuerdo completo.
296. La respuesta del Ministerio confirma esta interpretación. La carta de respuesta del 18 de diciembre de 2014 está firmada por el Ministro González. Dada la fecha de la carta de respuesta del Ministerio, parece claro que se trataba de una respuesta prevista a la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014.
297. En la carta, el Ministro González aborda varios de los puntos expuestos en la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014. Reconoce la declaración de dificultades financieras de Electricaribe y sugiere que la Compañía tendrá que desplegar esfuerzos significativos en términos de operaciones e inversiones para asegurar la sostenibilidad del servicio eléctrico en la región. La carta también confirma la cooperación del Gobierno Nacional en este esfuerzo.³⁸⁷ En la carta se abordan las reuniones celebradas entre los diversos interesados en las semanas anteriores al intercambio de cartas, refiriéndose en general a las “medidas legales, fiscales y regulatorias con las cuales se mitigarían los problemas en el corto plazo

³⁸⁵ Anexo C-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 17 de diciembre de 2014, p. 2.

³⁸⁶ Anexo C-5, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 17 de diciembre de 2014, p. 4; ver Memorial de Contestación, ¶ 134.

³⁸⁷ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014, p. 1.

y se resolverían estructuralmente los problemas de prestación del servicio en la zona”.³⁸⁸

298. Sin embargo, es importante señalar que la carta no expresa ningún compromiso por parte del gobierno para garantizar la aplicación de estas medidas. Por ejemplo:

- En cuanto a las medidas a corto plazo, la carta señala que “este Ministerio se encuentra facilitando con la banca pública, operaciones de liquidez”.³⁸⁹ También indica que el Ministerio está trabajando con otros ministerios competentes en relación con el pago de algunas deudas públicas, y expresa la expectativa de que algunas deudas se paguen en el plazo más breve posible.
- En cuanto al FOES, la carta señala que el Ministerio “propondrá” un aumento del FOES en el Plan Nacional de Desarrollo.
- Con respecto a las tarifas, la carta señala la autonomía de la CREG, y que el Ministerio “propenderá” por la expedición de una nueva metodología de remuneración del comercio minorista y la distribución de electricidad que reconozca el riesgo de la cartera por tipo de usuario, así como el nivel de inversiones requerido en Costa Caribe.³⁹⁰
- La carta concluye subrayando que las medidas en cuestión sólo tendrán éxito si van acompañadas de un “ambicioso plan de inversiones en redes, servicio al cliente, reducción de pérdidas y gestión de cartera por parte de Electricaribe”.³⁹¹

299. En resumen, la carta del Ministro González del 18 de diciembre de 2014 no ofrece en ningún momento la garantía o el compromiso de que todas las medidas solicitadas en la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014 se lleven a cabo. De igual manera, la carta reconoce que las medidas en cuestión

³⁸⁸ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014, p. 1.

³⁸⁹ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014, p. 1; ver también Primera Declaración Testimonial González, ¶ 41.

³⁹⁰ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014, p. 2.

³⁹¹ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014, p. 2; ver también Primera Declaración Testimonial González, ¶ 43.

contribuirían a hacer más viable el servicio eléctrico en la región a largo plazo. Sin embargo, en la carta no se reconoce en ningún momento la obligación del Estado de aplicar las medidas en cuestión ni de introducir modificaciones en el marco regulatorio vigente. La carta del Ministerio deja claro que la fiabilidad y calidad del servicio eléctrico en la región requeriría un ambicioso plan de inversiones, pero no se compromete a desempeñar ningún papel en la realización de las mismas.

300. En la Audiencia, el Tribunal escuchó el testimonio de varios testigos sobre la cuestión de la caracterización del Plan de Acción 2014, entre los que cabe destacar a la Sra. Coronado y al Sr. Aranda, que fueron, respectivamente, Gerente de País de Gas Natural para Colombia y Director General para Latinoamérica en los momentos relevantes. Ambos testigos prestaron testimonio en apoyo del entendimiento de Gas Natural de que Colombia se había comprometido a aplicar esas medidas.
301. En sus declaraciones testimoniales, la Sra. Coronado hace hincapié en “meses de arduo y minucioso trabajo”³⁹² Describe la intensidad y el compromiso que caracterizaron la participación de las Partes en esas reuniones, el intercambio de información técnica e hipótesis de trabajo y el acuerdo de las Partes sobre las medidas que debían adoptarse.³⁹³ Por consiguiente, en su opinión, si bien las cartas del 17 y 18 de diciembre de 2014 reflejaban lo que las partes habían acordado, la naturaleza del Plan de Acción 2014 no puede reducirse al simple texto de dichas cartas.³⁹⁴
302. En la audiencia, la Sra. Coronado explicó que la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014 había sido revisada por el ministerio antes de que las Partes intercambiaran formalmente la correspondencia los días 17 y 18 de diciembre de 2014. Dado que la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014 fue finalmente enviada, debe deducirse que el Ministerio aceptó su contenido, lo que

³⁹² Segunda Declaración Testimonial Coronado, ¶ 19 (ver, en forma general, ¶¶ 5-19).

³⁹³ Ver Segunda Declaración Testimonial Coronado, ¶¶ 5-19.

³⁹⁴ Primera Declaración Testimonial Coronado, ¶ 20; Segunda Declaración Testimonial Coronado, ¶ 5.

sugiere, en su opinión, que Colombia aceptó la obligación de aplicar las medidas enumeradas en ella.³⁹⁵ La Sra. Coronado también declaró que el Ministro González confirmó verbalmente el compromiso del Estado de aplicar las medidas en cuestión durante los debates y las sesiones de trabajo que precedieron al intercambio de cartas de diciembre de 2014.³⁹⁶ En resumen, en opinión de la Sra. Coronado, la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014 cristalizó el acuerdo entre las Partes de que Colombia implementaría estas medidas.³⁹⁷

303. Las pruebas del Sr. Aranda se hacen eco de muchas de las observaciones de la Sra. Coronado. Por ejemplo, en su Segunda Declaración Testimonial, el Sr. Aranda subraya los meses de trabajo y el nivel de compromiso que caracterizaron las conversaciones mantenidas entre las Partes antes del intercambio de cartas de diciembre de 2014. Insiste en que se refirió al Plan de Acción 2014 en numerosas ocasiones como un compromiso vinculante en las reuniones posteriores de la Junta y con el propio ministerio, sin que se haya corregido en este punto.³⁹⁸
304. En la audiencia, el Sr. Aranda insistió en que Gas Natural recibió la carta de respuesta de Colombia del 18 de diciembre de 2014 como confirmación de que el Estado se comprometía a llevar a cabo las medidas en cuestión.³⁹⁹ Sin embargo, reconoció que la respuesta del Ministerio no se ajustaba en todos los puntos a la carta de Electricaribe del 17 de diciembre de 2014.⁴⁰⁰ El Sr. Aranda también confirmó en la audiencia que Electricaribe conocía el texto de la respuesta del ministro del 18 de diciembre de 2014 antes de que se publicara. Explica que las

³⁹⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 3, p. 898, 12 - p. 900, 8; ver Primera Declaración Testimonial Coronado, ¶ 20.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1070, 4-20.

³⁹⁸ Segunda Declaración Testimonial Aranda, ¶¶ 31-38. El directorio de Electricaribe incluye miembros del gobierno.

³⁹⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 63; Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 495, 17 – p. 496, 3.

⁴⁰⁰ ver Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 495, 17 – p. 496, 3; p. 487, 10 – p. 503, 14; ver también, Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 65-66.

Partes acordaron formalizar su supuesto acuerdo mediante el mecanismo del intercambio de cartas del 17 y 18 de diciembre de 2014.⁴⁰¹

305. El Tribunal también escuchó el testimonio sobre este punto del Ministro González que, como se ha mencionado anteriormente, redactó la carta de respuesta del Ministerio del 18 de diciembre de 2014. El Ministro González niega rotundamente haber hecho algún compromiso de que el Ministerio implementaría alguna medida específica. Señala que el interés del gobierno en entablar conversaciones con la Compañía consistía en encontrar formas de mejorar el suministro de electricidad en la región del Caribe, y no, como sugiere Electricaribe, en garantizar la viabilidad financiera de la Compañía.⁴⁰²
306. El Ministro González niega además que en cualquier caso hubiera tenido la autoridad para obligar al Ministerio u otras entidades gubernamentales a promulgar las medidas en cuestión. Por ejemplo, afirma que la CREG tenía autonomía para revisar y adoptar una determinada metodología tarifaria y que no podía usurpar tal autoridad, aunque sí podía -y de hecho lo hacía- solicitar que la CREG estudiara las propuestas formuladas por la Compañía.⁴⁰³ El Ministro González insiste además en que el lenguaje que utilizó en todas sus cartas a la Compañía, incluida la carta del 18 de diciembre de 2014, fue cuidadosamente sopesado para comunicar lo que el Ministerio podía lograr de manera realista.⁴⁰⁴ Esto no incluía, en su estimación, una garantía de que las medidas se aplicarían. Además, señala la correspondencia posterior que socava la afirmación de que Electricaribe entendía que el gobierno estaba obligado a aplicar las medidas detalladas en su carta del 17 de diciembre de 2014.⁴⁰⁵

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² Primera Declaración Testimonial González, ¶¶ 38, 44.

⁴⁰³ Primera Declaración Testimonial González, ¶ 42.

⁴⁰⁴ Primera Declaración Testimonial González, ¶¶ 41-43.

⁴⁰⁵ Ver Primera Declaración Testimonial González, ¶¶ 45-46. El Ministro González, por ejemplo, se refiere a una carta del 27 de marzo de 2015 en la que Gas Natural instaba al gobierno a pagar las cantidades que creía que se le debían a la Compañía, en particular sin alegar que Colombia no había pagado la deuda de los barrios subnormales o de las entidades públicas en el plazo del 1 de febrero de 2015 indicado en la carta. Anexo C-121, Carta de Gas Natural (Sr. Villaseca) al Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada), 27 de marzo de 2015.

307. El Ministro González reiteró muchos de los mismos puntos en el contrainterrogatorio. Su testimonio sobre este tema se resume claramente en un intercambio con los abogados de la oposición sobre la naturaleza de los compromisos que asumió en relación con las medidas en cuestión:

Q: [...] ¿Estamos de acuerdo que las partes o que usted aceptó intentar implementar estas medidas?

Usted aceptó intentar implementar esas medidas. Entiendo lo que dice que no podía aceptar o estar de acuerdo con el resultado final, ¿pero usted aceptó intentar implementar estas medidas específicas?

A: No. Le voy a decir lo que les dije. Les dije que la CREG va hablar del cargo de comercialización y el marco de comercialización, el marco de la distribución. Yo voy a participar en esa conversación y tratamos de terminar el marco lo antes posible, entendiendo que era un marco para toda la economía. ¿Cómo podía yo comprometerme con un resultado que yo no podía garantizar? Y era ilegal si yo me comprometía a garantizar un resultado para una determinada empresa del mercado. No tenía sentido.

Entonces, ¿qué fue lo que acepté? Acepté hacer un esfuerzo por intentar empujar las cosas lo más rápido posible dentro de los límites que me ponían la ley y la reglamentación. Es muy diferente de yo les prometo intentar adoptar estas medidas. Y lo va a ver diez veces en mi declaración testimonial y en mis cartas: fui muy claro, escogí las palabras con mucha atención para transmitir que estaba intentando ayudar a resolver la situación; una situación difícil; estamos trabajando juntos para resolver el mismo problema, pero yo no podía hacer ningún compromiso más allá de lo que me permitía la ley y el reglamento.⁴⁰⁶

308. En opinión del Tribunal, el testimonio del Ministro González, incluyendo el testimonio presentado en sus declaraciones y en la audiencia sobre las declaraciones verbales que hizo a la Compañía en relación con las llamadas

⁴⁰⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1304, 19 – p. 1306, 6.

medidas del Plan de Acción 2014, es coherente con el texto claro establecido en su carta del 18 de diciembre de 2014 a Electricaribe.

309. La Sra. Coronado pareció reconocerlo en la audiencia, como se ejemplifica en el siguiente intercambio sobre el tema de la actualización de las tarifas:

COÁRBITRO SCHWARTZ (Interpretado del inglés): ¿Él le dijo usted o le dejó claro a usted que dichas medidas, como por ejemplo las medidas de aumentos tarifarios, deberían ser aprobadas por la CREG?

SEÑORA CORONADO: Sí, sí, claro. Claro, todas las medidas tarifarias deben pasar por la CREG, de acuerdo. Y que se estaba trabajando en ello efectivamente nos dijo.

[...]

SEÑORA CORONADO: De hecho, su carta indica que estas medidas se tomaran en función de lo previsto en la agenda regulatoria.⁴⁰⁷

310. El testimonio de la Sra. Coronado sobre este punto parece confirmar las pruebas aportadas por el Sr. González sobre este mismo tema. Más concretamente, la Sra. Coronado reconoció que las declaraciones verbales que el Ministro González hizo a la Compañía, al menos las relativas a las tarifas, estaban en consonancia con el texto restrictivo y condicional que utilizó en la carta de respuesta del Ministerio del 18 de diciembre de 2014.
311. Esto también concuerda con el testimonio del Sr. Aranda en la Audiencia según el cual la Compañía y el Ministerio revisaron cada uno el borrador de la carta del otro antes de intercambiar formalmente la correspondencia los días 17 y 18 de diciembre de 2014. Si Electricaribe fue realmente inducida a creer que el Ministro se comprometió verbalmente a aplicar todas las medidas del Plan de Acción 2014, cabría esperar que la Compañía respondiera de manera algo alarmada al borrador

⁴⁰⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1126, 14 – p. 1127, 7; ver también, p. 1149, 14 - p. 1150, 2.

de la carta del Ministerio. Se podría esperar que la Compañía pidiera al menos aclaraciones al Ministerio, dada la aparente contradicción entre las declaraciones verbales y escritas. Sin embargo, el registro está claramente desprovisto de pruebas de que Gas Natural o Electricaribe buscaron tales aclaraciones.

312. El Tribunal puede ciertamente apreciar que los representantes de la Compañía vieron, al menos en el Ministro González, a un participante dispuesto y competente para afrontar los retos que se le planteaban en el suministro de electricidad a los usuarios de la región del Caribe. El hecho de que los representantes de la Compañía apreciaran la participación del Ministro González parece haber sido reconocido por la Sra. Coronado en la audiencia.⁴⁰⁸ Ella, por ejemplo, pareció confirmar en la audiencia que la Empresa había encontrado un “interlocutor”⁴⁰⁹ en la persona del Ministro González.
313. En este mismo sentido, el intercambio de cartas de diciembre de 2014 habría sido recibido por la Compañía sin duda alguna como una esperanza de obtener algún resarcimiento para sus dificultades financieras.
314. Lo anterior, sin embargo, no apoya razonablemente la afirmación de que Colombia se haya comprometido a implementar medidas legales, regulatorias o financieras específicas para mejorar la situación financiera de la Compañía. En opinión del Tribunal, el expediente simplemente no apoya tal afirmación.
315. Se pueden hacer observaciones similares sobre la naturaleza de cualquier presunto compromiso derivado de las declaraciones hechas durante la Cumbre de Barranquilla de 2016. Como se ha descrito anteriormente (sección III(D)), las Demandantes sostienen que Colombia confirmó los compromisos que asumió durante el denominado Plan de Acción 2014 mediante las declaraciones formuladas por el presidente Santos en una cumbre energética celebrada en Barranquilla en enero de 2016, más concretamente en relación con las supuestas

⁴⁰⁸ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1131, 4 – p. 1132, 1; ver también Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1132, 19 – p. 1133, 4.

⁴⁰⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1132, 19 – p. 1133, 4.

obligaciones del Estado respecto de la deuda de las entidades públicas y de los barrios subnormales. Las Demandantes se basan en particular en documentos contemporáneos que registran las medidas que aseguran que el presidente Santos se comprometió públicamente a aplicar. Por ejemplo, en un artículo publicado en el periódico El Heraldo, las declaraciones del presidente en relación con la deuda de las entidades públicas y la deuda de los barrios subnormales se registran de la siguiente manera:

[...]

3. Facilitar el pago de deudas

Se buscarán alternativas para ayudar a entidades locales y regionales a pagar la deuda que tienen con Electricaribe (cerca de \$150.000 millones).

4. Pago de deuda de los usuarios

Se buscará un mecanismo para la capitalización de la deuda de los usuarios con Electricaribe que asciende a unos \$400.000 millones.⁴¹⁰

316. El Tribunal interpreta estas declaraciones como una simple reafirmación de la intención del Gobierno nacional de buscar medios para enfrentar las medidas solicitadas, identificadas en la carta de Electricaribe de 17 de diciembre de 2014. El Tribunal no considera que estas declaraciones confirmen una obligación de parte de Colombia de pagar tales deudas, ni emanando del llamado Plan de Acción 2014 ni de otra forma.
317. En resumen, el Tribunal no considera que Colombia se haya comprometido a aplicar las medidas expuestas en la carta de Electricaribe de 17 de diciembre de

⁴¹⁰ Anexo C-7, “Cumbre con Santos arroja 9 salidas a crisis energética en el Caribe”, *El Heraldo*, 15 de enero de 2016, p. 4; ver también, Anexo C-151, “Cumbre Energética concluye con nueve compromisos entre las partes”, Oficina de Gobernación del Atlántico, 14 de enero de 2016; Anexo C-309, “Compromiso para mejoría eléctrica”, *ADN Barranquilla*, 15 de enero de 2016; Anexo C-308, “Vamos a elevar a plan estratégico inversiones eléctricas en la Costa”, *El Heraldo*, 15 de enero de 2016; ver también Anexo R-33, Declaración del Presidente Juan Manuel Santos al Término de la Reunión Energética en Barranquilla, 14 de enero de 2016, p. 3 (transcripción de la declaración hecha por el presidente Santos).

2014, en el sentido de que el hecho de no aplicar plenamente dichas medidas comprometería su responsabilidad. En opinión del Tribunal, Colombia no asumió ningún compromiso vinculante. El Tribunal tampoco interpreta la participación de Colombia en las discusiones, sesiones de trabajo o intercambio de correspondencia del 17 y 18 de diciembre de 2014 como un reconocimiento por parte de Colombia de que tenía la obligación de modificar el marco regulatorio para garantizar la situación financiera de Electricaribe.

318. Habiendo examinado y analizado las pruebas relativas a la naturaleza y las circunstancias de las llamadas medidas del Plan de Acción 2014, el Tribunal pasa ahora a las reclamaciones legales de las Demandantes basadas en el estándar de TJE en virtud del Tratado.

(ii) Reclamación basada en expectativas legítimas

319. En opinión del Tribunal, cualquier expectativa formada por las Demandantes en relación con las medidas enumeradas en el Plan de Acción 2014 y las declaraciones hechas en la Cumbre de Barranquilla no son susceptibles de protección bajo el Tratado.

320. El Tribunal ha proporcionado su análisis relativo a las circunstancias de la inversión de Gas Natural, así como la naturaleza de las denominadas medidas del Plan de Acción 2014. Habida cuenta de sus conclusiones sobre estas cuestiones, el Tribunal duda de que cualquier expectativa que surja del Plan de Acción 2014 pueda caracterizarse como objetivamente razonable. En cualquier caso, el Tribunal no necesita pronunciarse sobre este punto.

321. Por las razones que se exponen a continuación, la reclamación de las Demandantes bajo esta línea del estándar de TJE debe ser rechazada, porque las medidas relacionadas con el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla surgieron claramente después de la inversión inicial de las Demandantes.

322. Como ha señalado la Demandada en sus comunicaciones, la jurisprudencia internacional suele ampliar la protección a las expectativas legítimas sólo en el caso de que se hayan formado con anterioridad a la inversión inicial del inversionista y se hayan basado en ella.⁴¹¹
323. Las Demandantes no parecen impugnar este principio general. Sin embargo, sostienen que la protección del Tratado puede extenderse a las expectativas que surjan después de la inversión inicial cuando el inversionista haya realizado inversiones posteriores en función a dichas expectativas. En este caso, las Demandantes señalan que se basaron en el Plan de Acción 2014 y en Barranquilla para comprometer recursos sustanciales en la Compañía a partir de diciembre de 2014, especialmente en lo que respecta a la reinversión de todos los ingresos de Electricaribe en la Compañía.
324. En apoyo de la aseveración de que la línea de expectativa legítima del estándar de TJE capta las inversiones posteriores realizadas en función de los compromisos del Estado, las Demandantes se basan, entre otras cosas, en el siguiente pasaje del caso *Frontier Petroleum c. República Checa*:

*cuando las inversiones se realizan en varias etapas, repartidas a lo largo de un período de tiempo, las expectativas legítimas deben examinarse para cada etapa en la que se da un paso decisivo hacia la creación, la expansión, el desarrollo o la reorganización de la inversión.*⁴¹² [Traducción del Tribunal]

325. En opinión del Tribunal, el caso de *Frontier Petroleum* - leído en su contexto adecuado - no apoya la reclamación de las expectativas legítimas de las Demandantes. Para empezar, el extracto completo del laudo de *Frontier Petroleum* citado por las Demandantes señala lo siguiente:

Los tribunales han declarado sistemáticamente que las expectativas protegidas deben basarse en las condiciones existentes en el momento de la inversión. Han señalado

⁴¹¹ Ver Dúplica de la Demandada, ¶¶ 353-356.

⁴¹² Réplica de las Demandantes, ¶ 244; Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum* ¶ 287.

*que un inversionista extranjero tiene que tomar sus decisiones comerciales y configurar sus expectativas sobre la base del derecho y de la situación de hecho que prevalece en el país en el momento de la inversión. Por ejemplo, en el caso TECMED, el Tribunal dijo que para que se produzca una vulneración del trato justo y equitativo, el inversionista debe haber confiado en sus expectativas al realizar la inversión. En Duke Energy c. Ecuador, el Tribunal excluyó explícitamente la protección de las expectativas que pudieran haber surgido de un acuerdo que se había celebrado dos años después de que se hubiera hecho la inversión pertinente. También, el tribunal en Continental rechazó la existencia de expectativas legítimas basadas en “garantías” legislativas generales, porque el inversionista había entrado en el Estado receptor antes de que se dieran dichas garantías.*⁴¹³ [Traducción del Tribunal]

326. El tribunal de *Frontier Petroleum* señala explícitamente que las expectativas desarrolladas después de la fecha de inversión no están cubiertas por la noción de expectativas legítimas:

*De lo anterior se desprende que toda expectativa legítima, para ser protegida por el estándar de trato justo y equitativo, debe haber existido en el momento en que se hizo la inversión. Las expectativas creadas con posterioridad a esa fecha, especialmente en el curso de la búsqueda de reparación, no estarían cubiertas por la noción de expectativas legítimas tal como se ha desarrollado en el contexto del estándar de trato justo y equitativo.*⁴¹⁴ [Traducción del Tribunal]

327. En opinión de este Tribunal, los pasajes citados más arriba reflejan con precisión el estado del derecho internacional sobre el estándar de TJE relativo a las expectativas legítimas. Como sugiere el tribunal de *Frontier Petroleum*, el punto focal pertinente para el análisis es la inversión inicial. Las expectativas protegidas son las que se configuran “sobre la base de la situación de hecho que prevalece

⁴¹³ Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum*, ¶ 287 (citas omitidas).

⁴¹⁴ Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum* ¶ 288. Más adelante en el mismo laudo, el Tribunal escribe: “las expectativas legítimas están temporalmente ligadas a la fecha de realización de la inversión. Deben haber estado vigentes en el momento en que se hizo la inversión original del Demandante”. [Traducción del Tribunal] (Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum* ¶ 468).

en el país en el momento de la inversión”. La intención es proteger las expectativas en las que un inversionista se basó legítimamente para hacer su inversión.

328. En algunos casos, la inversión inicial puede hacerse por fases. Como sugiere (pero no decide) *Frontier Petroleum*, en dichos casos puede ser pertinente que el tribunal examine la dependencia de un inversionista de las declaraciones del Estado en momentos cruciales que preceden a un “paso decisivo” hacia la creación, expansión, desarrollo o reorganización de la inversión. El Tribunal interpreta la decisión sobre *Crystallex* (otro caso citado por las Demandantes en apoyo de su reclamación), como tal caso.
329. En *Crystallex*, una empresa minera de oro se basó en una carta del Ministerio de Minas de Venezuela, en la que se prometía un permiso para la explotación de oro. Aunque el inversionista ya había hecho inversiones sustanciales en el proyecto en el momento en que recibió esta carta, el tribunal consideró que la carta suscitaba la expectativa, en la que el inversionista podía confiar razonablemente, de que el proceso de concesión de permisos para el permiso de explotación de oro de los demandantes seguiría adelante.⁴¹⁵ Por lo tanto, la decisión del Estado de denegar posteriormente el permiso era pertinente, en opinión del tribunal de *Crystallex*, para la reclamación del inversionista por el TJE.⁴¹⁶
330. Las circunstancias del caso presente son diferentes. Como se ha descrito anteriormente, Gas Natural invirtió en el sector eléctrico colombiano a través de su adquisición de Unión Fenosa. Los primeros pasos de la inversión se dieron en julio de 2008. Gas Natural había adquirido la totalidad de Unión Fenosa y asumido el control de Electricaribe como máximo en mayo de 2009. Como ya se ha mencionado, las Demandantes realizaron una diligencia extremadamente limitada, si es que la hubo, antes de la inversión y no aportan pruebas de ningún

⁴¹⁵ Anexo CLA-25, *Crystallex*, ¶ 563.

⁴¹⁶ Anexo CLA-25, *Crystallex*, ¶ 575.

compromiso específico por parte del Estado antes de julio de 2008 o mayo de 2009.

331. Las inversiones que las Demandantes señalan haber realizado en base al Plan de Acción 2014 incluyen el aumento del endeudamiento de la Compañía para satisfacer las necesidades de generación y para aliviar la tensión del flujo de caja. En apoyo de esta reclamación, las Demandantes citan un correo electrónico de la Sra. Coronado con fecha de marzo de 2015,⁴¹⁷ en el que la Sra. Coronado hace una declaración bastante general al respecto. El correo electrónico, sin embargo, no proporciona detalles sobre el nivel de endeudamiento en que incurrió Electricaribe después del intercambio de cartas de diciembre de 2014. Simplemente menciona que la Compañía contrajo una deuda para cubrir los gastos operativos de Electricaribe. No se trata, en opinión del Tribunal, de inversiones que constituyan un “paso decisivo” dado por Gas Natural para la “creación, expansión, desarrollo o reorganización de la inversión”.
332. Las Demandantes señalan que, en el período comprendido entre el intercambio de cartas en diciembre de 2014, hasta la toma de posesión en 2016, la Compañía invirtió COP\$433.000 millones, aparentemente en función del Plan de Acción 2014.⁴¹⁸ Las Demandantes parecen referirse nuevamente a su estrategia de reinvertir los ingresos de Electricaribe en la Compañía. Una vez más, esto simplemente no es, en opinión del Tribunal, el tipo de inversión a la que se refieren los anexos citados anteriormente y que puede ser susceptible de protección bajo la línea de expectativas legítimas del estándar de TJE.
333. El Tribunal se apoya en esta opinión en la declaración de las propias Demandantes de que han seguido una estrategia de reinversión de todos los ingresos de Electricaribe desde que empezaron a gestionar la Compañía en 2009.⁴¹⁹ El hecho de que las Demandantes hayan estado reinvertiendo todos los

⁴¹⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 245; Anexo C-300, Correo electrónico de la Sra. Coronado (Gas Natural) a la Sra. Gutierrez (Ministra de la Presidencia), 10 de marzo de 2015.

⁴¹⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 245.

⁴¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 98; Réplica de las Demandantes, ¶ 104; Primer Informe FTI, ¶¶ 5.64-5.67.

ingresos de Electricaribe desde 2009 es difícil de conciliar con la sugerencia de que se basaron en el Plan de Acción 2014 para seguir esta estrategia.

334. Por último, las Demandantes parecen sostener que la conducta de Colombia en relación con el Plan de Acción 2014 vulneró su expectativa legítima de que Colombia proporcionara un entorno regulatorio adecuado para su inversión. En apoyo del argumento de que los inversionistas pueden tener una expectativa legítima de que el Estado proporcione un entorno regulatorio adecuado, las Demandantes citan, entre otras cosas, el laudo en el caso *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*.⁴²⁰
335. El tribunal de *Ioannis Kardassopoulos* determinó que el Estado vulneró el estándar de trato justo y equitativo aplicable en aquel caso en relación con un proceso para indemnizar al inversionista que fue iniciado por el Estado. El Estado había prometido que los demandantes recibirían una indemnización con arreglo a este proceso después de que un cambio de política tuviera un impacto perjudicial en la inversión de los demandantes. Sin embargo, los demandantes no recibieron ninguna indemnización. Ocho años después de haber iniciado el proceso, el Estado renunció posteriormente a su promesa de indemnizar y negó categóricamente que tuviera la obligación de indemnizar la inversión de los demandantes. El tribunal en ese caso describió el proceso de indemnización como “no transparente, arbitrario e injusto” [Traducción del Tribunal].⁴²¹ En cuanto a las expectativas legítimas, el tribunal declaró:

el hecho de que después de la realización de la inversión se dieran garantías específicas de indemnización, garantías que dieron lugar a una expectativa específica de indemnización, no impide que el Sr. Fuchs mantenga durante todo el período de su inversión la expectativa legítima de que Georgia se comporte respecto de su inversión de manera razonablemente justificable y no viole manifiestamente los requisitos básicos de coherencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación. Esto incluye, en opinión del

⁴²⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 246; Anexo CLA-36, *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, Laudo, 3 de marzo de 2010 (“*Ioannis Kardassopoulos*”).

⁴²¹ Anexo CLA-36, *Ioannis Kardassopoulos*, ¶ 446.

*Tribunal, la aplicación de un proceso de indemnización tras la expropiación de los derechos de GTI que sea tanto procesal como fundamentalmente justo.*⁴²² [Traducción del Tribunal]

336. En resumen, la decisión del tribunal en *Ioannis Kardassopoulos* se basa en la conducta del Estado al repudiar su promesa de proporcionar una indemnización según un proceso que él mismo había puesto en marcha. La inversión, por supuesto, no había sido inducida por esta promesa. Sin embargo, el tribunal consideró que el Estado había incumplido sus obligaciones en virtud del tratado con su conducta en relación con el proceso de indemnización, que consideró injusta desde el punto de vista procesal y de fondo. La conducta del Estado a este respecto fue, en opinión del tribunal, incompatible con los “requisitos básicos” de conducta que los demandantes tenían derecho a esperar.
337. En este caso, las Demandantes sostienen que los supuestos compromisos asumidos por Colombia en relación con el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla “reflejan” la obligación del Estado de proporcionar un entorno regulatorio adecuado. Esta afirmación, formulada de manera tan general, no suscita ninguna preocupación por la conducta del Estado que vulnera manifiestamente los “requisitos básicos” de la conducta del Estado. Además, el Tribunal recuerda su conclusión de que el marco regulatorio bajo el cual Gas Natural administraba Electricaribe ya estaba en vigor en el momento de la inversión inicial de las Demandantes. En la medida en que las Demandantes sostienen que las medidas del Plan de Acción 2014 reflejan las obligaciones del Estado en virtud del marco regulatorio existente, el Tribunal se remite a su análisis de estas reclamaciones a continuación (véase la sección V(B)(2)(c-e)).
338. En resumen, el Tribunal no considera que la conducta de Colombia en relación con el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla haya vulnerado ninguna de las expectativas legítimas en las que se basaron las Demandantes para realizar su inversión.

⁴²² Anexo CLA-36, *Ioannis Kardassopoulos*, ¶ 441; ver también Réplica de las Demandantes, pp. 517.

(iii) Reclamación fundada en la Arbitrariedad

339. El Tribunal ya no está convencido de que Colombia haya infringido su obligación en virtud del Tratado bajo el estándar de TJE en el sentido de que su conducta en relación con el Plan de Acción 2014 y la Cumbre de Barranquilla fue arbitraria.
340. Aquí, las Partes parecen disputar la norma aplicable a una reclamación bajo la línea de arbitrariedad del estándar de TJE. La Demandada argumenta que muchos tribunales han adoptado la conocida definición de arbitrariedad establecida en el caso de *Elsi*:⁴²³

*La arbitrariedad no es tanto algo que se opone a una regla de derecho, como algo que se opone al estado de derecho. Es un desprecio deliberado al debido proceso, un acto que perturba, o al menos sorprende, el sentido de corrección jurídica.*⁴²⁴ [Traducción del Tribunal]

341. La Demandada describe esto como un estándar “elevado”,⁴²⁵ y señala que varias decisiones han seguido esta definición de arbitrariedad. También observa que decisiones recientes han seguido esta norma y señala el caso de *Ulysseas* como una analogía particularmente pertinente al caso presente.
342. Las Demandantes sostienen que en decisiones más recientes se ha desarrollado el estándar de arbitrariedad, de tal manera que la noción se ha ampliado y puede dar cabida a varios indicios potenciales de conducta estatal arbitraria.⁴²⁶ Las Demandantes se basan especialmente en los casos de *Teinver c. Argentina* y *Alghanim c. Jordania* sobre estos puntos.⁴²⁷

⁴²³ Memorial de Contestación, ¶ 306.

⁴²⁴ Anexo CLA-30, *Elsi*, ¶ 128.

⁴²⁵ Dúplica de la Demandada, ¶ 388.

⁴²⁶ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 256-257.

⁴²⁷ Anexo CLA-66, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017 (“*Teinver*”); Anexo CLA-96, *Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. y Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/13/38, Laudo, 14 de diciembre de 2017 (“*Alghanim*”), ¶ 279.

343. En opinión del Tribunal, hay poco sustento para la afirmación de que la jurisprudencia internacional se ha alejado, y mucho menos abandonado, la definición de arbitrariedad de *Elsi*. Si bien los anexos citados por las Demandantes sugieren que varias categorías de conducta estatal pueden calificarse de arbitrarias, los anexos no respaldan, en opinión de este Tribunal, la noción de que el umbral aplicable se ha diluido de alguna manera.
344. Como señalan las Demandantes, el tribunal de *Teinver* observó que “desde la decisión en *ELSI*, diversos tribunales han ido más allá de la noción limitada de arbitrariedad establecida en ese caso y, basándose en el sentido corriente del término, han articulado una noción más amplia de tratamiento arbitrario”.⁴²⁸ En una nota de pie de página, el Tribunal se refiere a varias categorías de medidas que se han considerado arbitrarias.⁴²⁹ No se trata de que se haya rebajado el umbral de lo que constituye arbitrariedad, sino más bien de que, desde *Elsi*, se ha constatado que el comportamiento arbitrario del Estado se manifiesta en una variedad de circunstancias diferentes. De hecho, el propio tribunal de *Teinver* se refiere positivamente a los laudos que se basan en la definición de arbitrariedad de *Elsi*.⁴³⁰
345. De manera análoga, el tribunal de *Alghanim*, otro caso en que se basaron las Demandantes, se remite favorablemente al estándar de *Elsi*, reconociendo al mismo tiempo que puede haber varios “indicios potenciales de una decisión que se opone al estado de derecho y que, por lo tanto, son coherentes con la formulación de *Elsi*”⁴³¹ [Traducción del Tribunal].

⁴²⁸ Anexo CLA-66, *Teinver*, ¶ 923.

⁴²⁹ Las categorías a las que se refiere el tribunal incluyen: medidas adoptadas en ausencia de un propósito legítimo, medidas basadas en el prejuicio o la preferencia personal en lugar de las normas jurídicas, medidas adoptadas por razones diferentes del propósito declarado y destinadas a perjudicar al inversionista, medidas que no respetan el debido proceso y el procedimiento adecuado. Anexo CLA-66, *Teinver*, ¶ 923, pp 1116.

⁴³⁰ Anexo CLA-66, *Teinver* ¶ 923. Entre los laudos enumerados, véanse en particular los laudos presentados en este caso, en particular Anexo CLA-7, *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 (“*Azurix*”), ¶ 392; véase también Anexo RLA-24, *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (“*Siemens*”), ¶ 318.

⁴³¹ Anexo CLA-96, *Alghanim*, ¶ 279, citado en la Réplica de las Demandantes, ¶ 257.

346. En resumen, estas decisiones reconocen que puede haber varios “indicios potenciales” de conducta arbitraria del Estado, pero no han abandonado la noción básica expresada en *Elsi*.
347. En opinión del Tribunal, el umbral descrito en *Elsi* sigue siendo relevante. En su esencia, la arbitrariedad se refiere a la conducta del Estado que es incompatible con el estado de derecho. Además, una conclusión de arbitrariedad conlleva un cierto grado de improcedencia. Como describe elocuentemente el tribunal de *Elsi*, la conducta arbitraria del Estado constituye “un acto que perturba, o al menos sorprende, el sentido de la corrección jurídica”. [Traducción del Tribunal]
348. En cuanto al presente caso, el Tribunal reitera en primer lugar su análisis sobre la naturaleza de lo que las Demandantes llaman el Plan de Acción 2014. Sobre la base de su examen de todas las pruebas pertinentes, el Tribunal no está persuadido de que la conducta del Estado en relación con el llamado Plan de Acción 2014 o la Cumbre de Barranquilla haya sido arbitraria. Más específicamente, el Tribunal no considera que Colombia haya repudiado deliberadamente algún compromiso que haya asumido en relación con el Plan de Acción 2014 o la Cumbre de Barranquilla. Dichos compromisos vinculantes no fueron hechos.
349. Además, se han presentado al Tribunal pruebas relativas a las medidas que Colombia adoptó para tratar de abordar las medidas a que se refiere el denominado Plan de Acción 2014. Dadas las alegaciones de las Demandantes de que el Estado actuó de manera arbitraria al no aplicar las medidas en cuestión, es útil que el Tribunal revise las medidas que el Estado adoptó de hecho de conformidad con el denominado Plan de Acción 2014.
350. Para empezar, el registro muestra que algunas de las medidas identificadas en el Plan de Acción 2014 fueron de hecho aplicadas. Por ejemplo, no se discute entre las Partes que la CREG aumentó el precio de venta minorista aplicable a Electricaribe, poco después del intercambio de cartas de diciembre de 2014. La Sra. Coronado, al testificar en nombre de las Demandantes, sugirió que el Ministro

de Minas y Energía, en su calidad de presidente de la CREG, ejerció una gran influencia en la forma en que la CREG priorizaría sus actividades.⁴³² El cambio relativamente rápido del precio minorista se presenta como un ejemplo de la importancia de la influencia del ministro. De hecho, el Sr. González reconoció que, si bien la CREG ejerce discreción respecto de la fijación de tarifas, pudo abogar por que la CREG escuchara las peticiones de la Compañía y presionara para que la tarifa de venta minorista y de distribución se actualizara lo antes posible.⁴³³

351. El precio minorista se actualizó bastante rápido. La tarifa de distribución, sin embargo, tardó más tiempo,⁴³⁴ y como se explica más adelante, (sección V(B)(2)(c)) no se actualizó hasta enero de 2018, mucho después de que la Compañía fuera intervenida. El Ministro González explicó en la Audiencia que la actualización de la tarifa minorista era relativamente sencilla. En cambio, en lo que respecta a la tarifa de distribución, la CREG contemplaba cambios más fundamentales en la fórmula para determinar la tarifa de distribución, lo que complicaba las cosas y prolongaba el proceso de revisión de este aspecto de la tarifa.⁴³⁵ El Ministro González sugirió que, dada la complejidad de los cambios, muchas partes interesadas -incluida Electricaribe- alentaban a la CREG a estudiar los componentes de la tarifa de distribución con cuidado y detenimiento.
352. En opinión del Tribunal, no hay nada de arbitrario en el mero contraste entre la rapidez con que la CREG actualizó la tarifa minorista y el proceso relativamente prolongado que se requirió para actualizar la tarifa de distribución. Como el Tribunal analiza con más detalle a continuación (sección V(B)(2)(c)), la actualización de la tarifa es un proceso regulado y el Tribunal no está convencido de que el Estado haya actuado de manera incompatible con sus obligaciones en virtud de dicho proceso. Si bien puede ser cierto, como sugiere la Sra. Coronado, que el Ministro de Minas y Energía tiene una influencia significativa en la forma en

⁴³² Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1128, 17 – 1129, 6.

⁴³³ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1305, 4 -14.

⁴³⁴ El análisis del Tribunal sobre las obligaciones de Colombia en virtud del marco regulatorio vigente para actualizar la tarifa de distribución en 2015 se expone a continuación, en la sección V(B)(2)(c).

⁴³⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 5, p. 1537, 17 – p. 1542, 4.

que el CREG prioriza sus actividades, esto no significa que el ministro pueda simplemente usurpar la función del regulador.

353. Se pueden hacer observaciones similares sobre otras medidas indicadas en el Plan de Acción 2014, en particular el pago de la deuda de la entidad pública y de la deuda de los barrios subnormales. Las Demandantes han argumentado que Colombia no compensó tales deudas a pesar del supuesto compromiso del Estado de hacerlo en el Plan de Acción 2014. El Tribunal reitera en primer lugar su conclusión de que el Estado no asumió ningún compromiso vinculante con respecto al Plan de Acción 2014 o más concretamente con respecto a estas deudas. Pero de nuevo, basado en su examen de todas las pruebas disponibles, el Tribunal considera que el gobierno tomó medidas razonables para abordar esta cuestión, conforme a lo que se comprometió a hacer en virtud de la petición de las Demandantes.
354. Por ejemplo, en lo que respecta a la deuda de las entidades públicas, el Tribunal recibió la opinión de la Sra. Carolina Soto, que en ese momento era Alta Consejera Presidencial, y que explicó varias medidas que el Gobierno nacional adoptó para encontrar un medio de pagar dichas deudas. En sus declaraciones testimoniales y en la audiencia, la Sra. Soto explicó también que el Gobierno tropezaba con muchos obstáculos para encontrar una solución en relación con las deudas de las entidades públicas. Estos obstáculos iban desde problemas relacionados con las cuentas de la empresa hasta obstáculos legales y constitucionales que dificultaban los esfuerzos del gobierno.⁴³⁶
355. Las Demandantes señalan que el gobierno había encontrado anteriormente medios más directos para superar dichos obstáculos e indemnizar la deuda de la entidad pública en el pasado. Se refieren, por ejemplo, a una legislación especial, la Ley 859 de 2003, que permitió el pago de la deuda de la entidad pública a Electricaribe durante el período en que Unión Fenosa administró la Compañía.

⁴³⁶ Primera Declaración Testimonial Soto, ¶¶ 24-31; Segunda Declaración Testimonial Soto, ¶¶ 19-24, 28-33; Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1698, 12 – p. 1699, 10.

Las Demandantes sugieren que la Ley 859 de 2003 estableció una práctica pasada que socava la seriedad de la afirmación de Colombia de que se enfrentó a obstáculos para encontrar un medio de pagar la deuda de la entidad pública.

356. Sobre este punto, y como señala la Sra. Soto en su segunda declaración testimonial, la Ley 859 de 2003 indica claramente que este pago fue por “una sola vez”.⁴³⁷ La Sra. Soto también explicó que el fondo con el que se efectuaron estos pagos, el Fondo Nacional de Regalías, ya no existe, y el fondo que lo reemplaza impone más restricciones a la práctica de efectuar dichos pagos.⁴³⁸
357. En estas circunstancias, especialmente, como ha comprobado el Tribunal, en que Colombia no había asumido ningún compromiso específico de indemnización de estas deudas, el Tribunal no considera que la conducta del Estado a este respecto pueda calificarse de arbitraria. Las pruebas sugieren que el Estado hizo esfuerzos, como dijo que haría, para abordar la deuda de las entidades públicas. El hecho de haber indemnizado este tipo de deuda en el pasado sobre una base de “una sola vez” no establece, en opinión del Tribunal, una obligación de realizar acciones similares en el futuro ni significa que la negativa a repetir la acción deba calificarse de arbitraria.
358. En cuanto a la deuda de los barrios subnormales, la Demandada explica que ofreció capitalizar dichas deudas, y esto es precisamente lo que el presidente Santos había propuesto durante la Cumbre de Barranquilla. Las Demandantes explican que esta solución no fue satisfactoria porque obligaría a Gas Natural a diluir su patrimonio.⁴³⁹ Para las Demandantes, Colombia tenía la obligación de indemnizar las deudas de los barrios subnormales, en particular porque el marco regulatorio limitaba la capacidad de la Compañía para restringir el suministro de electricidad a los usuarios que no pagaban. Las Demandantes se refieren además

⁴³⁷ Segunda Declaración Testimonial Soto, ¶ 32; Anexo C-276, Ley No. 859 de 2003, art. 1, para 1. La frase en español reza “*Por una sola vez*”.

⁴³⁸ Segunda Declaración Testimonial Soto, ¶ 33; ver también Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1725, 8 – p. 1727, 11; ver también Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1744, 16 – p. 1745, 17.

⁴³⁹ Ver Réplica de las Demandantes, ¶ 98; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 116.

al acuerdo de Malambo de 2003, en el que el Gobierno pagó la deuda de los barrios subnormales adeudada a la Compañía bajo el mandato de Unión Fenosa. A juicio de las Demandantes, dicha práctica pasada socava las afirmaciones de la Demandada de que no estaba obligada a pagar o era incapaz de pagar esas deudas durante el mandato de Gas Natural. Así pues, el impago de estas deudas por parte de Colombia, de conformidad con el Plan de Acción 2014 fue injustificado y, por lo tanto, arbitrario.

359. Una vez más, el Tribunal no ve indicios de conducta arbitraria del Estado en estas circunstancias. No interpreta el Plan de Acción 2014 como un compromiso del Estado para pagar las deudas. Además, el Tribunal considera que el Estado intentó abordar la cuestión mediante su oferta de capitalizar la deuda y no ve nada intrínsecamente irrazonable o arbitrario en ella.
360. El Tribunal se basa de nuevo en su opinión en las pruebas presentadas por la Demandada que explican las razones por las que no pudo pagar la deuda directamente. Por ejemplo, en su segunda declaración testimonial y en la audiencia, la Sra. Soto dejó claro que el gobierno consideró la deuda de los barrios subnormales como una deuda de terceros.⁴⁴⁰ En cuanto al Acuerdo de Malambo, la Demandada vuelve a describirlo como una acción única,⁴⁴¹ y hay poco en el expediente para refutar esta declaración. La Sra. Soto también señala que los pagos en virtud del Acuerdo de Malambo se habían financiado a través del FOES que, en 2014, 2015 y 2016 no tuvo recursos suficientes para atender la solicitud de Electricaribe. Añade que el pago único no era claramente una solución sostenible, ya que la empresa seguía teniendo problemas de cobro con los usuarios de los barrios subnormales a pesar de la medida.⁴⁴² Teniendo en cuenta todas las pruebas y circunstancias pertinentes, la negativa de Colombia a pagar

⁴⁴⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1741, 19 – 1744, 1

⁴⁴¹ Dúplica de la Demandada, ¶ 76.

⁴⁴² Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1744, 2– p. 1745, 10.

directamente la deuda de los barrios subnormales no parece injustificada ni arbitraria a este Tribunal.

361. Por último, el argumento de las Demandantes de que el incumplimiento de las medidas del Plan de Acción 2014 por parte de Colombia era tanto más arbitrario cuanto que el Estado había reconocido que dichas medidas eran necesarias para mantener la viabilidad financiera de la Compañía.⁴⁴³ En este punto, las Demandantes sostienen que el gobierno entendió la gravedad de la situación de la Compañía, incluyendo las nefastas proyecciones de flujo de caja que se hicieron en el contexto del Plan de Acción 2014.⁴⁴⁴ Por consiguiente, el Estado entendió, según las Demandantes, que las medidas a las que se refería el Plan de Acción 2014 estaban destinadas a mejorar la viabilidad del servicio de electricidad en la región del Caribe⁴⁴⁵ y, con todo, no aplicó todas las medidas.
362. Sobre este punto, las Demandantes se refirieron en varias ocasiones en la audiencia a una presentación de noviembre de 2014 que proyectaba el flujo de caja de la Compañía durante un período de cinco años en varios escenarios.⁴⁴⁶ No es de extrañar que las proyecciones sugirieran que, con la plena aplicación de las medidas del Plan de Acción 2014, la situación de flujo de caja negativo de la Compañía mejoraría considerablemente en un período de cinco años.⁴⁴⁷ En la audiencia, el Ministro González reconoció que se le habían mostrado escenarios que probablemente se asemejaban a la proyección expuesta en la presentación de las Demandantes.⁴⁴⁸ En efecto, el Tribunal no duda de que Colombia comprendió la gravedad de los problemas financieros de la Compañía y entendió

⁴⁴³ Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 74-78.

⁴⁴⁴ Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 52-57.

⁴⁴⁵ Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 57.

⁴⁴⁶ Anexo C-272, Presentación de Gas Natural, *Viabilidad del negocio de Electricaribe*, 28 de noviembre de 2014.

⁴⁴⁷ Anexo C-272, Presentación de Gas Natural, *Viabilidad del negocio de Electricaribe*, 28 de noviembre de 2014, comparar pp. 3, 6.

⁴⁴⁸ Ver Anexo C-272, Presentación de Gas Natural, *Viabilidad del negocio de Electricaribe*, 28 de noviembre de 2014; Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1268, 2 – p. 1269, 21.

que las medidas a las que se refiere la Compañía ayudarían a aliviar sus problemas de liquidez.

363. Sin embargo, en opinión del Tribunal, el reconocimiento por parte del Estado de que la Compañía se encontraba en dificultades no equivale a una obligación de rescate de la Compañía. El Tribunal tampoco considera que Colombia haya reconocido en algún momento tal obligación. Por ejemplo, y como se ha mencionado anteriormente, la carta del ministro del 18 de diciembre de 2014 expresaba claramente la opinión de que la viabilidad del servicio de electricidad en Costa Caribe dependía del aumento de las inversiones relacionadas con las redes, los servicios al cliente y el control de las pérdidas.⁴⁴⁹
364. El Tribunal no duda de que las medidas del Plan de Acción 2014 proporcionarían un medio de aumentar los ingresos de la Compañía y, por lo tanto, facilitarían la inversión. Pero también existían otros medios para aumentar la inversión. Por ejemplo, como aclaró el Ministro González en la audiencia, siempre quedaba la posibilidad de que Gas Natural inyectara capital fresco en la Compañía.⁴⁵⁰ En las circunstancias en que la Compañía estaba operando bajo el mismo régimen regulatorio que existía en el momento de la inversión inicial de las Demandantes, y bajo el cual las Demandantes reconocen que la Compañía había sido rentable,⁴⁵¹ tal posición no le parece razonable al Tribunal.
365. En resumen, el Tribunal no considera que Colombia se haya comprometido a aplicar ninguna medida específica a través del Plan de Acción 2014 o la Cumbre de Barranquilla. No obstante, el Estado parece haber hecho esfuerzos para abordar las medidas en cuestión, y estos esfuerzos parecen razonables. No hay pruebas de que Colombia haya actuado de manera incompatible con el estado de derecho en relación con el Plan de Acción 2014. La conducta de Colombia en

⁴⁴⁹ Anexo C-6, Carta del Ministro de Minas y Energía (Sr. González Estrada) a Electricaribe (Sr. García Sanleandro), 18 de diciembre de 2014, p. 2.

⁴⁵⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p.1282, 16 – 1287, 18.

⁴⁵¹ Ver Réplica de las Demandantes, ¶ 145.

relación con el Plan de Acción 2014 tampoco sorprende o choca con la noción que tiene el Tribunal de la propiedad jurídica.

c. Supuesta Falta de Actualización de la Fórmula de la Tarifa de Distribución

366. Como se ha resumido anteriormente, las Demandantes sostienen asimismo que Colombia incumplió las obligaciones que le impone el Tratado al no actualizar la fórmula de la tarifa de distribución en 2015. Esta reclamación es independiente de las alegaciones de las Demandantes, analizadas más arriba, de que Colombia infringió sus obligaciones del Tratado en relación con el Plan de Acción 2014. En este caso, las Demandantes sostienen que el Estado no actualizó la tarifa de distribución de la manera requerida por la legislación colombiana. Esta conducta, según las Demandantes, es incompatible con el estándar de TJE, ya que vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes y fue arbitraria y discriminatoria.
367. El Tribunal reitera en primer lugar sus conclusiones, examinadas anteriormente (sección V(B)(2)(a)), según las cuales el marco regulatorio en el que operaba Electricaribe ya estaba en vigor en el momento de la inversión de Gas Natural en 2009. En este caso, el argumento de las Demandantes parece basarse más bien en la noción de que el marco regulatorio fue insuficiente y, además, que Colombia tenía la obligación de reformar el marco regulatorio.
368. Como nota preliminar, el Tribunal señala que las Partes no optaron por contrainterrogar a los peritos en materia regulatoria en la audiencia, lo que resulta desconcertante, como lo señala la Demandada,⁴⁵² dado especialmente que las cuestiones planteadas por las Demandantes en este caso son de naturaleza regulatoria.
369. A continuación, el Tribunal formula primero comentarios contextuales sobre: (i) las presentaciones de las Demandantes sobre el marco regulatorio y el proceso de revisión aplicable a la tarifa de distribución, y (ii) la supuesta obligación de

⁴⁵² Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 67.

Colombia de proporcionar un entorno regulatorio adecuado como cuestión de derecho internacional. Luego, el Tribunal analiza las reclamaciones de las Demandantes de que Colombia infringió las obligaciones que le impone el Tratado en virtud del estándar de TJE en las diferentes vertientes de (iii) expectativas legítimas, (iv) arbitrariedad y, por último, (v) la obligación de no discriminación.

- (i) Comentarios sobre las Presentaciones de las Demandantes en relación con el Marco Regulatorio y el Proceso de Revisión Aplicable a la Tarifa de Distribución

370. La principal presentación de las Demandantes con respecto al marco regulatorio es que, debido a que éste se aplicó en todo el país sin tener suficientemente en cuenta las especificidades del mercado en Costa Caribe, el marco no podía garantizar la viabilidad de la Compañía. Algunas de las especificidades del mercado en cuestión se han resumido anteriormente, en la sección III(A).

371. Las Demandantes presentan varios ejemplos de cómo, en su opinión, el marco regulatorio establecido por Colombia no tuvo en cuenta las especificidades del mercado de Costa Caribe, entre ellos los siguientes:

- La fórmula tarifaria no tuvo en cuenta los niveles superiores al promedio de robo de energía en el mercado de la Costa Caribe, en particular al fijar el nivel de pérdidas de energía ponderadas reconocidas en un 12,75% para los distribuidores de electricidad en todas las regiones de Colombia y al aplicar un valor de cero (0) al componente de la tarifa destinado a compensar el costo de los programas de reducción de pérdidas (CPROG). El valor de estos componentes fue fijado por la CREG en resoluciones de fecha 2008⁴⁵³ y 2007,⁴⁵⁴ respectivamente. Según las Demandantes, las resoluciones que fijaron estos valores contemplaban que tanto el nivel de pérdidas reconocidas como el CPROG se actualizaran de forma que se tuvieran en cuenta las especificidades del mercado de cada región.⁴⁵⁵ Las Demandantes señalan que los mayores niveles de pérdidas por robo experimentados en Costa Caribe se reconocen ahora mediante

⁴⁵³ Anexo C-80, Resolución CREG No. 097 de 2008.

⁴⁵⁴ Anexo FTI-11, Resolución CREG No. 119 de 2007.

⁴⁵⁵ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 21(a).

la nueva metodología tarifaria que se introdujo en 2018, después de que Colombia interviniera en Electricaribe.⁴⁵⁶

- El componente de la tarifa correspondiente al cobro minorista (cobro C) no reconoció el mayor nivel de riesgo de incumplimiento de pago para los usuarios en el mercado de Costa Caribe hasta 2015, cuando se incrementó el cobro minorista de Electricaribe. Así pues, entre 2012 y 2015, Electricaribe recibió un cargo minorista más bajo que dos competidores que operan en mercados con menos pobreza. Además, en la actualización de 2015 del cargo minorista no se reconocieron los altos niveles de riesgo de incumplimiento de pago en el mercado tradicional (es decir, fuera de las zonas especiales y los barrios subnormales).⁴⁵⁷
- La policía y las fuerzas de orden no abordaron eficazmente el robo de electricidad y el incumplimiento de los pagos. Las Demandantes afirman que la aplicación de la ley fue el único medio de perseguir el robo y el impago, y que estos servicios fueron ineficaces.⁴⁵⁸ Además, las protecciones constitucionales impidieron que la Compañía pudiera hacer frente a la falta de pago mediante la desconexión de los servicios. Si bien las Demandantes reconocen que estas conexiones existían antes de su inversión, señalan que la situación “empeoró” en 2012 tras una decisión de la Corte Constitucional de Colombia que amplió las restricciones a la facultad de un distribuidor de desconectar a un usuario. Las Demandantes señalan que Colombia introdujo una nueva legislación en enero de 2017, poco después de la intervención que permitió a las entidades privadas actuar conjuntamente con el Estado para perseguir el robo de electricidad y otros delitos.⁴⁵⁹
- Las Demandantes describen asimismo otros ejemplos, entre ellos que el componente de la tarifa de distribución que cubre los costos de administración, operación y mantenimiento (AOM) no abordaba proporcionalmente las especificidades del mercado como, por ejemplo, los altos niveles de salinidad en Costa Caribe.⁴⁶⁰

372. Las Demandantes sostienen, por consiguiente, que el entorno regulatorio en el que operaba Electricaribe no reconocía suficientemente las especificidades del

⁴⁵⁶ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 23; Anexo FTI-105, Documento CREG No. 010 de 2018.

⁴⁵⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 32.

⁴⁵⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 35-42.

⁴⁵⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 41.

⁴⁶⁰ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 47-49.

mercado de cada región. Esto constituía una desventaja particular para Electricaribe, que operaba en una región con un alto índice de pobreza, así como altos niveles de robo y fraude en materia de energía. En las condiciones regulatorias imperantes, según las Demandantes, Electricaribe no podía ser financieramente viable. En su Demanda, las Demandantes afirman a este respecto que, “sin una metodología tarifaria que reconozca las particularidades de operar en el mercado de la Costa Caribe, es poco lo que cualquiera -ya sean las Demandantes, el Gobierno u otro inversionista - puede hacer para garantizar la viabilidad de Electricaribe”⁴⁶¹. [Traducción del Tribunal] Una posición similar fue expresada en la carta de Electricaribe a la CREG el 14 de julio de 2014, en la que ofrecía sus comentarios sobre la Resolución CREG No. 079 de 2014:

*Es evidente que la situación socioeconómica de las regiones en Colombia presenta una gran diversidad. Se requieren soluciones distintas para problemas distintos. Una regulación que establezca el mismo tratamiento a todos los mercados ignorará que las situaciones de partida son marcadamente diferentes, y permitirá un mayor avance a los operadores de red que partan con ventaja, dejando atrás a aquellos que atienden mercados menos favorecidos. Esto debe traducirse en que todos los aspectos de la nueva regulación deberán tomar en consideración las características particulares de los mercados y de la infraestructura de redes: costos diferenciados por tipo de mercado, calidad de servicio, sostenibilidad de las empresas, tarifas, externalidades y pérdidas.*⁴⁶²

373. Lo que parece haber solicitado Electricaribe en su momento fue un cambio en la base misma de la regulación, es decir, no una simple actualización de la tarifa, sino un cambio en la metodología para remunerar la distribución de electricidad en Colombia. En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes mantienen

⁴⁶¹ Memorial de Demanda, ¶ 224.

⁴⁶² Anexo C-106, Carta de Electricaribe (Sr. Chazarra Bernabé) a la CREG (Sr. Eraso Calero), 14 de julio de 2014, p. 3.

la posición de que “Colombia se vio obligada a cambiar el marco regulatorio como parte de su obligación de actualizar la tarifa”.⁴⁶³ [Traducción del Tribunal]

374. Sin embargo, la base de esta última propuesta no está clara. La Ley 142 no prevé un proceso por el que el propio marco regulatorio se someta periódicamente a revisión. El proceso de revisión establecido en la Ley 142, que es el que se trata en este caso y que se analiza a continuación, se aplica a la tarifa, no al marco regulatorio en sí. Esto parece quedar claro en un intercambio entre Electricaribe y la CREG iniciado en 2003, cuando Electricaribe solicitó que la CREG revisara la metodología para remunerar las actividades de distribución.⁴⁶⁴ Según las Demandantes, Electricaribe había realizado esta solicitud de conformidad con el artículo 126 de la Ley 142.⁴⁶⁵ La respuesta de la CREG, en forma de la Resolución No. 103, del 3 de noviembre de 2005, parece dejar claro que la comisión que examinó la solicitud no estaba facultada para emprender el tipo de cambio fundamental del marco regulatorio solicitado por las Demandantes:

En el caso concreto, como se precisará más adelante, en algunos de los puntos planteados por el recurrente, necesariamente para acceder a ellos se requeriría cambiar, sustituir y alterar radicalmente los principios, criterios y bases esenciales de la metodología general establecida en la Resolución CREG 082 de 2002 para la remuneración de la actividad de distribución de energía eléctrica, lo cual vulnera la Constitución Política y la Ley pues la Comisión ad hoc no se encuentra expresamente facultada y carece de competencia para modificar en lo fundamental los principios y criterios básicos de la metodología general contenida en la Resolución CREG 082 para la fijación de los cargos por uso del STR y SDL.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, sección II.D.

⁴⁶⁴ Ver Anexo C-282, pp.1-2, que describe la carta enviada a la CREG por Electricaribe el 18 de septiembre de 2003

⁴⁶⁵ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 85(a).

⁴⁶⁶ Anexo C-283, Resolución CREG No. 103 de 2005, p. 9. El extracto citado aquí fue una traducción libre de las Demandantes y citado en el Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia en el párrafo 85(a). La traducción al inglés de la resolución en cuestión deja claro que fue en respuesta a una carta enviada por Electricaribe a la CREG en la que se solicitaba “[r]evisar los cargos de distribución aprobados a ELECTRICARIBE mediante la Resolución No 055/03, para el período tarifario 2003-07, con el fin de ajustarlos de tal forma que se cumplan los criterios de eficiencia y suficiencia financiera establecidos por la ley”. Ver Anexo C-283, p. 1 (Traducción al inglés).

375. Por lo tanto, la CREG había sugerido a la Compañía, ya en 2005, que no estaba facultada para realizar el tipo de cambios regulatorios solicitados por la Compañía.
376. En cuanto al proceso de revisión tarifaria que opera por ley y que es objeto de este caso, los artículos 87 y 126 de la Ley 142 parecen ser las disposiciones legales relevantes. El artículo 87 establece varios criterios para definir el régimen tarifario y también especifica en su párrafo 1 que “las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta Ley así lo disponga”.⁴⁶⁷ El artículo 126 de la Ley 142 trata de la vigencia de las fórmulas tarifarias. Señala:

Artículo 126. Vigencia de las fórmulas de tarifas. Las fórmulas tarifarias tendrán una vigencia de cinco años, salvo que antes haya acuerdo entre la empresa de servicios públicos y la comisión para modificarlas o prorrogarlas por un período igual. Excepcionalmente podrán modificarse, de oficio o a petición de parte, antes del plazo indicado cuando sea evidente que se cometieron graves errores en su cálculo, que lesionan injustamente los intereses de los usuarios o de la empresa; o que ha habido razones de caso fortuito o fuerza mayor que comprometen en forma grave la capacidad financiera de la empresa para continuar prestando el servicio en las condiciones tarifarias previstas.

*Vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, continuarán rigiendo mientras la comisión no fije las nuevas.*⁴⁶⁸

377. Las Partes adoptan posturas diferentes con respecto a las consecuencias del período de cinco años citado en estas disposiciones. Las Demandantes sostienen que estas disposiciones crean una obligación para la CREG de actualizar la tarifa cada cinco (5) años para garantizar que se ajuste a los criterios establecidos en el artículo 87 de la Ley 142, a saber, “eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia”, definidos con mayor detalle en la Ley. Las Demandantes hacen especial hincapié

⁴⁶⁷ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 87 párrafo 1 (p.255-256) (énfasis añadido).

⁴⁶⁸ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 126, p. 327.

en el principio de suficiencia financiera,⁴⁶⁹ y afirman que, dadas las circunstancias financieras de la Compañía, Colombia tenía la obligación de actualizar la fórmula de la tarifa de distribución para el período tarifario 2015-2019.⁴⁷⁰ La Demandada niega que la Ley 142 establezca alguna obligación de revisar, y mucho menos de actualizar, la fórmula tarifaria cada cinco (5) años. Insisten en que el regulador tiene la facultad discrecional de fijar las tarifas apropiadas.⁴⁷¹

378. En opinión del Tribunal, la Ley no establece claramente la obligación de que la CREG introduzca una nueva fórmula tarifaria o nuevas tarifas cada cinco (5) años. El artículo 126 dispone que la tarifa puede ser modificada en cualquier momento por el regulador o a petición del operador, en caso de error grave en perjuicio del operador o de los usuarios, o en caso de fuerza mayor. Por lo tanto, un cambio de la tarifa en estas circunstancias podría, en teoría, tener lugar antes de la expiración del período de 5 años. Sin embargo, Gas Natural no presentó una solicitud de revisión de la tarifa sobre esta base.⁴⁷² En otras palabras, no era un requisito obligatorio de la Ley 142 que la CREG emitiera una nueva tarifa para 2014 o 2015.
379. El Tribunal tampoco considera que haya sido necesario que la CREG actualizara la tarifa en 2014 o 2015, de conformidad con el principio de suficiencia financiera, previsto en el artículo 87 de la Ley 142. Como señaló la Demandada, la suficiencia financiera es uno de los varios criterios enumerados en el artículo 87 de la Ley

⁴⁶⁹ Esto se define en el artículo 87.4 de la Ley No.142 (p. 248) como sigue: "Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios". En su Demanda, las Demandantes resumen lo anterior de la siguiente manera: "(i) asegura que la empresa recupere los costos y gastos de operación, (ii) permite a la empresa remunerar a sus accionistas, y (iii) permite a la empresa utilizar los medios tecnológicos y administrativos necesarios para garantizar el mejor servicio a sus clientes". (Memorial de Demanda, ¶ 276).[Traducción del Tribunal]

⁴⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 277; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 80-81.

⁴⁷¹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶¶ 72-77; ver también Primera Declaración Testimonial Castro, ¶ 32; Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1174, 7 - 17.

⁴⁷² Como se ha señalado anteriormente, en su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes explican que, a su juicio, dicha solicitud habría sido inútil, ya que se habría basado necesariamente en la metodología de remuneración existente y no habría dado lugar a un cambio suficientemente significativo. Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 85.

142 que la CREG debe considerar al establecer las tarifas.⁴⁷³ Las Demandantes han presentado la opinión legal del Sr. Arrieta, quien sugiere en su informe que la Corte Constitucional de Colombia ha descrito el principio de suficiencia financiera establecido en la Ley 142 como uno de importancia primordial, aunque la adhesión a este principio no debe conducir a resultados que sean incompatibles con el principio de solidaridad.⁴⁷⁴ No obstante, el Sr. Arrieta reconoce que todos los criterios enumerados en el artículo 87 de la Ley 142 rigen el proceso de toma de decisiones.⁴⁷⁵ En términos más generales, el Sr. Arrieta sugiere que la Ley 142 tenía por objeto permitir el equilibrio entre los intereses de los usuarios y los proveedores de servicios.⁴⁷⁶ Parece claro, en consecuencia, que la Ley 142 encomienda a la CREG la fijación de las tarifas en un proceso de revisión regulada, y en el contexto de ese proceso, la CREG está obligada a considerar y equilibrar todos los criterios enumerados en el artículo 87 de la Ley 142, incluidos (y tal vez especialmente, por si acaso) los de suficiencia financiera y solidaridad. En este caso, a falta de pruebas que indiquen que la conducta de la CREG en el proceso de adopción de decisiones se ha apartado del marco regulatorio, no corresponde al Tribunal ponerse en el lugar de la CREG y evaluar si, y en qué medida, la adhesión al principio de suficiencia financiera debería haber dado lugar, como resultado del proceso de examen regulado, a una modificación de la tarifa de distribución en 2014 o 2015.

380. En la audiencia, surgió un nuevo debate sobre el proceso de revisión de las tarifas, dado el período aparentemente prolongado entre el final del período tarifario anterior (2014) y la nueva tarifa que se introdujo en enero de 2018, después de que Electricaribe fuera intervenida.

381. En este sentido, el artículo 127 de la Ley 142 trata del proceso administrativo para la fijación de una nueva tarifa. Él establece lo siguiente:

⁴⁷³ Ver *supra*, ¶¶ 118, 245

⁴⁷⁴ Opinión Legal Arrieta, ¶ 50.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ Opinión Legal Arrieta, ¶¶ 50-52.

Antes de doce meses de la fecha prevista para que termine la vigencia de las fórmulas tarifarias, la comisión deberá poner en conocimiento de las empresas de servicios públicos las bases sobre las cuales efectuará el estudio para determinar las fórmulas del período siguiente. Después, se aplicará lo previsto en el artículo 124.⁴⁷⁷

382. Por consiguiente, la CREG parece tener la obligación de publicar las bases de su examen de la tarifa con miras a determinar las fórmulas para el próximo período.⁴⁷⁸ El artículo 127 aclara entonces que una vez que la CREG haya cumplido con este paso, se aplicará el proceso establecido en el artículo 124 de la Ley 142.
383. El artículo 124 se refiere a dos supuestos: o bien la revisión se realiza por iniciativa del regulador o bien se realiza a petición de la empresa. Más concretamente, el artículo 124.2 establece que: (i) para fijar la tarifa, la comisión debe disponer de estudios suficientes para definir la fórmula, y (ii) si la revisión se inicia a petición de una empresa de servicios públicos, el solicitante debe proporcionar tales estudios. Por lo tanto, a juicio del Tribunal, una vez que el regulador ha cumplido con el artículo 127 de publicar las bases de su revisión, ya no tiene la obligación de publicar los estudios, lo que puede hacer tanto el regulador como las empresas de servicios públicos.⁴⁷⁹
384. Electricaribe, sin embargo, no parece haber presentado un estudio de conformidad con el artículo 124.2 de la Ley 142. En la audiencia, las Demandantes señalaron el hecho de que Electricaribe ha presentado un programa de reducción de pérdidas,⁴⁸⁰ pero que no cumple con el requisito establecido en el artículo 124.2.
385. No se discute entre las Partes que la tarifa de remuneración de las actividades de distribución vigente en ese momento se fijó en 2009 y expiró en 2014.⁴⁸¹ Tampoco se discute que la CREG publicó las bases de su revisión de dicha tarifa el 5 de

⁴⁷⁷ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 127, p. 328.

⁴⁷⁸ Esto parece haber sido reconocido por el abogado de la Demandada el primer día de la Audiencia. Transcripción de la Audiencia, Día 1, p. 195, 3 – p. 196, 8.

⁴⁷⁹ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 124.2, p. 323.

⁴⁸⁰ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1188, 17-22.

⁴⁸¹ Ver, por ejemplo, Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1175, 13 - 17.

abril de 2013 mediante su Resolución No. 043 de 2013, es decir, en el plazo de un año a partir de la expiración del período tarifario existente.⁴⁸² Esto ya había aparecido en el programa regulatorio de la CREG en 2012, aunque finalmente sólo se publicó en 2013.

386. Posteriormente, la CREG publicó cuatro (4) proyectos de resolución entre 2014 y 2018 y las resoluciones finales, que establecen la nueva tarifa de distribución, se emitieron el 29 de enero de 2018.⁴⁸³ Como señalan las Demandantes y como se confirmó en la audiencia, la CREG esperaba inicialmente que la nueva fórmula de distribución se publicara en algún momento de 2015.⁴⁸⁴ La Demandada explica el retraso adicional de aproximadamente 3 años por la gran cantidad de comentarios hechos por las partes interesadas, incluyendo a Electricaribe, organizaciones profesionales y el público.⁴⁸⁵ La Demandada señala que la metodología de distribución apareció consistentemente en la agenda regulatoria de la CREG hasta 2014 y 2018, y afirma que los plazos de la agenda regulatoria son simplemente indicativos, pero no una fecha límite para un evento en particular.⁴⁸⁶
387. Las Demandantes califican la demora en el establecimiento de la nueva tarifa como un fracaso del Estado para actualizar la fórmula de distribución de manera más oportuna, especialmente teniendo en cuenta las circunstancias financieras en las que se encontraba la Compañía en ese momento.⁴⁸⁷ Señalan que el primer proyecto de resolución no fue emitido por la CREG hasta diciembre de 2014, más de un año después de que la CREG publicara inicialmente las bases de su revisión. También señalan que el Ministro González admitió en la audiencia que

⁴⁸² Anexo R-309, Resolución No. 043 de 2013; ver también Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1175, 18 – p. 1176, 11.

⁴⁸³ En orden cronológico, los cuatro (4) proyectos de resolución se publicaron el 23 de diciembre de 2014 (Resolución No. 179 de 2014, Anexo C-113), el 25 de febrero de 2016 (Resolución No. 24 de 2016, Anexo R-310), el 3 de noviembre de 2016 (Resolución No. 176 de 2016, Anexo R-311) y el 4 de marzo de 2017 (Resolución No. 019 de 2017, Anexo R-312). La resolución final que establece la remuneración de la actividad de distribución de electricidad se emitió el 29 de enero de 2018 (Resolución No. 15 de 2018, Anexo C-242).

⁴⁸⁴ Ver Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1244, 17 – p. 1245, 11.

⁴⁸⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1178, 8 - 13; Declaración Testimonial Castro, ¶ 38.

⁴⁸⁶ Transcripción de la Audiencia, Día 4, p. 1177, 19 – p. 1178, 8.

⁴⁸⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 82-97.

la nueva metodología de distribución podría tardar entre seis (6) meses y un (1) año en ser completada, y que el Ministerio podría haber impuesto una fecha límite (dentro de los límites impuestos por la ley).⁴⁸⁸

388. El retraso en la publicación de la tarifa de distribución final fue tanto más injustificado, de nuevo según las Demandantes, dado que la CREG había decidido retrasar su aprobación de los programas de reducción de pérdidas de los operadores en espera de la aprobación de la nueva metodología de distribución.⁴⁸⁹ Esto, a su vez, significaba que el nivel de pérdidas reconocidas a efectos del cálculo de la tarifa de distribución se mantendría sin cambios y que el CPROG seguiría teniendo un valor de cero hasta la publicación de la nueva metodología.
389. Como nota contextual final, al Tribunal le parece que, paralelamente al proceso de revisión de la tarifa de distribución, la Compañía también mantuvo conversaciones directamente con el Estado, que culminaron en el intercambio de cartas de diciembre de 2014. Tal vez la Compañía consideró que era más probable que consiguiera el cambio regulatorio que buscaba mediante negociaciones directas con el gobierno. Frente a un proceso de regulación establecido por ley y que prevé consultas públicas, a este Tribunal le parece dudoso que el Ministerio pudiera haber decidido por su cuenta modificar la fórmula tarifaria.
390. A continuación, el Tribunal presenta sus comentarios con respecto a la presentación de las Demandantes en relación con el derecho a un entorno regulatorio que permita al inversionista obtener un rendimiento razonable.

(ii) Supuesta Obligación de Garantizar a la Compañía una Rentabilidad Razonable

391. En su Réplica, las Demandantes afirman que los inversionistas extranjeros que operan en un sector regulado tienen una expectativa legítima, en virtud del

⁴⁸⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 94(b-c).

⁴⁸⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 91, 95.

derecho internacional, de que el Estado proporcionará un entorno regulatorio que permita al inversionista obtener un rendimiento razonable de su inversión. Por consiguiente, en el presente caso, Colombia tenía la obligación de garantizar la remuneración de las actividades de venta minorista y de distribución de Electricaribe mediante tarifas suficientes para dar a la Compañía una oportunidad razonable de obtener un rendimiento de su inversión.⁴⁹⁰ Las Demandantes parecen hacer esta presentación en el preámbulo de sus reclamaciones más específicas relativas a las expectativas legítimas, la arbitrariedad y la no discriminación. En esta sección, el Tribunal aborda parte de la jurisprudencia en la que se basan las Demandantes en respaldo de esta reclamación.

392. A este respecto, las Demandantes se basan especialmente en el caso de *Total S.A. c. República Argentina*.⁴⁹¹ El demandante en ese caso presentó reclamaciones contra la Argentina en virtud del TBI aplicable con respecto a dos (2) inversiones separadas que había hecho en el sector energético argentino. Una de las inversiones en cuestión era en la industria del transporte de gas y la otra en el negocio de la generación de electricidad.
393. En su Réplica, las Demandantes se refieren al hecho de que la regulación argentina en cuestión en *Total* contenía un proceso de revisión de tarifas de 5 años. Como primera nota, no está claro que este período tarifario de 5 años sea relevante para la discusión del tribunal de *Total* en la que parecen basarse las Demandantes. En efecto, el proceso de revisión tarifaria de 5 años en cuestión en *Total* se planteó en relación con las reclamaciones del demandante respecto de su inversión en la industria del transporte de gas, que estaba regulada por la Ley del Gas de Argentina.⁴⁹² Sin embargo, las Demandantes se remiten al análisis del tribunal de *Total* en relación con la otra inversión en cuestión en el caso, que operaba en la generación de electricidad. Por lo tanto, no está claro qué analogía

⁴⁹⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 267-268.

⁴⁹¹ Anexo RLA-30, *Total S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 ("*Total*").

⁴⁹² Ver Réplica de las Demandantes, ¶ 269; Anexo RLA-30, *Total*.

intentan establecer las Demandantes entre el proceso de revisión de tarifas de 5 años aplicable en *Total* y los hechos del presente caso.

394. En cualquier caso, hay distinciones esenciales que deben hacerse entre los hechos del presente caso y los hechos en *Total*. Las cuestiones en *Total* en las que parecen basarse las Demandantes se refieren a cambios importantes que el Estado ha hecho en la remuneración de la generación de electricidad. Dichos cambios incluyeron, por ejemplo, el abandono por parte del regulador de un mecanismo de precio marginal uniforme para remunerar la generación de electricidad y la introducción de un tope de precio fijo.⁴⁹³ Estos cambios se aplicaron especialmente de manera indirecta a través de lo que se describe como la Ley de Emergencia de 2002.
395. El demandante en *Total* argumentó que, mediante ciertas medidas específicas, el Estado alteró los principios básicos del régimen de la electricidad de tal manera que se violó la cláusula de trato justo y equitativo del TBI pertinente.⁴⁹⁴ Al analizar esta reclamación, el tribunal determinó que:

*El sistema de precios que la Secretaría de Energía impuso en forma progresiva luego de 2002 resulta incongruente con los principios consagrados en la Ley de Energía Eléctrica [...] Luego de 2002, el mercado se caracterizó por las tarifas irrazonablemente bajas. Las tarifas redujeron en forma masiva el retorno de los generadores [...]*⁴⁹⁵

396. Por consiguiente, el mecanismo de fijación de precios en *Total* se había alterado y los cambios en el plan de remuneración ya no se atenían a los principios de fijación de precios establecidos en la legislación aplicable. El tribunal observó a continuación que los cambios en cuestión constituían una “revisión completa” del régimen de electricidad establecido por la Ley de Electricidad, que socavaba la seguridad económica que un régimen establecido por ley debía ofrecer a los

⁴⁹³ Ver Réplica de las Demandantes, ¶¶ 270-271.

⁴⁹⁴ Anexo RLA-30, *Total*, ¶ 283

⁴⁹⁵ Anexo RLA-30, *Total*, ¶ 328.

inversionistas. El tribunal también observó que esta evolución de las medidas iba más allá del riesgo regulatorio normal que podía preverse en virtud de la Ley de Electricidad y que el órgano regulador funcionaba en el momento oportuno con “discreción ilimitada”.⁴⁹⁶

397. Las circunstancias del presente caso son, en opinión del Tribunal, bastante diferentes. El argumento de las Demandantes, al menos en lo que se refiere a la tarifa de distribución, se reduce a la alegación de que Colombia no actuó con suficiente celeridad para actualizar la tarifa de manera que se reconocieran las especificidades del mercado en Costa Caribe y, por lo tanto, se incrementaran los ingresos de la Compañía.
398. A diferencia de lo que ocurre en *Total*, en este caso no hay ningún problema relacionado con el cambio de estado -mucho menos con la “revisión completa”- del mecanismo de fijación de precios que existía en el momento de la inversión de las Demandantes. Las Demandantes en este caso sostienen más bien que Colombia debería haber cambiado el esquema de remuneración más rápidamente debido a los desafíos financieros que enfrentó la Compañía.
399. Sobre la base de esta diferencia fundamental, el Tribunal tiene serias dudas de que *Total* proporcione una analogía pertinente en el presente caso. Como proposición general, puede ser cierto que un inversionista tiene derecho a esperar condiciones regulatorias que permitan un rendimiento razonable de acuerdo con ciertos principios económicos. Sin embargo, esa proposición debe considerarse en las circunstancias y contexto de cada caso.
400. La analogía con *Total* es especialmente improcedente en este caso, en el que, como han alegado las propias Demandantes, la Compañía había sido rentable a partir de 2007 y después “durante muchos años” hasta 2014,⁴⁹⁷ con arreglo al mismo esquema de remuneración que existía en 2014.

⁴⁹⁶ Anexo RLA-30, *Total*, ¶¶ 328-332.

⁴⁹⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 145; Segundo Informe FTI, ¶ 5.10.

401. Si bien estos comentarios no son determinantes, por sí solos, de las reclamaciones de las Demandantes en relación con la actualización de la tarifa de distribución, proporcionan un contexto pertinente que el Tribunal ha considerado al analizar cada una de las reclamaciones específicas de las Demandantes en relación con la actualización de la tarifa de distribución.

(iii) Reclamación basada en las expectativas legítimas

402. El Tribunal no considera que Colombia haya vulnerado la confianza legítima de las Demandantes en relación con una actualización de la tarifa de distribución.

403. Para empezar, el Tribunal reitera su análisis sobre las circunstancias en las que Gas Natural invirtió. La Ley 142 fue el marco regulatorio vigente en el momento en que las Demandantes invirtieron en 2008 y 2009 y este fue el mismo marco - en todo caso, ciertamente no fue "revisado"- que prevaleció en 2014 y 2015, cuando las Demandantes afirman que Colombia debió haber actualizado la tarifa de distribución. Las Demandantes no alegan que Colombia haya hecho un compromiso específico con Gas Natural previo a su inversión inicial según el cual la tarifa de distribución se actualizaría cada 5 años, en circunstancias como las que enfrentó la Compañía o, de manera más general, que la tarifa se modificaría para tener en cuenta las especificidades regionales.

404. Como se ha mencionado anteriormente, la Ley 142 establece el proceso de revisión de tarifas y el Tribunal no considera que Colombia haya actuado de manera incompatible con este proceso. El Tribunal tampoco ve en la opinión del Sr. Arrieta, perito de las Demandantes en derecho colombiano, ninguna conclusión clara que sugiera que las Demandantes tenían derecho a interpretar que el proceso de la Ley 142 requería necesariamente una actualización de la tarifa de distribución en 2015.⁴⁹⁸ En cualquier caso, las Demandantes no han sostenido que se hayan basado en ninguna de esas interpretaciones de la ley

⁴⁹⁸ Ver Opinión Legal Arrieta, ¶¶ 41-53.

sobre la base de las declaraciones hechas por Colombia antes de la inversión inicial.

405. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que Colombia haya vulnerado ninguna expectativa legítima que las Demandantes tuvieran con respecto al proceso de revisión de la tarifa de distribución. El Tribunal se basa en esta opinión en el testimonio del Sr. Aranda, que reconoce que las actualizaciones de la tarifa en el sector del gas (también regulado por la Ley 142) se habían producido anteriormente en intervalos de 7 y 10 años.⁴⁹⁹

(iv) Arbitrariedad

406. Del mismo modo, el Tribunal no encuentra ninguna prueba de conducta estatal arbitraria en relación con la revisión de la tarifa de distribución por parte de la CREG o un supuesto incumplimiento de la actualización de la misma en 2015.
407. El Tribunal reitera sus conclusiones con respecto al criterio aplicable a una reclamación por arbitrariedad. El derecho internacional a este respecto establece un alto nivel de exigencia. Puede haber varios indicios de conducta estatal arbitraria, pero en general la arbitrariedad se encontrará cuando la conducta del Estado sea contraria al estado de derecho e implique un grado de irregularidad en la conducta del Estado.
408. La principal presentación de las Demandantes a este respecto parece ser que las acciones de Colombia fueron arbitrarias porque infringieron el proceso de revisión de tarifas aplicable en virtud de la Ley 142. Las Demandantes citan los casos *Clayton c. Canadá*⁵⁰⁰ y *Quiborax c. Bolivia*⁵⁰¹ en apoyo de la opinión de que una

⁴⁹⁹ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 459, 18 – p. 461, 20. El Sr. Aranda afirma que, en el caso de Electricaribe en 2015, como han alegado las Demandantes, había una necesidad relativamente más acuciante de actualizar la tarifa eléctrica. Sin embargo, la cuestión sigue siendo que Gas Natural entendió o debió haber entendido, que las tarifas no se actualizaban necesariamente en un ciclo de 5 años. Ver también Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 454, 13 – 22.

⁵⁰⁰ Anexo CLA-116, *William Ralph Clayton y otros c. el Gobierno de Canadá*, Caso CPA No 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (“*Clayton*”).

⁵⁰¹ Anexo CLA-56, *Quiborax S.A. y Non Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No ARB/06/2, Laudo, 16 de septiembre de 2015.

infracción de la legislación nacional puede constituir una conducta arbitraria que infrinja las obligaciones internacionales del Estado.

409. El Tribunal no considera que en todos los casos la violación por parte de un Estado del derecho interno satisfaga, sin más, el umbral de la conducta arbitraria del Estado tal como se entiende en el derecho internacional.⁵⁰² Como señala la Demandada, las propias Demandantes parecen reconocer que las infracciones del derecho interno pueden constituir la base de una violación de las obligaciones internacionales, pero no lo hacen necesaria o automáticamente.⁵⁰³
410. En cualquier caso, el Tribunal no tiene que decidir este punto (y no lo hace). Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal no considera que la conducta de Colombia con respecto al proceso de revisión de tarifas aplicable haya sido incompatible con sus obligaciones en virtud del marco regulatorio existente y, en particular, el proceso aplicable en virtud de la Ley 142. Las Demandantes tampoco han aportado pruebas que demuestren que Colombia “se apartó de manera fundamental” del proceso previsto en la Ley 142.⁵⁰⁴

(v) Reclamación Basada en la No Discriminación

411. El Tribunal considera que Colombia no ha infringido su obligación del Tratado bajo el estándar de TJE en el sentido de que su conducta en relación con la actualización de la tarifa de distribución fue discriminatoria.
412. Las Partes discuten la norma aplicable a una reclamación de conducta estatal discriminatoria presentada bajo el estándar de TJE. Las Demandantes se basan

⁵⁰² Réplica de las Demandantes, ¶ 592; Anexo CLA-116, *Clayton*, ¶¶ 594-604.

⁵⁰³ Dúplica de la Demandada, ¶ 403; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 289, 291.

⁵⁰⁴ Ver Anexo CLA-116, *Clayton*, ¶ 600. El tribunal en el caso *Clayton c. Canadá* determinó que el organismo regulador no evaluó la solicitud de permiso del demandante de manera que se ajustara a las leyes aplicables. La desviación en ese caso fue, según el tribunal, “una desviación fundamental”, y no simplemente una incoherencia con el proceso: “El Tribunal ha examinado todas las pruebas de los participantes y los peritos de ambas partes y ha llegado a la conclusión, sobre la base de los informes de dos expertos muy experimentados y respetados en el derecho ambiental canadiense, de que en realidad hubo una *desviación fundamental* respecto de la metodología exigida por el derecho del Canadá y de Nueva Escocia”. [Traducción del Tribunal] (énfasis añadido)

en particular en una serie de la UNCTAD que caracteriza la línea de discriminación del estándar de TJE de la siguiente manera:

el requisito de no discriminación que forma parte del estándar de TJE parece prohibir la discriminación en el sentido de dirigirse específicamente a un inversionista extranjero por otros motivos manifiestamente ilícitos como el género, la raza o las creencias religiosas, o los tipos de conducta que equivalen a una “conspiración deliberada [...] para destruir o frustrar la inversión”. Es probable que se determine que una medida viola el estándar de TJE si selecciona evidentemente (de jure o de facto) al demandante sin que exista una justificación legítima para la medida.⁵⁰⁵ [Traducción del Tribunal]

413. Las Demandantes también se refieren al caso *Biwater Gauff c. Tanzania*, que generalmente describe la no-discriminación como una conducta que “no está basada en distinciones injustificables o en la arbitrariedad”.⁵⁰⁶ [Traducción del Tribunal]
414. La Demandada insiste más bien en un examen en tres partes que exige que este Tribunal determine que Electricaribe (i) recibió un trato diferente de otros operadores, (ii) dichos operadores se encontraban en las mismas o similares circunstancias que las Demandantes, y (iii) el trato diferenciado no se justificó.⁵⁰⁷
415. El Tribunal no necesita resolver la controversia sobre el criterio jurídico aplicable. Las normas descritas por ambas Partes parecen exigir, como mínimo, una constatación de la conducta del Estado basada en distinciones injustificadas. Las Demandantes no han establecido, en opinión del Tribunal, dicha conducta.
416. En este caso, las Demandantes reconocen que la tarifa de distribución se aplica por igual a todas las empresas de distribución que operan en Colombia. Dado que la tarifa se aplica a todas las distribuidoras, el proceso de revisión de la tarifa

⁵⁰⁵ Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012), disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.

⁵⁰⁶ Anexo CLA-13, *Biwater Gauff*, ¶ 602.

⁵⁰⁷ Dúplica de las Demandantes, ¶ 411.

también se aplica indiscriminadamente a todos los operadores. El proceso permite la consulta pública y los comentarios de los participantes en el mercado, los organismos estatales y el público. En opinión del Tribunal, la conducta del Estado que simplemente sigue un proceso regulatorio ordenado por la ley no es, sin más, discriminatoria. Además, como el Tribunal ha señalado anteriormente, la Demandada ha explicado la demora en la actualización de la tarifa por el número de comentarios que la CREG recibió y tomó en consideración mientras publicaba cuatro (4) proyectos de resolución separados entre finales de 2014 y principios de 2018.

417. Los Demandantes sugieren que estas explicaciones no son creíbles.⁵⁰⁸ Sin embargo, no establecen que el proceso de revisión se haya visto empañado por una distinción injustificada, o que se haya diferenciado claramente a Electricaribe. De hecho, la razón misma por la que el proceso de revisión llevó tanto tiempo parece ser que la CREG trató de entablar un proceso transparente e inclusivo.
418. El Tribunal comprende que las Demandantes sostienen que el prolongado intervalo entre el inicio del proceso de revisión de la tarifa y la publicación de la tarifa final discriminó a Electricaribe porque el retraso tuvo un mayor impacto perjudicial para la Compañía en relación con otros distribuidores de electricidad. Sin decidir este punto, el Tribunal considera que las Demandantes no han demostrado que la conducta de la CREG en relación con el proceso de revisión de la tarifa se “basó” en dicha distinción. Por lo tanto, en estas circunstancias, el Tribunal no considera que Colombia haya violado el principio de no discriminación en relación con su conducta al actualizar la tarifa de distribución. El Tribunal se sustenta en esta opinión en la medida en que la Demandada ha proporcionado explicaciones razonables para justificar un prolongado intervalo en el establecimiento de la tarifa final.

⁵⁰⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 94.

d. Reclamaciones Relacionadas con el Impago de Deudas de Entidades Públicas, Barrios Subnormales y Subsidios

419. Las Demandantes también alegan que Colombia infringió sus obligaciones del Tratado en virtud del estándar de TJE al no pagar la deuda de las entidades públicas y subnormales, así como al no pagar los subsidios que, según las Demandantes, se debían a Electricaribe. Esta reclamación se basa en el argumento de que Colombia tenía la obligación, en virtud de la legislación colombiana, e independientemente del Plan de Acción 2014, de pagar estas deudas y subsidios. En su Demanda, las Demandantes sostienen que el impago de estas deudas por parte de Colombia fue arbitrario, incompatible con las expectativas legítimas y discriminatorio. Como señala la Demandada, las Demandantes parecen abandonar sus reclamaciones basadas en la no discriminación en la Réplica.⁵⁰⁹

420. A continuación, el Tribunal presenta su análisis sobre las reclamaciones de las Demandantes en materia de TJE relacionadas con el impago de (i) la deuda de las entidades públicas, (ii) la deuda de los barrios subnormales, y (iii) los subsidios.

(i) Reclamaciones relacionadas con la Deuda de Entidades Públicas

421. Lo que las Demandantes denominan deuda de entidad pública consiste en la electricidad no pagada que consumen los usuarios del servicio quienes son entidades públicas. En su Réplica, las Demandantes señalan que aproximadamente el 60% de dichas deudas están compuestas por los gobiernos departamentales y municipales y el resto son “entidades descentralizadas” como prisiones, escuelas, universidades, hospitales, clínicas, servicios públicos, acueductos y concejos municipales.⁵¹⁰

422. Las Demandantes indican que las deudas relacionadas con la electricidad no pagada consumida por todas las entidades anteriores pueden ser imputadas al

⁵⁰⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 333-339.

⁵¹⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 311; Anexo CLA-80, *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, CDI, art. 4

gobierno nacional. Al hacer estas reclamaciones, las Demandantes se remiten al Proyecto de Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales, así como a laudos anteriores que aplican estos artículos.⁵¹¹

423. El Tribunal no considera que dichos anexos sustenten la afirmación de que las deudas de las entidades públicas en cuestión pueden ser imputadas al gobierno nacional. Si bien el Tribunal reconoce que el concepto de órgano estatal se define ampliamente en el marco del art. 4 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI, el Tribunal simplemente lee este artículo como la imputación de las deudas de las entidades públicas regionales al Estado.⁵¹²
424. El perito jurídico de las Demandantes, el Sr. Arrieta, tampoco da una opinión clara sobre la posibilidad de imputar estas deudas al gobierno nacional como una cuestión de derecho colombiano. El Sr. Arrieta parece más bien opinar que las propias entidades están obligadas a pagar sus deudas, y que las entidades administrativas superiores tienen los medios para vigilar el pago de las deudas de las entidades públicas.⁵¹³ Si bien el Tribunal reconoce que la legislación colombiana preveía medios que el gobierno nacional podía emplear para obligar a las entidades públicas a pagar las deudas,⁵¹⁴ no parece haber base para concluir que el gobierno nacional era garante de las mismas.
425. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que el impago de las deudas de la entidad pública por parte del gobierno nacional pueda ser contrario a las

⁵¹¹ Anexo CLA-69, *UAB E Energija (Lithuania) c. Republica de Letonia*, Caso CIADI No. ARB/12/33, Laudo, 22 de diciembre de 2017; Anexo CLA-107, *Parkerings-Compagniet AS c. Republica de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007; Anexo RLA-15, *Invesmart*.

⁵¹² El Tribunal observa que en el caso *UAB c. Letonia* (Anexo CLA-69), la conducta del municipio en cuestión en ese caso, que se imputaba al Estado, incluía la toma de decisiones políticas, más que la obligación de pagar las deudas. Ver especialmente Anexo CLA-69, ¶ 842. En *Maffezini c. España* (Anexo CLA-85), como el mismo extracto citado por las Demandantes deja claro, la decisión consideró los actos del Estado con respecto a un préstamo que no podía considerarse de naturaleza comercial, pero que implicaba sus funciones públicas (Ver Demanda, ¶ 282, pp. 434; Anexo CLA-85, ¶ 83).

⁵¹³ Opinión Legal Arrieta, ¶¶ 77-85.

⁵¹⁴ El Sr. Arrieta describe en su informe algunos de los medios que el gobierno podría desplegar para obligar al pago de la deuda. Ver Opinión Legal Arrieta, ¶¶ 77-85.

expectativas legítimas de Gas Natural. El Tribunal se ve fortalecido en este punto de vista en las circunstancias del presente caso, en el que las Demandantes simplemente no han determinado que hayan recibido algún compromiso específico por parte de Colombia en forma simultánea con su inversión, según el cual el Estado garantizaría el pago de estas deudas.

426. La posición del Tribunal se ve respaldada además por sus conclusiones sobre la Ley 859 de 2003, mediante la cual Colombia aceptó pagar la deuda de la entidad pública a Electricaribe como medida especial “por una sola vez”.⁵¹⁵ Si esta ley hubiese sido considerada de hecho en el momento de la inversión (no hay pruebas que apoyen directamente esa conclusión), esto podría haber servido de indicación al inversionista de que el Estado no consideraba de hecho, en el curso normal, que tenía la obligación de pagar este tipo de deuda. El Tribunal tampoco considera que la legislación que establece un pago “por una sola vez” apoye razonablemente la expectativa, sin más, de que el Estado continúe haciendo tales pagos en el futuro.
427. Por razones similares, el Tribunal no considera que el impago de estas deudas constituya una conducta arbitraria en violación de las obligaciones de Colombia con arreglo al Tratado. Incluso si la obligación de cubrir estas deudas pudiese ser imputada al Estado (lo que el Tribunal no estima), es dudoso que la mera existencia de estas deudas, sin más, pudiese sustentar una reclamación en la arbitrariedad.
428. En cualquier caso, como se ha señalado anteriormente (sección V(B)(2)(b)), la Demandada ha presentado pruebas para establecer que el Estado desplegó de hecho esfuerzos para investigar los medios de abordar la deuda de la entidad pública con anterioridad a la intervención, como parecen reconocer las propias Demandantes.⁵¹⁶ Como señalan además las Demandantes, pareciera que el Estado sí halló un mecanismo para facilitar el reembolso de dichas deudas a partir

⁵¹⁵ Anexo C-276, Ley No. 859 de 2003.

⁵¹⁶ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 177.

de noviembre de 2017, aproximadamente un (1) año después de la intervención.⁵¹⁷ El Tribunal reconoce el descontento de las Demandantes con el momento en que se estableció este mecanismo. Sin embargo, el Tribunal no considera que, por el mero hecho de la oportunidad, la conducta del Estado respecto de la deuda de las entidades públicas haya sido arbitraria.

(ii) Reclamaciones relacionadas con la Deuda de los Barrios Subnormales

429. Se pueden hacer observaciones similares sobre la reclamación de las Demandantes en relación con la deuda de los barrios subnormales.
430. En relación con esta reclamación, las Demandantes se refieren a los aspectos del marco regulatorio que les impidieron restringir el servicio de electricidad a los usuarios morosos, en particular en los barrios subnormales. Afirman que, en virtud de la legislación colombiana, a Electricaribe no se le permitió desconectar a los usuarios que no pagaban si se les podía caracterizar como “usuarios protegidos por la Constitución”.⁵¹⁸ Si bien esta restricción existía en el momento en que Gas Natural invirtió, la Corte Constitucional de Colombia la amplió en 2012 mediante su decisión de impedir que Electricaribe desconectara la electricidad de un punto de entrega comunal si un solo usuario protegido constitucionalmente sacaba electricidad de dicho punto de entrega. Esto hizo en efecto imposible cortar el servicio a los usuarios morosos de los barrios subnormales.⁵¹⁹ Las Demandantes se remiten además a una decisión de la Corte Constitucional de Colombia, dictada el 16 de octubre de 2008, que despojó a la Compañía de la facultad de imponer multas a los “estafadores”.⁵²⁰

⁵¹⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 115.

⁵¹⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 58-62.

⁵¹⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 43-44, 154.

⁵²⁰ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 154(b), pp. 362. En su Demanda (¶ 59), las Demandantes se remiten también a una decisión de la Corte Constitucional de 11 de diciembre de 2015 (Anexo C-147) que protege a las personas sujetas a “especial protección constitucional – como niños, niñas, madres gestantes, lactantes, personas de la tercera edad, o con enfermedades de gravedad”.

431. En estas circunstancias, las Demandantes señalan que tenían derecho a esperar que el gobierno nacional encontrara un medio para mitigar las pérdidas de la Compañía debidas a la deuda de los barrios subnormales. Además, se refieren al acuerdo de Malambo de 2004 como prueba de una iniciativa estatal anterior para aliviar a Electricaribe de la carga financiera impuesta por este tipo de deuda. Tales pruebas, según las Demandantes, respaldan aún más la legitimidad de su expectativa de que Colombia intervendría para mitigar el impacto de las deudas.
432. El Tribunal no considera que Colombia haya violado ninguna expectativa legítima de las Demandantes según la cual el Estado pagaría la deuda de los barrios subnormales en las circunstancias descritas por las Demandantes. El Tribunal reitera su análisis del contexto en el que Gas Natural invirtió en Electricaribe. Es indiscutible que Electricaribe tuvo que hacer frente a una deuda con los barrios subnormales con anterioridad a la inversión de Gas Natural. La existencia del acuerdo de Malambo en 2004 es testimonio de este hecho.
433. Sin embargo, las Demandantes no presentan ninguna prueba que demuestre que recibieron compromisos específicos de Colombia en relación con el pago de la deuda de los barrios subnormales antes de la inversión. Si Gas Natural efectivamente consideró, antes de su inversión, y con base en su análisis de la legislación colombiana y el acuerdo de Malambo, que Colombia mitigaría el impacto de estas deudas en el futuro, no puede señalar ninguna prueba específica y directa que establezca que se basó en esta expectativa para hacer su inversión.⁵²¹
434. Las Demandantes tampoco establecen, en opinión del Tribunal, una expectativa legítima de que Colombia indemnizaría a la Compañía por las decisiones judiciales que restringen sus recursos contra los usuarios morosos como dicen

⁵²¹ El Tribunal reconoce el testimonio del Sr. Aranda en la Audiencia según el cual Gas Natural había visto que “el Estado estaba apoyando fuertemente con la (elaboración) del FOES, con el pago, pues, de subsidios, con incrementos de tarifas, con capitalización y otras medidas a la compañía”. Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 374, 22 – 375, 3. En opinión del Tribunal, esto no establece una expectativa legítima de que el Estado reembolsaría la deuda de los barrios subnormales. En cualquier caso, el Sr. Aranda no enumera el acuerdo de Malambo en su descripción general de la diligencia debida que realizó Gas Natural.

que ocurrió, por ejemplo, a través de las decisiones de la Corte Constitucional mencionadas anteriormente. Las Demandantes no señalan ningún compromiso del gobierno respecto de la concesión de dicha indemnización. Tampoco establecen una base clara en las leyes o reglamentos del Estado en los que podría haberse fundado su supuesta expectativa de indemnización. Sin embargo, sostienen que esta supuesta expectativa es “coherente con la legislación colombiana”, basada en el principio general evocado por su especialista jurídico, el Sr. Arrieta, según el cual el Estado no puede imponer a una empresa los costos de las decisiones de política pública.⁵²² El Sr. Arrieta afirma que esa “actitud no tendría respaldo constitucional”, ya que se consideraría una violación de ciertos derechos protegidos.⁵²³ Pero las Demandantes no cuantifican claramente cuáles fueron exactamente los costos, o el “impacto” como lo han llamado, de estas decisiones para la Compañía.⁵²⁴ Tampoco explican por qué, si existía una base tan clara para la indemnización en virtud de la legislación colombiana, no solicitaron una reparación a los tribunales o a la CREG por el “impacto” de las decisiones de la Corte Constitucional en una fecha anterior. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que la ausencia de reparación por parte del Estado para compensar los supuestos costos para la Compañía creados por estas decisiones de la Corte Constitucional haya violado ninguna expectativa legítima. En cualquier caso, el Tribunal también está de acuerdo con la Demandada en que, en la medida en que se emitieron con posterioridad a la inversión de las Demandantes, estas decisiones fueron “meras continuaciones y aclaraciones del precedente establecido desde hace mucho tiempo por la Corte Constitucional”.⁵²⁵ [Traducción del Tribunal] Por razones similares, el Tribunal tampoco considera que el hecho de que Colombia no haya indemnizado la deuda

⁵²² Réplica de las Demandantes, ¶ 306

⁵²³ Opinión Legal Arrieta, ¶ 73.

⁵²⁴ En su Memorial de Demanda, ¶ 62, las Demandantes sostienen, con especial referencia a la decisión de la Corte Constitucional de Colombia de 2012, que estas decisiones impidieron que la Compañía iniciara recursos contra aproximadamente (y de manera conservadora) el 15% de sus clientes. Una vez más, las Demandantes no discuten esto en términos de costo. Por ejemplo, no establecen la eficacia de los recursos que dicen que fueron retirados por la decisión de la Corte Constitucional, qué pérdidas podría esperar evitar la Compañía a través de dichos recursos, o qué indemnización podrían esperar recuperar, al interponer dichos recursos.

⁵²⁵ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 82.

de los barrios subnormales constituya una conducta arbitraria en violación del Tratado.

435. Adicionalmente, en lo que respecta a la reclamación por arbitrariedad, el Tribunal reitera su análisis sobre este punto (sección V(B)(2)(b)) y especialmente el hecho de que Colombia sí ofreció capitalizar la deuda de los barrios subnormales previo a la intervención. El Tribunal ciertamente puede entender por qué Gas Natural vio esto como una solución poco satisfactoria. Sin embargo, el Tribunal observa que la capitalización de la deuda es precisamente lo que el presidente Santos declaró que propondría en la Cumbre de Barranquilla.⁵²⁶ A falta de una obligación específica del Estado de asumir las deudas de los barrios subnormales, esta sugerencia parece razonable, no arbitraria.

(iii) Reclamaciones relacionadas con el Pago de Subsidios

436. Las Demandantes parecen atribuir un peso relativamente menor a su denuncia de violaciones del Tratado basadas en la falta de pago o el pago tardío de los subsidios. En su Demanda, las Demandantes alegan que Colombia no pagó los subsidios del FOES en su totalidad y que en algunas ocasiones pagó las cantidades con retraso. En su Réplica, las Demandantes se refieren a otros subsidios que quedaron sin pagar. Como ha señalado la Demandada,⁵²⁷ las Demandantes no detallan del todo la naturaleza y monto de esos otros subsidios que supuestamente quedaron sin pagar. El Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia no aborda directamente el tema, salvo para reiterar su afirmación de que los subsidios del FOES fueron “insuficientes y a menudo se pagaron con retraso”.⁵²⁸ [Traducción del Tribunal]

⁵²⁶ Anexo R-33, Declaración del Presidente Juan Manuel Santos al Término de la Reunión Energética en Barranquilla, 14 de enero de 2016, pp. 3-4.

⁵²⁷ Dúplica de la Demandada, ¶ 378.

⁵²⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 35, pp 44; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 192(d), 194.

437. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que haya habido motivos para concluir que Colombia haya actuado en violación de las obligaciones del Tratado en relación con el pago de subsidios. Aunque alguna parte de los subsidios del FOES estaba atrasada en el momento de la intervención, parece haber poca controversia en cuanto a que Colombia pagó regularmente los subsidios del FOES a Electricaribe. No hay fundamento para determinar que las cantidades pagadas por la Demandada estuviesen por debajo de las expectativas de las Demandantes en el momento en que invirtieron o que la Demandada retuvo deliberada o injustificadamente los pagos de subsidios.

**e. Reclamaciones relacionadas con la Decisión de intervenir
Electricaribes a Efectos de la Liquidación**

438. Por último, las Demandantes sostienen que Colombia incumplió sus obligaciones del Tratado relativas al estándar de TJE como resultado de su decisión de poner a Electricaribe en intervención. El Tribunal observa que se trata de una reclamación distinta de la afirmación de las Demandantes de que la toma de posesión constituye una expropiación ilícita en virtud del artículo 5 del Tratado.

439. En relación con el estándar de TJE, las Demandantes sostienen que la decisión de poner a Electricaribe en intervención violó las obligaciones de Colombia con arreglo al Tratado por tres razones, que se examinan a continuación, a saber: (i) fue provocada por una situación creada por Colombia, (ii) se llevó a cabo por razones de conveniencia política, y (iii) fue desproporcionada.⁵²⁹ Por último, el Tribunal analiza el argumento de las Demandantes de que (iv) la decisión de liquidar la Compañía es *a fortiori* arbitraria y desproporcionada.

(i) Reclamación basada en la alegación de que la Intervención fue una “situación creada por Colombia”

440. Las Demandantes sostienen que existe un principio establecido de derecho internacional según el cual una medida tomada contra un inversionista por motivos

⁵²⁹ Memorial de Demanda, ¶ 288; Réplica de las Demandantes, ¶ 314.

creados por el propio Estado es una violación del estándar de TJE. En este caso, las Demandantes afirman que el incumplimiento por parte de Colombia de todas las medidas del llamado Plan de Acción 2014 y otras obligaciones de la legislación colombiana es lo que ha llevado a la precaria situación financiera de Electricaribe. Esta precaria situación financiera sirvió entonces como “pretexto” para la intervención administrativa. Por consiguiente, en opinión de las Demandantes, Colombia creó los motivos que condujeron a la intervención, lo que constituye una infracción de las obligaciones de Colombia en virtud del Tratado en el marco del estándar de TJE.

441. El fundamento jurídico de esta afirmación no está claro. Como apoyo a la reclamación, las Demandantes citan el laudo de *Saluka*, pero se refieren al análisis realizado por el tribunal de *Saluka* en relación con el principio de “no menoscabo” establecido en el TBI aplicable en aquel caso.⁵³⁰ El principio de “no menoscabo” examinado en *Saluka* se reflejaba en la misma disposición del tratado que el estándar de trato justo y equitativo,⁵³¹ pero se trataba como un estándar separado. En *Saluka*, las reclamaciones de “no menoscabo” del demandante se basaban, entre otras cosas, en los mismos hechos que las reclamaciones de TJE.⁵³² El tribunal de *Saluka* determinó que el Estado había violado el principio de no menoscabo basándose en los mismos hechos en los que determinó que se había violado el estándar de TJE.⁵³³
442. En este caso, las Demandantes no señalan a este Tribunal un principio equivalente de “no menoscabo” establecido en el Tratado aplicable al presente

⁵³⁰ Memorial de Demanda, ¶ 290, pp. 443, pero ver Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶¶ 457-467 (discutiendo el principio de “no menoscabo”).

⁵³¹ Como señaló el tribunal de *Saluka*, la cláusula en cuestión del TBI aplicable rezaba: “[C]on referencia a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, cada Parte Contratante [...] no impedirá, mediante medidas irrazonables o discriminatorias [...]”. [Traducción del Tribunal] Ver Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 457.

⁵³² Anexo CLA-58, *Saluka* ¶¶ 458-465.

⁵³³ Más concretamente, el Tribunal determinó que se había violado el principio de no menoscabo basándose “en primer lugar, en los mismos motivos que han llevado al Tribunal a determinar que se ha violado el estándar de “trato justo y equitativo”. El trato diferencial injustificado de IPB en relación con la respuesta de la República Checa al problema de la deuda incobrable en el sector bancario, así como la negativa del gobierno checo a negociar de buena fe la propuesta de IPB y sus accionistas, fueron medidas que perjudicaron el disfrute de la inversión de *Saluka*, es decir, la participación en IPB”. [Traducción del Tribunal] (Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 508)

caso. Por lo tanto, no está claro para el Tribunal que exista, de hecho, una base jurídica distinta en el Tratado que apoye esta reclamación adicional relativa a una medida adoptada contra un inversionista sobre la base de una situación creada por el propio Estado.

443. En cualquier caso, incluso si el Tratado establece de hecho tal base jurídica separada, parece basarse en los mismos hechos en los que las Demandantes han fundamentado sus reclamaciones de TJE. Más concretamente, éstos incluyen el presunto incumplimiento por parte de Colombia de todas las medidas contenidas en el denominado Plan de Acción 2014, su presunto incumplimiento de la actualización oportuna de la tarifa de distribución y su incapacidad para pagar las deudas pendientes.
444. El Tribunal reitera su análisis de estos hechos y cuestiones y su conclusión de que Colombia no ha violado el Tratado a este respecto. Cualquiera que sea la base jurídica de la vulneración basada en el hecho de que la intervención fue “una medida adoptada contra un inversionista por motivos creados por el propio Estado,”⁵³⁴ [Traducción del Tribunal] el fondo de la demanda debe necesariamente leerse a la luz de la conclusión del Tribunal respecto de estos mismos hechos y cuestiones en virtud del estándar de TJE.
445. De ello se desprende que el Tribunal no considera que Colombia haya infringido sus obligaciones del Tratado bajo el estándar de TJE por haber intervenido Electricaribe con base en fundamentos creados por Colombia.

(ii) Reclamación basada en Conveniencia Política

446. Como se ha resumido anteriormente, las Demandantes han argumentado en el presente arbitraje que el “verdadero fundamento” de la decisión de Colombia de intervenir Electricaribe fue asegurar el apoyo político en la región del Caribe para

⁵³⁴ Así es como las Demandantes describen su reclamación en la Demanda. Ver Memorial de Demanda, ¶ 290.

el acuerdo de paz con las FARC.⁵³⁵ El argumento de las Demandantes en este punto parece estar basado en el principio de arbitrariedad que está subsumido en el estándar de TJE.⁵³⁶

447. El Tribunal observa que las Demandantes plantean un argumento similar basado en los mismos hechos en la primera parte de la prueba de proporcionalidad de cuatro supuestos que proponen. Por lo tanto, el Tribunal se remite a su análisis de esta cuestión, que se realiza a continuación, en relación con las presentaciones de las Demandantes sobre la primera parte de la prueba de proporcionalidad propuesta.
448. En opinión del Tribunal, tanto si se evalúa desde la perspectiva de la arbitrariedad como de la proporcionalidad, la reclamación fracasa porque las Demandantes simplemente no han establecido que la “conveniencia política” fuera el motivo subyacente que impulsó la decisión de Colombia de poner a la Compañía en intervención.

(iii) Reclamaciones basadas en la Proporcionalidad

449. Las Demandantes también sostienen que la decisión de intervenir Electricaribe constituye una infracción de las obligaciones de Colombia en virtud del estándar de TJE, ya que fue desproporcionada. Las Demandantes establecen una prueba de cuatro supuestos basada, entre otras cosas, en la decisión en el caso *Occidental c. Ecuador*. Según esta prueba, la conformidad de la conducta del Estado con el principio de proporcionalidad puede evaluarse a la luz de las cuatro condiciones que se exponen a continuación:⁵³⁷

- La legitimidad del objetivo del Estado;

⁵³⁵ Memorial de Demanda, ¶ 292; ver en forma general Memorial de Demanda, ¶¶ 291-293.

⁵³⁶ Memorial de Demanda, ¶ 291; Anexo CLA-49, *OI European Group B.V. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, ¶¶ 512, 519.

⁵³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 298; Anexo CLA-48, *Occidental*, ¶ 450. Las Demandantes también se refieren a *PL Holdings*, Anexo CLA-53 (ver esp. ¶ 122). Las Demandantes señalan que esta prueba es sustancialmente similar a la prueba de proporcionalidad de la legislación colombiana.

- Si la medida adoptada por el Estado fue idónea y/o razonablemente relacionada con el objetivo que supuestamente perseguía;
- Si la medida adoptada por el Estado era necesaria (si era la medida menos restrictiva disponible para lograr el objetivo del Estado); y
- Si los efectos de las medidas fueron desproporcionados o excesivos en relación con el interés en cuestión, es decir, si el beneficio de la realización del objetivo del Estado superó el daño a los derechos pertinentes de los inversionistas (proporcionalidad *stricto sensu*);

450. La Demandada no cuestiona que esta prueba de 4 supuestos pueda utilizarse para evaluar si las acciones de Colombia respetaron el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la Demandada señala que las Demandantes mantienen la carga de la prueba de su reclamación.⁵³⁸

451. El Tribunal ha resumido las presentaciones de las Partes relativas a las circunstancias en que se puso a Electricaribe en suspensión de pagos (sección III(E), supra). A continuación, el Tribunal evalúa el argumento de las Demandantes de que la medida fue desproporcionada en cada supuesto de la prueba indicada por las Demandantes.

Primer Supuesto: Legitimidad del Objetivo

452. Como ya se ha mencionado, la Demandada afirma que la SSPD tenía la facultad de intervenir Electricaribe en virtud del artículo 59 de la Ley 142. Más concretamente, la Demandada afirma que la SSPD ejerció su facultad en virtud de los artículos 59.1 y 59.7 de la misma ley, que establece:

Artículo 59. Causales, modalidad y duración. El Superintendente de servicios públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

59.1 Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público

⁵³⁸ Dúplica de la Demandada, ¶ 414. La Demandada remite a este Tribunal a dos decisiones diferentes, a saber, *Electrabel c. Hungría* (Anexo RLA-26, ¶ 179) y *Philip Morris c. Uruguay* (Anexo RLA-22, ¶ 409).

o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros;

[...]

59.7 Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.⁵³⁹

453. No se discute el hecho de que la intervención se ordenó con estos fundamentos legales. En sus documentos, la Demandada explica detalladamente que la SSPD se hizo cargo de Electricaribe porque la Compañía ya no podía cumplir sus obligaciones mercantiles,⁵⁴⁰ y, como consecuencia, se vería expuesta a recortes de energía, lo que significaba que ya no podría proporcionar la calidad y continuidad del servicio que exige la ley.⁵⁴¹ La Demandada sostiene que el impago continuado de las deudas de Electricaribe ponía en peligro: (i) la aplicación de recortes de energía (apagones previstos) mediante el procedimiento de limitación de suministro y (ii) el riesgo sistémico en el mercado de la electricidad.⁵⁴² Esto también se establece claramente en el Estudio de Evaluación Técnica de la SSPD publicado en noviembre de 2016 antes de la intervención.⁵⁴³ El objetivo de la intervención parece haber sido claramente evitar estos riesgos.
454. Además, no se discute que, en el momento de la intervención, Electricaribe ya no estaba en condiciones de cumplir sus obligaciones mercantiles. Como admitió el Sr. Aranda en la audiencia, Electricaribe se encontraba en una situación en la que había dejado o se temía que pudiera dejar de pagar sus obligaciones mercantiles.⁵⁴⁴

⁵³⁹ Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 192-193.

⁵⁴⁰ Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 194-230.

⁵⁴¹ Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 231-234. Respondent's evidence is also summarized above in sections I(F) and III(E).

⁵⁴² Segunda Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 11-12; Segunda Declaración Testimonial Plata, ¶¶ 17-18.

⁵⁴³ Anexo R-42, Estudio de Valoración Técnica, 4 de noviembre de 2016; ver también Segunda Declaración Testimonial Plata, ¶ 17.

⁵⁴⁴ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 587, 13 - 21.

455. En opinión del Tribunal, basándose únicamente en estas pruebas, no puede cuestionarse que la intervención se llevó a cabo con un propósito legítimo. Sin embargo, las Demandantes han planteado un argumento que sugiere que la intervención fue motivada por un objetivo diferente; dicen que la toma de posesión se hizo al servicio de razones políticas. En su Demanda y Réplica, el principal argumento de las Demandantes a este respecto parece ser que Colombia estaba animada por el deseo de conseguir apoyo político en la región del Caribe para el histórico acuerdo de paz de las FARC.
456. Como señala la Demandada, las Demandantes pusieron comparativamente poco énfasis en este argumento en la Audiencia. Del mismo modo, en su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes ponen más énfasis en criticar el ejercicio de la discreción de la SSPD para ordenar la intervención, y especialmente la conducta del Sr. Mendoza, que era el Superintendente de la SSPD en el momento de la toma de posesión y fue interrogado en la audiencia. Sin embargo, las Demandantes se refieren, en su Escrito Posterior a la Audiencia, a un “paisaje político cambiante” y afirman que han demostrado cómo Electricaribe se convirtió en una “moneda de cambio” en el apoyo del gobierno al acuerdo de paz con las FARC. Basándose en todo ello, las Demandantes concluyen que la decisión de intervenir la Compañía se tomó manifiestamente por “razones políticas”.⁵⁴⁵
457. En última instancia, en consecuencia, las Demandantes parecen estar pidiendo al Tribunal que infiera que la decisión de Colombia de intervenir en Electricaribe fue en realidad motivada por consideraciones políticas basadas en (i) supuestas inconsistencias en las justificaciones que la SSPD ha ofrecido para su decisión de intervenir la Compañía, y (ii) pruebas circunstanciales que sugieren que el gobierno obtendría beneficios políticos si llevaba a cabo una toma de posesión de la Compañía.

⁵⁴⁵ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 183-184.

458. En su Demanda, las Demandantes se refieren indirectamente a la decisión en *Tecmed* como apoyo a su argumento en este aspecto del análisis de proporcionalidad.⁵⁴⁶ En *Tecmed*, se había denegado la solicitud del demandante de renovación de la licencia de explotación de un vertedero, y las razones citadas para la denegación incluían ciertas infracciones de la licencia del demandante para explotar el vertedero en cuestión. El tribunal observó que esas infracciones no se habían considerado suficientemente graves como para revocar o poner fin a los permisos. Asimismo, en la resolución por la que se denegaba la renovación del permiso no se especificaba ninguna razón de interés público, de uso público o de emergencia pública que justificara la denegación de la renovación. Más bien, parecía que algunos grupos comunitarios se oponían al funcionamiento y ubicación del vertedero y que dichos factores habían sido tenidos en cuenta por la autoridad reguladora al decidir la denegación de la renovación, aunque no figuraban en la resolución. Sobre la base de su examen de las pruebas, el tribunal en ese caso determinó:

*surge incontrastablemente que hubo factores distintos del cumplimiento o no [...] de las condiciones de la Autorización o de la normativa en materia de protección ambiental mexicana, que tuvieron incidencia determinante en la no renovación de la Autorización.*⁵⁴⁷

459. Por consiguiente, el tribunal de *Tecmed* determinó, sobre la base de las pruebas disponibles en el caso, que la decisión de denegar la renovación del permiso no sólo se basaba en algunos factores distintos de las infracciones invocadas por la autoridad reguladora pertinente, sino que esos otros factores tenían un “incidencia determinante” en la decisión. De hecho, el tribunal de *Tecmed* determinó que las circunstancias sociales y políticas eran las razones “preponderantes” para la

⁵⁴⁶ Memorial de Demanda, ¶ 298, pp. 458.

⁵⁴⁷ Anexo CLA-65, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (“*Tecmed*”), ¶ 127 (énfasis añadido).

decisión de la autoridad reguladora pertinente de denegar la renovación del permiso.⁵⁴⁸

460. En este caso, las Demandantes han presentado pruebas indirectas que sugieren que el gobierno de Santos se enfrentó a presiones políticas en Costa Caribe, y que Electricaribe era un asunto urgente para los políticos de esta región. Estas pruebas incluyen, entre otras cosas, extractos de un debate parlamentario celebrado en agosto de 2016 en el que se pedía que se "capitalizara" Electricaribe o se insinuaba que los políticos de la región del Caribe podrían aprovechar el plebiscito del acuerdo de paz de las FARC para lograr cambios en relación con Electricaribe.⁵⁴⁹ Otras pruebas incluyen declaraciones de miembros de la Bancada Costeña que se hicieron después del fallido referéndum sobre el acuerdo de paz de las FARC, exigiendo la administración de Electricaribe y amenazando con impedir cualquier agenda legislativa hasta que se completase la toma de posesión,⁵⁵⁰ así como correos electrónicos de representantes de Gas Natural y terceros intervinientes que relatan notas de conversaciones que tuvieron con líderes políticos en las que se destacaba la importante presión que el presidente Santos afrontaba en relación con Electricaribe.⁵⁵¹ Las Demandantes también señalan una investigación abierta por la Corte Suprema de Colombia en relación con el intercambio de votos por favores políticos durante el gobierno de Santos.⁵⁵²
461. Las Demandantes sugieren además que la toma de Electricaribe pareció influir en algunos políticos de Costa Caribe. Observan que el 2 de octubre de 2016, los

⁵⁴⁸ Anexo CLA-65, *Tecmed.*, ¶ 132.

⁵⁴⁹ Anexo C-171, Congreso de Colombia, Comisión Constitucional Permanente No. 3 de la Honorable Cámara de Representantes, Acta No.2, 2 de agosto de 2016, pp. 10, 21; Memorial de Demanda, ¶ 190(b)-(c).

⁵⁵⁰ Anexo C-188, J. Sáenz V, "*Lío de Electricaribe alienta paro legislativo*", *El Espectador*, 9 de noviembre de 2016, p. 2.

⁵⁵¹ Ver, Anexo C-314, correo electrónico del Sr. Aranda (Gas Natural) al Sr. Villaseca (Gas Natural), 17 de mayo de 2016; Anexo C-315, correo electrónico de la Sra. Ferrero-Waldner (ex Ministra de Asuntos Exteriores de Austria) al Sr. Villaseca (Gas Natural), 30 de mayo de 2016; Anexo C-326, intercambios de correo electrónico entre el Sr. Ben-Ami (ex Ministro de Asuntos Exteriores y Seguridad de Israel) y el Sr. Villaseca (Gas Natural), 11 de marzo de 2017; Réplica de las Demandantes, ¶ 201.

⁵⁵² Anexo C-373, J. Villamil Muñoz, "*Habla el hombre que denunció el 'Cartel de la mermelada' en el Congreso*", *El País*, 14 de febrero de 2018; Réplica de las Demandantes, ¶ 202.

votantes colombianos rechazaron por poco el acuerdo de paz con las FARC.⁵⁵³ El acuerdo se sometió a votación en el Congreso a finales de noviembre de 2016, dos semanas después de la decisión de poner a Electricaribe en intervención. Las Demandantes señalan que el acuerdo fue aprobado por un margen definitivo: 130 de los 166 votos en la Cámara de Representantes y 75 de los 102 votos en el Senado. Las Demandantes también señalan que dos (2) “líderes clave” de Bancada Costeña de cada una de las Cámaras de Representantes y Senado (4 en total) que previamente se habían abstenido de votar, ahora habían votado a favor del acuerdo.⁵⁵⁴ Por supuesto, se desconocen los motivos de dichos votos.

462. Además de lo anterior, las Demandantes señalan una proximidad temporal entre una votación clave sobre otra legislación relacionada con el acuerdo de paz que fue aprobada 61 a favor, 2 en contra en el Senado y la toma de posesión.⁵⁵⁵ La sugerencia, de nuevo, es que la decisión de intervenir Electricaribe había ayudado de alguna manera a asegurar estos votos.
463. Las Demandantes no aportan pruebas directas que apoyen la afirmación de que la SSPD, el presidente o cualquier otra entidad pública pertinente consideraron la posibilidad de conseguir el apoyo de los políticos de Costa Caribe como motivo para intervenir Electricaribe.
464. En opinión del Tribunal, las pruebas presentadas por las Demandantes están muy lejos de establecer que las consideraciones políticas, si las hubiere, tuvieron una “incidencia determinante” en la decisión de intervenir Electricaribe o que fueron la razón “prevaleciente” para la decisión.

⁵⁵³ Memorial de Demanda, ¶ 193.

⁵⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶ 198.

⁵⁵⁵ Anexo C-208, “*Senado aprueba Justicia Especial para la Paz*”, Comunicado de Prensa del Senado, 13 de marzo de 2017; Memorial de Demanda, ¶ 201.

465. El Tribunal se basa en el testimonio de testigos que declararon a favor de Colombia y negaron que Electricaribe se utilizara en modo alguno como “moneda de cambio” para conseguir apoyo para el acuerdo de paz con las FARC.⁵⁵⁶
466. El Tribunal observa en particular el testimonio escrito del Sr. Yesid Reyes, ex Ministro de Justicia y ex Magistrado de la Corte Suprema, que participó en la negociación del acuerdo de paz con las FARC y asesoró al presidente Santos al respecto.⁵⁵⁷ El Sr. Reyes niega rotundamente que la intervención de Electricaribe se haya discutido en ningún momento como medio para conseguir votos en el Congreso para el acuerdo de paz de las FARC.⁵⁵⁸ El Sr. Reyes también describe el calendario de eventos entre el infructuoso referéndum del 2 de octubre de 2016, que ganó el movimiento del “no” por un escaso margen, y la eventual aprobación por el congreso el 20 de noviembre de 2016 de un “nuevo” acuerdo, que había sido renegociado para tomar en consideración ciertas objeciones del movimiento del “no”. En particular, el Sr. Reyes señala que no se supo hasta por lo menos el 19 de noviembre de 2016 (es decir, después de la intervención de Electricaribe) que el gobierno buscaría la aprobación del nuevo acuerdo en el congreso,⁵⁵⁹ socavando así la sugerencia de que, en el momento de la toma de posesión, el presidente Santos habría considerado que necesitaba obtener votos en el congreso.
467. En todo caso, el Sr. Reyes señala que el gobierno de Santos tenía la mayoría en el congreso en el momento oportuno,⁵⁶⁰ y aparentemente no necesitaba tomar ninguna medida adicional para asegurar el apoyo al acuerdo. El testimonio del Sr. Reyes sobre estos puntos no ha sido controvertido y las Demandantes no llamaron al Sr. Reyes en el conainterrogatorio. Además, como la propia evidencia de las Demandantes deja en claro, el acuerdo de paz fue aprobado en

⁵⁵⁶ Ver en forma general Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 142.

⁵⁵⁷ Declaración Testimonial Reyes, ¶ 4.

⁵⁵⁸ Declaración Testimonial Reyes, ¶¶ 5, 13.

⁵⁵⁹ Declaración Testimonial Reyes, ¶ 15. De acuerdo al Sr. Reyes, el presidente Santos afirmó que “estaría de acuerdo en que se llevara el nuevo Acuerdo al Congreso para su refrendación” el 19 de noviembre de 2016, esto es, con posterioridad a la intervención.

⁵⁶⁰ Declaración Testimonial Reyes, ¶ 12.

el congreso por márgenes abrumadores. Esto parece apoyar los comentarios del Sr. Reyes respecto a la mayoría y el apoyo del presidente Santos en el Congreso.

468. En estas circunstancias, el Tribunal concluye que la decisión de poner a Electricaribe en intervención se tomó con el fin legítimo de evitar el incumplimiento de pago, y así evitar un posible “riesgo sistémico” en el mercado de la energía, así como la incapacidad de la Compañía para prestar el servicio de electricidad con la calidad y la fiabilidad requeridas por la ley.

Segundo Supuesto: Idoneidad de la Medida

469. Las Demandantes también sostienen que la intervención no fue proporcional porque la medida no constituyó un medio adecuado para lograr los objetivos de evitar el riesgo de recortes de energía, así como el riesgo sistémico en el mercado de la energía. En su Demanda, las Demandantes se refieren al caso de *PL Holdings c. Polonia* como un caso análogo.⁵⁶¹
470. En el caso de *PL Holdings*, KNF, un regulador bancario, tomó una serie de tres (3) decisiones que imponían sanciones al demandante (accionista de un banco). La primera decisión citó varias irregularidades e impuso sanciones al demandante en forma de prohibición del ejercicio de sus derechos de voto y venta forzosa de sus acciones. En la segunda decisión, el organismo regulador mantuvo la prohibición de ejercer el derecho de voto, pero revocó la venta forzosa de las acciones. Sin embargo, la venta forzosa de las acciones fue restablecida en la tercera decisión del regulador. El demandante sostuvo que esta tercera decisión era desproporcionada, en particular porque se basaba en irregularidades que se habían identificado durante una investigación del banco del demandante alrededor de 12 meses antes. El regulador aparentemente ignoró el hecho de que, en los meses intermedios, el banco había respetado todas las recomendaciones

⁵⁶¹ Anexo CLA-53, *PL Holdings*.

posteriores a la inspección con respecto a dichas irregularidades, las cuales habían sido rectificadas.⁵⁶²

471. Al analizar las circunstancias en las que el regulador ordenó la venta forzosa de las acciones del demandante en el banco, el tribunal observó:

El demandante se estaba ocupando de los problemas financieros del Banco. Tan sólo tres días después de que se emitiera la Primera Decisión, KNF declaró que la colocación del Banco en administración judicial habría sido "infundada e inútil". A partir de entonces no se produjo ningún cambio adverso en la situación financiera del Banco en el período anterior a la Tercera Decisión de KNF. Cuando se emitió dicha decisión, los problemas financieros del Banco eran considerablemente menos graves.⁵⁶³ [Traducción del Tribunal]

472. Sobre esta base, el tribunal de *PL Holdings* determinó que la falta de liquidez y la insuficiencia de capital social -en la que el demandado basó principalmente su caso- no eran la verdadera motivación de las decisiones de KNF. Sobre la base de su análisis de los hechos, el tribunal concluyó además que los fundamentos de las decisiones de KNF no eran convincentes, dado especialmente que el demandante y el banco en cuestión habían atendido rápidamente las preocupaciones del regulador.⁵⁶⁴
473. En este contexto, el tribunal de *PL Holdings* expresó dudas sobre el momento en que se adoptaron las decisiones de KNF, más concretamente, sobre la decisión del regulador de ordenar la venta forzosa de las acciones del demandante del banco apenas seis (6) días después de haber formulado amplias recomendaciones oficiales para la adopción de medidas correctivas.⁵⁶⁵ Las circunstancias del presente caso son algo diferentes.

⁵⁶² Anexo CLA-53, *PL Holdings* ¶ 213.

⁵⁶³ Anexo CLA-53, *PL Holdings*, ¶ 359.

⁵⁶⁴ Anexo CLA-53, *PL Holdings*, ¶¶ 360-369.

⁵⁶⁵ Anexo CLA-53, *PL Holdings*, ¶ 370.

474. En este caso, las Demandantes afirman que el momento de la decisión de la SSPD fue inoportuno, en particular porque los precios de la energía iban a bajar a medida que los efectos del fenómeno de El Niño que prevaleció hasta 2014 y 2015, retrocedieran. Esto mejoraría la situación financiera de Electricaribe a corto plazo. Las Demandantes señalan además que la SSPD había impuesto un Programa de Gestión en mayo de 2016 y que Electricaribe estaba cumpliendo con el programa.⁵⁶⁶ En estas circunstancias, la presión política ejercida sobre la administración de Santos en relación con Electricaribe, agravada por la supuesta necesidad de la administración de asegurar el apoyo político al acuerdo de paz con las FARC, levanta sospechas adicionales sobre el momento de la decisión, en opinión de las Demandantes.
475. Las Demandantes sostienen además que la Demandada exagera el riesgo de recortes de energía debido a los procedimientos de limitación de suministro, así como la posibilidad de que el impago de las obligaciones financieras de Electricaribe pudiese crear algún “riesgo sistémico” en el mercado de la energía.⁵⁶⁷ Las Demandantes también afirman que las interrupciones del servicio han aumentado desde la toma de posesión, lo que socava la afirmación de que la intervención era una medida adecuada para garantizar la calidad y la fiabilidad del servicio, como exige la ley.⁵⁶⁸
476. En opinión del Tribunal, las Demandantes no comprueban que la intervención haya sido una medida inadecuada. Como ya se ha mencionado, no se discute que

⁵⁶⁶ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 180; Anexo C-162, SSPD, Programa de Gestión para Electricaribe – *Energía Digna para el Caribe*, mayo de 2016; Anexo C-497, SSPD, Programa de Gestión para Electricaribe – *Energía Digna para el Caribe*, junio de 2016.

⁵⁶⁷ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 196. En relación con el riesgo sistémico, las Demandantes afirman que Electricaribe se enfrentaba a un incumplimiento de pago de aproximadamente US\$ 10 millones, mientras que Electricaribe por sí sola gastó aproximadamente US\$ 1.000 millones en compras de energía en 2016. En este contexto, las Demandantes señalan que la afirmación de riesgo sistémico resulta exagerada. También señalan que Gas Natural había canalizado recursos a la Compañía para pagar las facturas de electricidad sólo días antes de la toma de posesión.

⁵⁶⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 197. En cuanto a los procedimientos de limitación de suministro, las Demandantes sostienen además que Electricaribe no podría haberse visto obligada a cortar el suministro a sus clientes porque cada circuito incluía ciudadanos o entidades protegidos por la Constitución. También señalan que Colombia ha dicho que los apagones pueden ser utilizados como un medio para mejorar las tasas de cobro, lo cual, en su opinión, es incoherente con la sugerencia de que los procedimientos de limitación de suministro crearon un riesgo sistémico.

Electricaribe no podía cumplir sus obligaciones financieras en el momento de la intervención. En consecuencia, la Compañía se dirigía hacia un incumplimiento de sus obligaciones de pago en el mercado de la energía, lo que traería consigo recortes de electricidad. En la comunicación de la Demandada, la intervención era el único medio de que disponía la SSPD para suspender el pago de las obligaciones mercantiles de Electricaribe y levantar los procedimientos de limitación de suministro.⁵⁶⁹ Sólo sobre esta base, la intervención le parece al Tribunal proporcional a la situación en la que se encontraba la Compañía.

477. Más aún, los hechos del presente caso pueden distinguirse de *PL Holdings*. Como se ha examinado anteriormente, en dicho caso, el regulador ordenó la venta forzosa de las acciones del inversionista en un banco, aunque, poco antes de emitir esta decisión, el regulador había llegado a la conclusión de que una medida igualmente drástica era “infundada”, y parecía ignorar que, desde que llegó a esta conclusión, la situación del banco había efectivamente mejorado.
478. Aquí, la preocupación de la SSPD por la situación financiera de Electricaribe fue bien apoyada por la evidencia contemporánea de múltiples fuentes. De hecho, como explica el Sr. Mendoza en su declaración testimonial, la SSPD constató que la situación financiera de Electricaribe empeoró progresivamente de agosto a noviembre de 2016 y no mostró ningún indicio de mejora a corto plazo. La evaluación de la SSPD se basó en varias fuentes de información, entre ellas la propia supervisión y evaluación técnica de la SSPD,⁵⁷⁰ así como los informes proporcionados por terceros,⁵⁷¹ el creciente número de procedimientos de limitación de suministro que se estaban iniciando contra la Compañía;⁵⁷² y la

⁵⁶⁹ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 114; Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 82-85; Anexo C-2, Resolución Administrativa de Intervención, 14 de noviembre de 2016.

⁵⁷⁰ Anexo R-42, Estudio de Valoración Técnica, 4 de noviembre de 2016.

⁵⁷¹ El Sr. Mendoza, por ejemplo, se refiere a un informe preliminar de su consultor Ágora, de fecha 30 de septiembre de 2016, en el que se explica la precaria situación de la liquidez (Anexo R-49, Ágora Corporate Consultants S.A.S., Documento de Trabajo, 30 de septiembre de 2016). El Sr. Mendoza se refiere además a los documentos de trabajo presentados por Ágora los días 11 y 21 de octubre de 2016, en los que se muestra, por ejemplo, la situación negativa de liquidez de Electricaribe a partir de octubre de 2016 y una tendencia a la baja hasta el cuarto trimestre de 2016 (Anexo R-54, p. 4)

⁵⁷² Ver, por ejemplo, Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶ 36; ver, en forma general, Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 16-38.

correspondencia de XM, el operador del mercado mayorista, advirtiendo de un riesgo sistémico por el impago de Electricaribe.⁵⁷³ De hecho, la propia Electricaribe había escrito a la CREG, SSPD y XM advirtiendo que no podía cumplir con sus obligaciones.⁵⁷⁴ Además, la SSPD solicitó y recibió autorización de la CREG para proceder a intervenir, como lo exige la legislación colombiana.⁵⁷⁵

479. En resumen, a diferencia de *PL Holdings*, en este caso no hay duda de que, en el momento en que la SSPD decidió intervenir Electricaribe, la Compañía se enfrentaba a un problema de liquidez, estaba en mora en sus obligaciones de pago que no podía remediar, y continuaría incurriendo en impagos. No se trata de una situación en la que la entidad estatal pertinente no considerase que la Compañía había corregido las irregularidades y mejorado su situación financiera.
480. En cualquier caso, como observa correctamente el tribunal de *PL Holdings* (en opinión de este Tribunal), la “aplicación del principio de proporcionalidad conlleva inevitablemente un ejercicio de juicio por parte de una corte o tribunal”.⁵⁷⁶ [Traducción del Tribunal]. No es función de este Tribunal cuestionar la evaluación de los hechos y el equilibrio de los riesgos en juego por parte de la SSPD. En esta fase, el Tribunal debe determinar si la decisión fue adecuada en la medida en que era permisible en virtud de la ley y estaba razonablemente relacionada con el objetivo de mitigar los riesgos identificados por la SSPD. A juicio del Tribunal, la decisión era incuestionablemente idónea sobre la base de los hechos de que disponía la SSPD en ese momento. De hecho, habría sido poco razonable (y tal vez inadmisibles⁵⁷⁷) que la SSPD pasara por alto los riesgos que presentaba la situación financiera de Electricaribe, incluso si existía la posibilidad, como afirman

⁵⁷³ Anexo R-64, Carta de XM (Sra. Maya) a la SSPD (Sr. Mendoza), No. 022471-1, “Situación Actual de la Empresa Electrificadora del Caribe S. A. E. S. P. en el MEM” 31 de octubre de 2016.

⁵⁷⁴ Anexo R-57, Carta de Electricaribe (Sr. García Sanleandro) a MinMinas (Ministro Arce), CREG (Sr. Castro), el SSPD (Sr. Mendoza), y XM (Sra. Arboleda), “Proceso de Limitación de Suministro – Publicación avisos de prensa” 3 de Noviembre de 2016..

⁵⁷⁵ Anexo R-73, Carta de CREG (Sr. Castro) a la SSPD (Sr. Mendoza) aprobando la intervención de Electricaribe, 11 de November de 2016; Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶ 63; Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1961, 15 – 1962, 6.

⁵⁷⁶ Anexo CLA-53, *PL Holdings*, ¶ 355.

⁵⁷⁷ Ver, por ejemplo, Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 1961, 9 - 14.

las Demandantes, de que los riesgos en cuestión no se hubieran materializado de manera tan grave como temía la Demandada.

481. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que la intervención fue una medida adecuada e idónea en las circunstancias que prevalecían el 14 de noviembre de 2016.

Tercer Supuesto: Necesidad

482. Las Demandantes también han argumentado que la intervención no fue una medida proporcional porque no era necesaria. Señalan que Colombia podría haber aplicado una variedad de otras medidas en lugar de poner a la Compañía en intervención.⁵⁷⁸ En cuanto a las medidas alternativas, las Demandantes se refieren a todas las mismas medidas a las que la Compañía se había referido anteriormente, en particular en relación con el denominado Plan de Acción 2014. Además, las Demandantes afirman que algunas de las medidas en cuestión, como la inyección de capital mediante el pago de deudas supuestamente adeudadas a la Compañía, podrían haberse aplicado rápidamente. La rápida aplicación de dichas medidas habría asegurado las operaciones de la Compañía a corto plazo hasta que los precios de la electricidad volviesen a los niveles normales a medida que los efectos del fenómeno de El Niño retrocediesen.⁵⁷⁹ A partir de entonces, la Compañía podría haber sido dirigida hacia la rentabilidad.
483. En respaldo de su argumento en este aspecto de necesidad del análisis de proporcionalidad, las Demandantes se refieren tanto a los casos de *PL Holdings* como a los de *Occidental*, en los que los tribunales han determinado, en las circunstancias pertinentes de tales casos, que una medida estatal fue desproporcionada dado que una medida menos drástica habría sido suficiente para abordar el asunto en cuestión.

⁵⁷⁸ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 186-197; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 331-335.

⁵⁷⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 192.

484. El Tribunal reitera sus comentarios sobre la analogía de las Demandantes con el caso de *PL Holdings, supra*.
485. En lo que respecta a *Occidental*, en ese caso el Estado había puesto fin a un acuerdo relativo a la producción de petróleo como medida punitiva para abordar una transferencia de acciones no autorizada.⁵⁸⁰ El Tribunal determinó que las infracciones de la compañía no causaron ningún daño al Demandado,⁵⁸¹ y que varias penas alternativas menos drásticas estaban disponibles bajo el mismo contrato que abordaría adecuadamente la infracción.⁵⁸² Cabe señalar que el Estado trató de justificar su uso de la medida particularmente drástica de rescindir el acuerdo aludiendo al efecto disuasorio que su dura decisión podría tener en otros interesados de la comunidad del petróleo y el gas.⁵⁸³ En las circunstancias, el tribunal en *Occidental* concluyó que la terminación del acuerdo no fue una respuesta proporcional del estado.
486. Las Demandantes parecen basarse en el caso *Occidental* para la proposición de que la proporcionalidad debe ser evaluada en los hechos de cada caso.⁵⁸⁴ Sostienen que Electricaribe se había enfrentado anteriormente a situaciones financieras difíciles y sin embargo no había sido intervenida.⁵⁸⁵ Esto, afirman, socava la sugerencia de que la toma de posesión era necesaria y apoya la afirmación de que la decisión de la SSPD fue motivada por un propósito ulterior, o “razones políticas”.
487. Como declaró el tribunal en *Occidental*, en un pasaje citado por las Demandantes, “cada caso se basa en sus propios hechos”.⁵⁸⁶ En cuanto a los hechos particulares

⁵⁸⁰ Anexo CLA-48, *Occidental*, ¶¶ 438-439.

⁵⁸¹ Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 449.

⁵⁸² Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 438.

⁵⁸³ Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 450.

⁵⁸⁴ En su Memorial de Demanda, las Demandantes citan un pasaje de la sentencia, que termina con la siguiente cita: “Tal como sostiene Lord Steyn en su famosa cita al aprobar la importación del principio de proporcionalidad al derecho inglés: ‘En la ley, el contexto es todo’” (Memorial de Demanda, ¶ 310); Anexo CLA-48, *Occidental*, ¶ 451 (citas omitidas).

⁵⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 310-311; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 195-196.

⁵⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶ 310; Anexo CLA-48, *Occidental*, ¶ 451 (citas omitidas).

de este caso, el Tribunal ha determinado que se habían cumplido las condiciones que rigen la discreción de la SSPD para llevar a cabo la toma de posesión, y que un inventario bastante pesado de hechos apoyaba razonablemente la proposición de que Electricaribe no podía cumplir sus obligaciones financieras. Como el Sr. Mendoza sugirió en varias ocasiones durante la audiencia, consideró que la Compañía estaba en quiebra.⁵⁸⁷

488. El Sr. Mendoza también consideró que la intervención era el único medio de cancelar los procedimientos de limitación de suministro y suspender las obligaciones de pago de la Compañía.⁵⁸⁸ En opinión del Tribunal, esta conclusión estaba razonablemente sustentada por las pruebas.
489. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que haya motivos para determinar que la decisión de la SSPD de intervenir Electricaribe fuese desproporcionada en el sentido de que era innecesaria porque una medida menos drástica podría haber abordado suficientemente la cuestión.
490. Por último, el Tribunal no considera más convincente si analiza la cuestión, como han sugerido las Demandantes en su Escrito Posterior a la Audiencia, desde la perspectiva de que la decisión de la SSPD habría sido innecesaria si Colombia hubiera adoptado medidas legales, regulatorias y financieras menos drásticas en los meses y años anteriores a noviembre de 2016 para mejorar la viabilidad financiera de Electricaribe.⁵⁸⁹ Como ha señalado el Tribunal, no hay motivos para considerar que Colombia haya actuado infringiendo ninguna obligación de aplicar las medidas legales, regulatorias y financieras a las que se refiere el Plan de Acción 2014. En la medida en que las Demandantes se basan en este caso en el principio de acción *ex turpi causa non oritur*,⁵⁹⁰ el principio claramente no es aplicable en las circunstancias.

⁵⁸⁷ Transcripción de la Audiencia, Día 6, p. 2060, p. 6-13.

⁵⁸⁸ Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 82-85.

⁵⁸⁹ Ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 192.

⁵⁹⁰ Réplica de las Demandantes, ¶ 337. En cualquier caso, el Tribunal tiene serias dudas sobre la proposición de que Colombia está aquí invocando una “defensa de necesidad” como alegan las Demandantes. Las Demandantes alegan

491. En vista de lo anterior, el Tribunal no considera que la decisión de Colombia de poner a Electricaribe bajo intervención haya sido desproporcionada porque resultó innecesaria.

Cuarto Supuesto: Proporcionalidad Stricto Sensu

492. La última parte del análisis de proporcionalidad propuesto por las Demandantes es un ejercicio de equilibrio.
493. Por una parte, la Demandada sostiene que la intervención conferiría un beneficio a la población de la región del Caribe en la medida en que preservaría la calidad y la continuidad del servicio de electricidad. Por otra parte, desde la perspectiva de las Demandantes, la intervención las despojó de su capacidad para controlar su inversión y, por lo tanto, de los medios para reconducir la inversión a la rentabilidad. Sin embargo, como señala la Demandada, las Demandantes conservan el derecho a participar en el producto de la liquidación de la Compañía.
494. Una vez más, como el tribunal en *PL Holdings* decidió correctamente (en opinión de este Tribunal), un análisis de proporcionalidad es, en última instancia, una cuestión de la sentencia del Tribunal. No hay una forma clara de sopesar los efectos relativos de la intervención en las Partes. Desde la perspectiva del Tribunal, sería difícil, como propuesta general, justificar la atribución de un mayor peso a una posible pérdida pecuniaria frente al posible deterioro de un servicio esencial para toda la región de un país que alberga aproximadamente 10 millones de personas.
495. En estas circunstancias, el Tribunal no ve ninguna razón para llegar a una conclusión diferente en este ejercicio de equilibrio de la que ha llegado en los supuestos anteriores del análisis de proporcionalidad. En consecuencia, el Tribunal no encuentra fundamento alguno para concluir que la medida fue desproporcionada a través de un ejercicio de equilibrio puro.

más bien que la conducta del Estado fue desproporcionada porque era innecesaria, y la carga de probar su caso recae sobre ellas.

(iv) Liquidación

496. Por primera vez en su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes afirman que “dado que la decisión de tomar posesión de la Compañía fue arbitraria y desproporcionada, la decisión posterior de Colombia de liquidar la Compañía fue, *a fortiori*, también arbitraria y desproporcionada”. Como cuestión preliminar, el Tribunal observa que nada impidió a las Demandantes plantear este argumento en una fase anterior del procedimiento. Además, las Demandantes parecen reconocer que la validez de esta reclamación depende de que el Tribunal determine primero que la decisión de poner a Electricaribe bajo intervención fue arbitraria y desproporcionada. Sólo sobre esta última base, el Tribunal opina que la reclamación debe fracasar.
497. En cualquier caso, el Tribunal no está convencido de que la afirmación de las Demandantes de que la decisión de la SSPD de liquidar la Compañía fue arbitraria o desproporcionada por las siguientes razones.
498. En primer lugar, las Demandantes no parecen alegar que Colombia haya infringido alguna de las obligaciones del Tratado con respecto al procedimiento que rige su decisión de poner a la Compañía en liquidación. Tampoco las pruebas sugieren que Colombia actuara de manera irregular al llegar a esta decisión.
499. Como se ha resumido anteriormente (sección III(E)), la legislación colombiana establece un plazo de dos meses a partir del día en que se tomó la decisión de someter a Electricaribe a administración forzosa (prorrogable por otros dos meses) en el que la SSPD debía determinar el propósito de la intervención. La ley 142 establece dos opciones: (i) un período de administración por parte del Estado de un máximo de dos (2) años en el cual el activo es devuelto al inversionista, o (ii) la liquidación.⁵⁹¹

⁵⁹¹ Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 121; Anexo R-74, Decreto No. 663 de 1993, art. 116(2); ver también Anexo R-84, Opinión de la SSPD sobre la Modalidad de la Toma de Posesión, 13 de marzo de 2017, p. 2; Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 70-71.

500. Las condiciones para determinar la opción que se tomaría se establecen en el artículo 60 de la Ley 142,⁵⁹² y en un decreto presidencial de julio de 2015. El Sr. Mendoza, Superintendente de la SSPD, explica en su declaración testimonial que la determinación se basa en si la Compañía es susceptible de cumplir su objeto social según la legislación colombiana y si puede superar las condiciones que condujeron a la quiebra.⁵⁹³
501. Para llegar a esta decisión, la SSPD designó a un representante especial, el Sr. Javier Lastra, para que reuniera información financiera con el fin de tomar esta determinación. El Sr. Lastra presentó un primer informe a la SSPD el 30 de diciembre de 2016.⁵⁹⁴ El informe concluyó que Electricaribe tendría un déficit importante en 2017 a pesar de la suspensión del pago de los intereses de varias deudas que operaban como resultado de la administración forzosa.⁵⁹⁵ Al revisar el informe, la SSPD determinó que necesitaba más tiempo para tomar su decisión, por lo que presentó una prórroga de dos meses el 11 de enero de 2017.⁵⁹⁶
502. Además del representante especial, la SSPD también contrató a asesores externos para que proyectaran la situación financiera de la Compañía como un medio de recopilar más información relevante para determinar el propósito de la intervención.
503. El 14 de marzo de 2013, la SSPD emitió su recomendación de liquidar la Compañía.⁵⁹⁷ El informe de la SSPD tiene casi 30 páginas. En él se consideran especialmente las proyecciones de flujo de caja de la Compañía para 2017, así como las proyecciones de flujo de caja a largo plazo (excluyendo el servicio de la deuda) presentadas por el consultor externo, Ágora. El informe concluye que la

⁵⁹² Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, p. 174.

⁵⁹³ Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶ 71.

⁵⁹⁴ Anexo R-83, Agente Especial Javier Lastra Fuscaldo, "Informe de Situación Electricaribe corte a 30 de noviembre de 2016", 30 de diciembre de 2016 (el informe indica que considera la información financiera hasta el 30 de noviembre de 2016).

⁵⁹⁵ Ver, en forma general, Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶¶ 73-74.

⁵⁹⁶ Anexo C-24, Resolución No. SSPD-20171000000205, 11 de enero de 2017.

⁵⁹⁷ Anexo C-3, Resolución No. SSPD-20171000005985, 14 de marzo de 2017.

Compañía tendría déficits durante un período de 5 años después de la intervención, lo que tendría repercusiones en la capacidad de la Compañía para mantener la calidad y fiabilidad de servicio requeridas.⁵⁹⁸ En el informe, la SSPD recomienda la liquidación de la Compañía.

504. La determinación de la SSPD parece haber sido hecha de acuerdo con el procedimiento legal aplicable. Cabe mencionar que las Demandantes también tuvieron la oportunidad de impugnar la medida. Esta impugnación fue rechazada y las Demandantes optaron por no presentar una apelación.⁵⁹⁹ Las Demandantes no parecen disputar nada de lo anterior.
505. El argumento de las Demandantes (formulado por primera vez en su Escrito Posterior a la Audiencia) parece ser que la decisión de la SSPD de liquidar fue arbitraria y desproporcionada porque (i) las medidas alternativas (es decir, las mencionadas en el Plan de Acción 2014) podrían haber aumentado los flujos de caja a largo plazo de la Compañía, y (ii) no era razonable suponer que Gas Natural no habría inyectado capital en la Compañía para mitigar los problemas de flujo de caja.⁶⁰⁰
506. En opinión del Tribunal, ninguno de estos puntos proporciona indicios de conducta arbitraria o desproporcionada. Como nota preliminar, ambos puntos se refieren al fondo de la decisión de la SSPD, no a la legalidad o legitimidad de la medida. El Tribunal reitera que no considera que su función sea una especie de órgano regulador de apelación, que cuestiona las decisiones sustantivas adoptadas por la SSPD. Se encarga aquí de evaluar si al tomar su decisión, Colombia infringió las obligaciones que le impone el Tratado.

⁵⁹⁸ Anexo R-84, Opinión de la SSPD sobre la Modalidad de la Toma de Posesión, 13 de marzo de 2017, pp. 16-19.

⁵⁹⁹ Anexo R-85, Resolución No. SSPD-20171000085035, 30 de mayo de 2017; Primera Declaración Testimonial Mendoza, ¶ 80.

⁶⁰⁰ Sobre este último punto, las Demandantes afirman que habían garantizado un préstamo bancario de un banco colombiano el 28 de octubre de 2016 y adelantado un préstamo directamente a Electricaribe el 9 de noviembre de 2016, justo antes de la toma de posesión.

507. En lo que respecta más específicamente a la afirmación de las Demandantes de que la SSPD no consideró medidas alternativas para aumentar los flujos de caja de la Compañía, el Tribunal se remite a su análisis sobre estos puntos anteriores. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que Colombia no incumplió ninguna obligación internacional con respecto a las denominadas medidas del Plan de Acción 2014. Además, el marco regulatorio en el que invirtió Gas Natural (y en el que Electricaribe había sido rentable durante al menos dos años) no se alteró sustancialmente entre la inversión inicial de las Demandantes y la liquidación.
508. El Tribunal tampoco considera convincente la afirmación de las Demandantes de que la SSPD no consideró la posibilidad de que Gas Natural realizara inversiones de capital en Electricaribe para minimizar el impacto de los déficits proyectados de flujo de caja.
509. En respaldo de este punto, las Demandantes se refieren a un préstamo del 28 de octubre de 2016 de un banco colombiano a Electricaribe que fue garantizado por Gas Natural, así como a un préstamo diferente que Gas Natural adelantó directamente a Electricaribe el 9 de noviembre de 2016, justo antes de la toma de posesión. El total combinado de esta nueva financiación fue de COP\$56.000 millones de (aproximadamente US\$20 millones).⁶⁰¹ Sugieren que estas acciones establecen que la Compañía estaba dispuesta a tomar medidas de buena fe para invertir más capital en la Compañía. Las Demandantes también se refieren a un artículo de prensa con fecha 16 de marzo de 2017 que aparece en El Heraldó y que sugiere que Gas Natural había ofrecido invertir COP\$200.000 millones en Electricaribe como medio para sacar a la Compañía de la administración (mientras que reclamaban COP\$3,6 billones de Colombia).⁶⁰²

⁶⁰¹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 182; Memorial de Demanda, ¶ 172; Anexo C-184, Pagaré No. 401-28102016 de Electricaribe a BBVA Colombia, 28 de octubre de 2016; Anexo C-186, Carta de Electricaribe (Sr. Payares Ortiz) al Banco BBVA Colombia S.A. (Sr. Jaramillo Arcila), 28 de octubre de 2016; Anexo C-189, Pagaré No. 001-2016 de Electricaribe a Gas Natural Servicios Integrales SAS, 9 de noviembre de 2016; Anexo C-226, Factura No. 9117355333 de Gas Natural a Electricaribe bajo intervención en relación a la garantía de pago del crédito BBVA, 29 de mayo de 2017.

⁶⁰² Anexo C-266.

510. En opinión del Tribunal, estas pruebas no demuestran que el Estado haya actuado de manera arbitraria o desproporcionada. Las Demandantes no identifican, en primer lugar, ninguna ley o reglamento aplicable que exija que la SSPD considere la posibilidad de recapitalización por los accionistas de una empresa administrada en el contexto de su determinación sobre el propósito de una intervención. Las Demandantes tampoco comprueban que la SSPD se negara de hecho a considerar ninguna oferta de este tipo por parte de Gas Natural. De hecho, el artículo de El Heraldo del 16 de marzo de 2017 en el que se basan las Demandantes parece sugerir precisamente lo contrario.⁶⁰³ Por último, aun suponiendo que la SSPD tuviera que considerar la recapitalización de los accionistas, los préstamos combinados de COP\$56.000 millones no se acercan en nada a la cantidad que se necesitaría para cubrir el déficit de flujo de caja proyectado en los documentos de la SSPD.
511. En estas circunstancias, el Tribunal no encuentra fundamento alguno para concluir que la decisión de la SSPD de liquidar Electricaribe constituya una conducta estatal arbitraria o desproporcionada.

(3) Supuesta Expropiación Ilícita

a. Posición de las Demandantes

512. Las Demandantes sostienen que la decisión de Colombia de poner a Electricaribe bajo intervención y liquidar la Compañía constituye una expropiación ilícita según el artículo 4 del Tratado. El artículo 4(1) del Tratado dice lo siguiente:

Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante "expropiación") excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no

⁶⁰³ Ver Anexo C-266, "Si GNF trae cheque por \$1,5 billones retoma Electricaribe", el Heraldo, 16 de marzo de 2017, p.2: "José Miguel Mendoza explicó que el Estatuto Orgánico Financiero permite que la firma española controle nuevamente la eléctrica. Plazo para capitalizar es mientras liquidan. A Gas Natural Fenosa (GNF) aún le queda una vía legal para retomar el control de Electricaribe, que este martes fue declarada en proceso de liquidación por el superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, José Miguel Mendoza, ha declarado en proceso de liquidación el martes. 'Si aparecen con un cheque de gerencia por \$1,5 billones, la ley les da esa posibilidad'".

discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

513. Basándose, *inter alia*, en la decisión en el caso *Metalclad c. México*, las Demandantes sostienen que las acciones de Colombia constituyen una expropiación, aunque no haya supuesto una toma de titularidad, porque se les ha privado de sus derechos básicos como accionistas, incluido el derecho a votar sus acciones, y a administrar la empresa.⁶⁰⁴ Refutan el argumento de la Demandada de que su derecho a controlar Electricaribe dependía de la capacidad de la empresa para cumplir sus obligaciones de pago.⁶⁰⁵
514. Las Demandantes también afirman que las acciones de Colombia constituyen una expropiación, independientemente de si dichas acciones dan lugar a una privación permanente de su inversión. Las Demandantes señalan que su privación no ha sido efímera,⁶⁰⁶ y la Demandada ha admitido en todo caso que Colombia no devolverá Electricaribe a las Demandantes.⁶⁰⁷ Las Demandantes impugnan la afirmación de Colombia de que no sufrieron ninguna privación porque conservan el valor residual de su participación en Electricaribe; niegan que el proceso de liquidación proporcione una indemnización adecuada por la privación de sus acciones en Electricaribe.⁶⁰⁸
515. Las Demandantes afirman que el artículo 4 del Tratado establece cuatro criterios, cada uno de los cuales debe respetarse para que Colombia pueda ejercer su facultad discrecional de expropiar legalmente. Basándose, entre otras cosas, en la decisión en el caso *Crystallex c. Venezuela*, las Demandantes sostienen que el incumplimiento de cualquiera de los criterios hará que la expropiación sea ilegal según el Tratado.⁶⁰⁹ En este caso, según las Demandantes, la expropiación de Electricaribe no cumple ninguno de los criterios establecidos en el artículo 4 del

⁶⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 320-321.

⁶⁰⁵ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 346-347.

⁶⁰⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 322-324.

⁶⁰⁷ Réplica de las Demandantes, ¶ 349.

⁶⁰⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 350.

⁶⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 325-326.

Tratado. Sus argumentos sobre cada uno de los criterios se resumen de la siguiente manera:

- *Utilidad Pública:* Las Demandantes sostienen que el Tribunal debe determinar si la expropiación se llevó a cabo realmente para la supuesta utilidad pública de Colombia. Refiriéndose, entre otras cosas, a la decisión en el caso *Vestey c. Venezuela*, las Demandantes sostienen que la conducta de un Estado después de la expropiación es pertinente para determinar si la intervención se llevó a cabo efectivamente con una finalidad de utilidad pública. En este caso, las Demandantes afirman que el desempeño de la Compañía se ha deteriorado bajo la gestión de la SSPD, socavando el propósito declarado por Colombia de garantizar la calidad y la continuidad del servicio.⁶¹⁰ Las Demandantes reiteran su argumento de que la expropiación se llevó a cabo por motivos subyacentes de conveniencia política.⁶¹¹ Incluso si Colombia pudiese establecer que la expropiación se llevó a cabo realmente en servicio de un propósito público legítimo, las Demandantes afirman que la Demandada todavía tendría que probar que la expropiación fue una medida proporcionada en pos de ese propósito,⁶¹² lo cual niegan que sea cierto en este caso, por las razones resumidas anteriormente.
- *Con arreglo al debido procedimiento legal y los principios de la ley colombiana:* Las Demandantes sostienen que Colombia incumplió los requisitos fundamentales del debido proceso en virtud del derecho internacional al anunciar públicamente su intención de poner a Electricaribe en intervención antes de hacerlo.⁶¹³ En su Réplica, las Demandantes agregan que la ley colombiana requiere que la discreción del estado para expropiar sea ejercida proporcionalmente, lo cual las Demandantes dicen que no realizó.⁶¹⁴
- *De manera no discriminatoria:* Las Demandantes señalan las declaraciones públicas de los funcionarios del gobierno sobre Electricaribe que, según afirman, demuestran animadversión contra ellos como propietarios españoles de la Compañía.⁶¹⁵ En su Réplica,

⁶¹⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 327-331; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 353-354.

⁶¹¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 331, 332; Réplica de las Demandantes, ¶ 355.

⁶¹² Memorial de Demanda, ¶ 333.

⁶¹³ Memorial de Demanda, ¶¶ 334-335; Réplica de las Demandantes, ¶ 358.

⁶¹⁴ Réplica de las Demandantes, ¶ 357.

⁶¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 336; Réplica de las Demandantes, ¶ 361.

las Demandantes añaden que la discriminación es fácilmente aparente en el mismo Memorial de Contestación de la Demandada, dado que éste justifica la liquidación sobre la base de que cualquier otra medida dejaría a Gas Natural al mando de la Compañía.⁶¹⁶

- *Indemnización pronta, adecuada y efectiva:* Las Demandantes señalan que simplemente no han recibido ninguna indemnización con posterioridad a la intervención de Colombia.⁶¹⁷ En su respuesta y en el Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes añaden que cualquier indemnización que reciban de los ingresos de una subasta realizada por Colombia no cumpliría con el requisito de prontitud.⁶¹⁸ También niegan que dichos ingresos satisfagan el requisito del artículo 4 del Tratado de una indemnización adecuada y efectiva, ya que no equivaldrá al valor justo de mercado de los activos a la fecha de valoración del 13 de noviembre de 2016. Las cantidades recaudadas en la subasta tampoco compensarán, según las Demandantes, el supuesto incumplimiento por parte de Colombia de las medidas identificadas en el denominado Plan de Acción 2014.⁶¹⁹

516. En su Réplica, las Demandantes también niegan que la expropiación constituyera un ejercicio legítimo de los poderes de policía colombiana. Sostienen que cualquier deferencia que los tribunales internacionales deban a la discreción de un Estado no es ilimitada, y que en cualquier caso no había ningún propósito regulatorio legítimo que justificara las acciones de la Demandada en este caso.⁶²⁰

b. Posición de la Demandada

517. La Demandada niega que su decisión de poner a Electricaribe bajo intervención constituya una expropiación ilícita. En primer lugar, no hubo expropiación, señala la Demandada, porque la decisión constituye un ejercicio legítimo de los poderes de policía colombiana y porque las Demandantes, en todo caso, conservan el

⁶¹⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 362.

⁶¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 337.

⁶¹⁸ Réplica de las Demandantes, ¶ 364; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 222. Hasta la Réplica, han pasado 28 meses desde que Electricaribe fue puesta bajo intervención. En su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes reconocen haber sido informadas de que el proceso de subasta se completó el 20 de marzo de 2020 (aproximadamente 40 meses desde la intervención), pero dicen que hasta ahora no han recibido ningún beneficio. Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 220.

⁶¹⁹ Réplica de las Demandantes, ¶ 365; Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 223-225.

⁶²⁰ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 366-369.

valor residual de su inversión. Sin embargo, incluso si el Tribunal determinara que se produjo una expropiación, la Demandada afirma que su decisión de intervenir Electricaribe cumple todas las condiciones para una expropiación legal establecidas en el artículo 4 del Tratado.

518. La doctrina de los poderes de policía se reconoce en el Tratado, afirma la Demandada,⁶²¹ en el artículo 11(2), que reza:

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo obligará a cualquiera de las Partes Contratantes a proteger inversiones realizadas con capitales o activos de origen ilícito, ni se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas destinadas a preservar el orden público.

[Énfasis del Tribunal, basado en los escritos de la Demandada]

519. La Demandada señala un “rico pedigrí de derecho internacional” que reconoce la facultad soberana de un Estado para regular con el fin de preservar el orden público. Refiriéndose más concretamente a las decisiones recientes en *Saluka c. República Checa*, *Invesmart c. República Checa* y *Tecmed c. México*, la Demandada sostiene que los tribunales internacionales siguen reconociendo la doctrina de los poderes de policía.⁶²² Invita a este Tribunal a adoptar un enfoque similar al de *Saluka* e *Invesmart*, donde las demandas de expropiación fueron desestimadas a falta de pruebas de que la regulación impugnada fuese “arbitraria” o “impropia”.⁶²³ En este caso, afirma la Demandada, la decisión de poner a Electricaribe bajo intervención fue una medida gubernamental legítima, de buena fe y necesaria para garantizar la calidad y continuidad del servicio de electricidad a los residentes de la región del Caribe.⁶²⁴

⁶²¹ Memorial de Contestación, ¶ 346.

⁶²² Memorial de Contestación, ¶¶ 347-355.

⁶²³ Memorial de Contestación, ¶¶ 353-356; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 446-448; Anexo CLA-58, *Saluka*; Anexo RLA-15, *Invesmart*.

⁶²⁴ Memorial de Contestación, ¶ 356; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 443-444, 450.

520. La Demandada también niega que sus acciones constituyan una expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes, porque la intervención no privó a las Demandantes de sus derechos en Electricaribe.⁶²⁵ La Demandada hace una distinción entre el derecho de las Demandantes a operar Electricaribe y su derecho de propiedad.⁶²⁶ La intervención no ha privado a las Demandantes de su derecho de propiedad, afirma la Demandada, porque recuperarán el valor residual de sus acciones al concluir el proceso de liquidación.⁶²⁷ En cuanto al derecho a operar, la Demandada dice que las Demandantes ya habían perdido este derecho en algún momento antes de la intervención, al no cumplir sus obligaciones de pago.⁶²⁸
521. Incluso si el Tribunal considerara que la administración y liquidación forzosa de Electricaribe constituyera una expropiación, la Demandada afirma que la expropiación debe considerarse legal con arreglo a los cuatro criterios establecidos en el artículo 4 del Tratado. Más concretamente:
- *Utilidad Pública:* la Demandada sostiene que el propósito de la intervención era garantizar la calidad y la continuidad de los servicios de electricidad para los residentes de la región del Caribe,⁶²⁹ y niega que las Demandantes hayan demostrado lo contrario.⁶³⁰ La Demandada insiste en la jurisprudencia internacional que reconoce que un Estado tiene derecho a una amplia deferencia para determinar las acciones de interés público;⁶³¹
 - *Con arreglo al debido procedimiento legal:* La Demandada alega que ha seguido la legislación colombiana aplicable con respecto a su

⁶²⁵ Memorial de Contestación, ¶ 357, citando la decisión en Anexo RLA-44, *Glamis Gold c. Estados Unidos de América*, ¶ 357.

⁶²⁶ Memorial de Contestación, ¶ 358.

⁶²⁷ Memorial de Contestación, ¶ 362; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 456-457.

⁶²⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 359-361; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 453-455.

⁶²⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 365-366.

⁶³⁰ Dúplica de la Demandada, ¶ 461.

⁶³¹ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 460-461.

decisión de intervenir Electricaribe,⁶³² y que la decisión fue proporcionada, razonable y, por consiguiente, no arbitraria;⁶³³

- *De manera no discriminatoria:* La Demandada niega que las Demandantes hayan presentado pruebas de discriminación que cumplan el criterio de discriminación del artículo 4 del Tratado. Además, reiteran que las Demandantes no han identificado una empresa de comparación adecuada para fundamentar sus reclamaciones por discriminación;⁶³⁴
- *Indemnización pronta, adecuada y efectiva:* La Demandada reitera que las Demandantes recibirán el valor de sus acciones en Electricaribe después de la liquidación, que deberá completarse aproximadamente 6 meses después de la subasta que se celebró el 20 de marzo de 2020.⁶³⁵ En su Dúplica, la Demandada explica que la venta se ha retrasado mientras determinaba la mejor forma de proceder. Finalmente, decidió tomar varias medidas para, según afirma, hacer más atractiva la venta de la Compañía. En este mismo sentido, la Demandada insiste en que tiene un incentivo para asegurar un alto precio de venta, ya que tiene una participación del 6,56% en la Compañía. Añade que ha invertido significativamente en Electricaribe desde la intervención, sin duda aumentando el valor de la Compañía.⁶³⁶ La Demandada también niega que las supuestas vulneraciones del Tratado que se produjeron con anterioridad a la intervención afecten a la indemnización de las Demandantes y, en cualquier caso, niega haber infringido el Tratado en modo alguno.⁶³⁷

c. El Análisis del Tribunal

(i) Expropiación Ilícita

522. En virtud del artículo 4 del Tratado, Colombia tiene prohibido expropiar la inversión de las Demandantes a menos que se cumplan las cuatro condiciones establecidas en dicho artículo. Como han alegado las Demandantes, el Tratado establece que

⁶³² Memorial de Contestación, ¶ 367; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 463-464.

⁶³³ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 464-465.

⁶³⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 368-369; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 466-470.

⁶³⁵ Memorial de Contestación, ¶ 370.

⁶³⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 472, 474-476.

⁶³⁷ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 473, 476.

una expropiación será ilegal a menos que se lleve a cabo para fines de utilidad pública, de conformidad con el debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y si va acompañada de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

523. Sin embargo, como ha alegado la Demandada, actualmente es un principio bien establecido del derecho internacional que los Estados no están obligados a pagar una indemnización a los inversionistas por los daños causados por actos regulatorios de buena fe.⁶³⁸ Este principio se conoce también como la doctrina de los poderes de policía. Como señala además la Demandada, los poderes de policía del Estado se reconocen expresamente en el artículo 11 del Tratado aplicable en este caso.
524. El laudo final en *Saluka* es ampliamente considerado como anexo principal de la doctrina de los poderes de policía. El tribunal en ese caso describió el principio de la siguiente manera:

*En la actualidad, el derecho internacional establece que los Estados no están obligados a pagar una indemnización a un inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, adoptan de manera no discriminatoria regulaciones de buena fe que tienen por objeto el bienestar general.*⁶³⁹ [Traducción del Tribunal]

525. En consecuencia, actualmente se acepta comúnmente que la privación de los derechos de un inversionista en su inversión que lleve a cabo un Estado como resultado de un ejercicio válido del poder regulatorio no se considerará una expropiación indemnizable.⁶⁴⁰
526. Sin embargo, como observó además el tribunal de *Saluka*, no hay una línea clara en el derecho internacional entre las regulaciones no indemnizables y otras privaciones que se considerarán expropiatorias y, por lo tanto, indemnizables si

⁶³⁸ Ver en particular, Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶¶ 253-265; Anexo RLA-15, *Invesmart*, ¶ 498.

⁶³⁹ Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 255.

⁶⁴⁰ Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶¶ 261-262.

se llevan a cabo de manera ilícita. Corresponde al Tribunal determinar, teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, si un ejercicio por lo demás lícito de la autoridad regulatoria puede convertirse en una expropiación ilícita e indemnizable.⁶⁴¹

527. Las Demandantes no parecen cuestionar que la doctrina de los poderes de policía es ampliamente reconocida y aplicada en los casos de inversiones internacionales. Sin embargo, discuten que el principio se aplica para proteger a Colombia de la responsabilidad de la obligación de proporcionar una indemnización por la administración forzosa de Electricaribe en este caso. Señalan que los poderes de policía del Estado sólo pueden invocarse cuando la acción del Estado sea un ejercicio auténtico de la autoridad regulatoria; en otras palabras, los poderes de policía sólo protegen al Estado de los ejercicios de la autoridad regulatoria que no sean arbitrarios o discriminatorios.⁶⁴²
528. Considerando lo anterior, el Tribunal tiene la tarea de determinar si la decisión de la SSPD de poner a Electricaribe bajo intervención constituye un ejercicio válido del poder regulatorio de Colombia, o si más bien “cruza la línea” y, por lo tanto, debe considerarse un acto expropiatorio ilegal que es indemnizable en virtud del Tratado. Para determinar si las acciones de Colombia “cruzaron la línea”, el Tribunal debe considerar todas las circunstancias pertinentes.
529. El Tribunal reitera sus conclusiones sobre las circunstancias de la decisión de Colombia de intervenir Electricaribe. Colombia ejerció su potestad en virtud de los artículos 59.1 y 59.7 de la Ley 142. Basó su decisión, en particular, en la conclusión de que, al 14 de noviembre de 2016, Electricaribe ya no podía cumplir sus obligaciones financieras relativas a la compra de energía en el mercado de la energía.

⁶⁴¹ Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶¶ 263-264.

⁶⁴² Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶ 255; Anexo CLA-113, *UP (anteriormente Le Chèque Déjeuner) y C.D Holding Internationale c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/13/35, Laudo, 9 de octubre de 2018, ¶ 415.

530. Como el Tribunal ha señalado anteriormente, la SSPD se basó en un conjunto considerable de pruebas que confirmaban que Electricaribe no podía cumplir sus obligaciones financieras.⁶⁴³ La información en la que se basó la SSPD se detalla en su resolución que ordena la intervención.⁶⁴⁴ Además, y como también se ha mencionado anteriormente, el Sr. Aranda, al testificar en la audiencia en nombre de Gas Natural, confirmó que, en el momento de la intervención de la SSPD, Electricaribe no podía cumplir sus obligaciones financieras.⁶⁴⁵
531. La Demandada ha explicado que la decisión de Colombia de poner a Electricaribe bajo intervención evitaría los riesgos asociados con los incumplimientos de las obligaciones de pago de la Compañía. La Demandada señala dos de esos riesgos: (i) un “riesgo sistémico” en el mercado mayorista de energía causado por los efectos secundarios relacionados con el incumplimiento de Electricaribe, y (ii) los recortes de energía (o apagones programados) de conformidad con los procedimientos de limitación de suministro iniciados como resultado del impago de Electricaribe.
532. En estas circunstancias, y como se ha descrito anteriormente, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que las condiciones establecidas en el artículo 59 de la Ley 142 se cumplían claramente. De ello se desprende que la decisión de la SSPD de poner a Electricaribe bajo intervención constituyó un ejercicio válido y de buena fe de su potestad reglamentaria.
533. El Tribunal agrega que la Ley 142 formaba parte del marco regulatorio que existía en el momento en que Gas Natural invirtió en Electricaribe. Por lo tanto, la posibilidad de que la Compañía fuese intervenida en un escenario en el que Electricaribe no pudiese cumplir con sus obligaciones financieras, formaba parte

⁶⁴³ Esto incluía proyecciones de flujo de caja para noviembre y diciembre de 2016 basadas en su propio análisis, en la opinión de terceros expertos financieros, Ágora; correspondencia de XM, que actúa como administrador y operador del MEM; correspondencia de la propia Compañía que no pudo cumplir sus obligaciones financieras; correspondencia de los auditores de Electricaribe, Deloitte.

⁶⁴⁴ Anexo C-2, Resolución Administrativa de Intervención, 14 de noviembre de 2016, ¶¶ 8-17.

⁶⁴⁵ Transcripción de la Audiencia, Día 2, p. 587, 13 - 21; Ver también Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 112.

del marco regulatorio existente en el momento de la inversión de los Demandantes.

534. Las Demandantes también sostienen que la Demandada ha exagerado los riesgos relacionados con el incumplimiento de sus obligaciones de pago en el mercado de la energía. En opinión del Tribunal, el expediente establece claramente que los posibles incumplimientos de Electricaribe planteaban al menos cierto grado de riesgo para un servicio público esencial. No corresponde al Tribunal adivinar en segundo lugar la toma de decisiones de fondo de la SSPD y determinar si, como cuestión de buena práctica regulatoria, existía un nivel de riesgo suficiente para justificar la intervención. Basta con que el Tribunal determine que la toma de posesión era permisible con arreglo al marco regulatorio vigente y que la decisión estuvo razonablemente respaldada por las pruebas de que disponía la SSPD en ese momento.
535. En vista de lo anterior, el Tribunal considera, con base en la totalidad de las pruebas que se le han presentado, que la administración forzosa de Electricaribe fue un acto de buena fe y permisible dentro de las potestades reglamentarias de Colombia. Por lo tanto, la medida no es indemnizable en virtud del artículo 4 del Tratado.

(ii) Indemnización mediante el Proceso de Liquidación

536. Habida cuenta de las conclusiones anteriores, el Tribunal toma nota de las presentaciones de la Demandada según las cuales los Demandantes tendrán derecho a recuperar su parte del producto de la venta de Electricaribe.⁶⁴⁶
537. Como se ha mencionado anteriormente (sección III(E)), la SSPD determinó por resolución de fecha 17 de marzo de 2016, que el propósito de la intervención era liquidar la Compañía.⁶⁴⁷ Por lo tanto, se inició un proceso de subasta, de acuerdo

⁶⁴⁶ Ver, por ejemplo, Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 156.

⁶⁴⁷ Anexo C-3, Resolución No. SSPD-20171000005985, 14 de marzo de 2017, p. 6.

con el cual se realizaría una subasta pública el 20 de marzo de 2020.⁶⁴⁸ La Demandada declaró en su Escrito Posterior a la Audiencia que se esperaba que la venta se cerrara y que la liquidación se produjera en un plazo de seis meses a partir del 20 de marzo de 2020.

538. En general, el Tribunal no ha recibido pruebas relativas al proceso de liquidación o subasta. Por ejemplo, el Tribunal no tiene información sobre el número de ofertas recibidas, la identidad del licitador ganador, el precio de venta, el producto que pueden recuperar las Demandantes, etc. El Tribunal tampoco tiene información sobre si la pandemia del Covid-19 ha afectado los plazos previstos para el cierre.
539. A este respecto, el Tribunal observa que las Demandantes no han presentado argumentos a este Tribunal en relación con ninguna irregularidad en el proceso de subasta. En su escrito, las Demandantes afirman que hasta esa fecha (31 de marzo de 2020) no habían recibido información sobre el precio de venta u otros detalles pertinentes.⁶⁴⁹
540. No obstante, las Demandantes han impugnado la afirmación de que el proceso de subasta proporcionaría una indemnización adecuada por varias razones, que se examinan a continuación.
541. Primero, en su Escrito Posterior a la Audiencia, las Demandantes indican que la decisión de Colombia de liquidar fue arbitraria y desproporcionada.⁶⁵⁰ El Tribunal se remite a su análisis sobre este punto, arriba, según el cual no encontró ningún fundamento para concluir que la decisión de la SSPD de liquidar la Compañía fuera arbitraria o desproporcionada.
542. Segundo, las Demandantes sostienen que el producto de la venta de Electricaribe no alcanzará a proporcionar “una indemnización pronta, adecuada y efectiva”

⁶⁴⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 156.

⁶⁴⁹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 220.

⁶⁵⁰ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 200-202.

como se exige en el artículo 4(1) del Tratado.⁶⁵¹ Dado que el Tribunal ha determinado que la administración forzosa constituyó un ejercicio de buena fe de la potestad reglamentaria del Estado, las condiciones de la expropiación legítima con arreglo al artículo 4 del Tratado, incluida la condición de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, no son pertinentes para el análisis.

543. Dicho esto, el Tribunal reconoce que el período entre la decisión de la SSPD de proceder a la liquidación en marzo de 2017 y la subasta pública que debía tener lugar 3 años después, en marzo de 2020, es bastante largo. La Demandada ha declarado que “esperaba celebrar la subasta antes, pero su diligencia previa a la subasta reveló que, al final, ningún potencial comprador expresó interés en adquirir Electricaribe”.⁶⁵² A este respecto, la Demandada se refiere a las proyecciones de la FDN de que era necesario un alto nivel de inversión a corto plazo para llevar a la Compañía a la rentabilidad a largo plazo.⁶⁵³
544. Si bien el Tribunal expresa cierta preocupación por la duración del proceso de subasta, no tiene base para concluir que este proceso se ha visto empañado por alguna forma de irregularidad. Una vez más, la posibilidad de que la intervención de la Compañía se imponga en condiciones similares a las que prevalecían en noviembre de 2016 forma parte del marco regulatorio en el que invirtieron las Demandantes.⁶⁵⁴ Ese mismo marco preveía la posibilidad de que la intervención diera lugar a la liquidación por subasta. La subasta es un proceso regulado y las Partes no han presentado ninguna prueba o argumento en relación con este proceso. En estas circunstancias, especialmente cuando no se ha planteado ninguna reclamación⁶⁵⁵ relativa a una vulneración de las garantías procesales reglamentarias en el procedimiento de subasta u otra irregularidad procesal grave,

⁶⁵¹ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶¶ 221-224; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 363-365.

⁶⁵² Dúplica de la Demandada, ¶ 553.

⁶⁵³ Ver, por ejemplo, Declaración Testimonial Sandoval, ¶ 21.

⁶⁵⁴ Ver Anexo C-56, Ley No. 142 de 1994, art. 60, p. 174; Anexo R-74, Decreto No. 663 de 1993, art. 116(2).

⁶⁵⁵ El Tribunal reconoce que las Demandantes pueden no haber estado en condiciones de presentar ninguna de esas reclamaciones si no tuvieron acceso a la información y los documentos relativos al proceso de subasta (ver Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 220).

el Tribunal no ve ninguna razón para interferir en una subasta ordinaria realizada de conformidad con la ley.

545. Por último, las Demandantes también sostienen que el proceso de subasta no les indemnizará por el perjuicio causado por la supuesta ineficacia del marco regulatorio y el hecho de que Colombia no haya aplicado las denominadas medidas del Plan de Acción 2014 y no haya actualizado la tarifa de distribución en 2015.⁶⁵⁶ La respuesta a esto es simplemente que el Tribunal no considera que Colombia haya infringido sus obligaciones en virtud del Tratado en estos aspectos, como se ha analizado ampliamente más arriba.
546. En estas circunstancias, el Tribunal toma nota del compromiso de la Demandada de devolver a las Demandantes su participación en el producto de la venta de Electricaribe de conformidad con el procedimiento de liquidación ordenado en la resolución de la SSPD de 14 de marzo de 2017,⁶⁵⁷ y el proceso de subasta de conformidad con la misma. El Tribunal también desea aclarar que en el contexto del presente arbitraje no se ha presentado ninguna reclamación, argumento o prueba en relación con ningún defecto de procedimiento en el proceso de subasta ni ninguna otra infracción de las obligaciones de Colombia en virtud del Tratado en relación con el proceso de subasta.

(4) Supuesta Falta de Protección y Seguridad Plenas

a. Posición de las Demandantes

547. Refiriéndose, entre otras cosas, a la decisión en el asunto *Biwater Gauff c. Tanzania*, las Demandantes sostienen que el estándar de PSP establecida en el artículo 2(3) del Tratado se extiende a la seguridad tanto física como jurídica de su inversión.⁶⁵⁸ Esto es tanto más cierto, según las Demandantes, cuanto que el estándar de PSP de que se trata se refiere a la protección y la seguridad “plenas”,

⁶⁵⁶ Escrito de las Demandantes Posterior a la Audiencia, ¶ 225; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 385-388(a).

⁶⁵⁷ Anexo C-3, Resolución No. SSPD-20171000005985, 14 de marzo de 2017.

⁶⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 338-339; Anexo CLA-13, *Biwater Gauff*, ¶ 729.

y está contenida en el mismo artículo del Tratado que la disposición sobre el estándar de TJE.⁶⁵⁹

548. Refiriéndose a la decisión en el caso *Siemens c. Argentina*, las Demandantes sostienen que la seguridad jurídica se relaciona con la certeza en las normas del sistema legal y en la aplicación de dichas normas.⁶⁶⁰ Además, sostienen que la norma no requiere una prueba de la culpa por parte del Estado, sino más bien una “mera falta o ausencia de diligencia”.⁶⁶¹ [Traducción del Tribunal] Las Demandantes sostienen que Colombia vulneró el estándar de PSP en la medida en que tomó medidas insuficientes para salvaguardar a Electricaribe de las pérdidas debidas al robo de electricidad, así como para proteger la seguridad física de la Compañía, citando ocasiones en las que sus empleados sufrieron violencia al intentar llevar a cabo trabajos de la Compañía.⁶⁶² Las Demandantes sostienen que Colombia no proporcionó seguridad jurídica por no haber aplicado las medidas regulatorias que las Demandantes han destacado a lo largo de sus presentaciones.⁶⁶³

b. Posición de la Demandada

549. La Demandada sostiene que los tribunales internacionales suelen interpretar que el estándar de PSP se aplica únicamente a la seguridad física,⁶⁶⁴ y que las reclamaciones de las Demandantes en relación con la seguridad jurídica deben desestimarse únicamente sobre esta base. En cualquier caso, la Demandada afirma que ha actuado de acuerdo con la legislación colombiana.⁶⁶⁵

550. Con respecto a las reclamaciones de seguridad física de las Demandantes, la Demandada señala que los tribunales internacionales suelen poner una vara alta

⁶⁵⁹ Réplica de las Demandantes, ¶¶ 374-376.

⁶⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 340; Anexo CLA-62, *Siemens*, ¶ 303.

⁶⁶¹ Memorial de Demanda, ¶ 340; Anexo CLA-6, *Asian Agricultural Products Ltd. c. República de Sri Lanka*, Caso CIADI No ARB/87/3, Laudo Final, 27 de junio de 1990, (“AAPL”), ¶ 77.

⁶⁶² Memorial de Demanda, ¶ 341; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 379-380.

⁶⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 342; Réplica de las Demandantes, ¶ 378.

⁶⁶⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 372-373; Dúplica de la Demandada, ¶¶ 480-483.

⁶⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶ 373; Dúplica de la Demandada, ¶ 485.

para encontrar una vulneración de la obligación de PSP de un Estado. El estándar de PSP, afirma la Demandada, tiene por objeto proteger la integridad física de una inversión contra la interferencia del uso de la fuerza, los disturbios civiles y la violencia física. La Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes en relación con la seguridad física no están probadas, y que en cualquier caso no caerían en el ámbito de las obligaciones de PSP de Colombia.⁶⁶⁶

c. El Análisis del Tribunal

551. El artículo 2(3) del Tratado establece la obligación de Colombia de proporcionar “plena protección y seguridad” a la inversión de Gas Natural en términos claros:

Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad, no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones.⁶⁶⁷

552. Las Partes discuten si el estándar de PSP establecida en el Tratado se extiende a la “seguridad jurídica”. Las Partes también discrepan sobre la naturaleza e intensidad del daño físico a una inversión que un Estado está obligado a proteger en virtud del estándar de PSP. El Tratado no contiene ninguna orientación clara al respecto. Sin embargo, las Partes se han referido a varias decisiones de tribunales internacionales de inversión sobre estos puntos.

553. En apoyo de la afirmación de que el estándar de PSP se extiende a la “seguridad jurídica”, las Demandantes se basan en varios casos, incluyendo el caso de *Siemens c. Argentina*. Las Demandantes señalan que el tribunal de *Siemens* definió la seguridad jurídica como la “cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su

⁶⁶⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 376-377; 487-489.

⁶⁶⁷ Anexo C-1, Tratado, art 2(3), (énfasis añadido).

aplicación”.⁶⁶⁸ Como se desprende del caso, el tratado aplicable en Siemens hacía referencia expresa a la “seguridad jurídica”. En estas circunstancias, no está claro que Siemens ofrezca una analogía útil.

554. Dicho esto, en otros casos citados por las Demandantes se ha interpretado que la norma de protección y seguridad plenas incluye la “seguridad jurídica” a pesar de la ausencia de una referencia expresa al concepto de seguridad jurídica en el tratado aplicable. Estos casos también parecen equiparar el concepto de “seguridad jurídica” a la obligación de un Estado de proporcionar estabilidad en el entorno regulatorio y legal.
555. Por ejemplo, el tribunal de *Azurix* consideró que la noción de protección y seguridad plenas se extendía más allá de la protección contra la violencia física. Esta conclusión se basó, en particular, en una aparente interconexión en el tratado entre los principios de protección y seguridad plenas y el trato justo y equitativo, dado que ambos principios se expresaban en la misma cláusula del tratado. Por consiguiente, el tribunal en el caso *Azurix c. Argentina* determinó que el estándar de PSP expresada en el tratado aplicable en ese caso se extendía a la seguridad jurídica, que definió como “la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro”.⁶⁶⁹
556. En el presente caso, las Demandantes no alegan que Colombia no haya proporcionado estabilidad en el entorno regulatorio. De hecho, no se discute entre las Partes que el entorno regulatorio existente en el momento de la inversión inicial

⁶⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶ 340. Citando Anexo CLA-62, *Siemens*, ¶ 303. El Tribunal observa que, en *Siemens*, el tratado aplicable se refería expresamente a la protección de la “seguridad jurídica” (ver Anexo CLA-62, *Siemens* ¶ 286).

⁶⁶⁹ Anexo CLA-7, *Azurix* ¶ 408; véanse también otras decisiones en las que se basaron las Demandantes, entre ellas la de *Biwater Gauff* (Anexo CLA-13), en la que se resumen las conclusiones del tribunal del caso *Azurix* de la siguiente manera: “el contenido de la norma puede extenderse a asuntos distintos de la seguridad física. Implica la garantía de estabilidad del Estado en un entorno seguro, tanto físico como comercial y jurídico”. En el caso *National Grid c. Argentina*, otro caso invocado por las Demandantes (Anexo CLA-46), el Tribunal se refirió a una vulneración de la “seguridad jurídica” de la siguiente manera “el Tribunal concluye que los cambios introducidos en el Marco Regulatorio por las Medidas, que realmente lo desmantelaron, y la incertidumbre reinante durante los dos años previos a la venta de sus acciones en Transener, respecto de cualquier posible indemnización en razón del impacto sufrido por la inversión de la Demandante a consecuencia del impacto de las Medidas, son contrarios a la protección y seguridad constante que la Demandada acordó otorgar a las inversiones en virtud del Tratado”. (Anexo CLA-46, ¶ 189, énfasis añadido). Como muestra el pasaje subrayado, el tribunal en ese caso interpretó la seguridad como estabilidad en el sentido de protección contra los cambios que desmantelan el marco regulatorio aplicable.

de las Demandantes se mantuvo sin cambios durante el período 2008-2016 (con sujeción al argumento de las Demandantes sobre el impacto de ciertas decisiones de la Corte Constitucional relativas al cobro de la deuda de los barrios, que se examina más adelante en el párrafo 533. Las Demandantes no impugnan aquí una inestabilidad en el entorno regulatorio. En todo caso, las Demandantes sostienen que el entorno regulatorio no fue modificado con la suficiente rapidez. Por consiguiente, las Demandantes no establecen un incumplimiento de la “seguridad jurídica” en el sentido -como definieron el principio los tribunales de *Siemens* y *Azurix*- de proporcionar “estabilidad” y un “entorno de inversión seguro”.

557. Las reclamaciones de las Demandantes relativas a la seguridad jurídica se basan más bien en las mismas cuestiones que las que fundamentan sus reclamaciones de TJE.⁶⁷⁰ Entre ellas figuran las presuntas vulneraciones del derecho colombiano e internacional por parte de Colombia al no aplicar las medidas del Plan de Acción 2014, el impago de las deudas de las entidades públicas y de los barrios subnormales, el pago tardío e incompleto de los subsidios y la no actualización oportuna de la tarifa de distribución en 2015. El tribunal ha llegado a la conclusión de que Colombia no infringió ninguna de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado en relación con estas cuestiones.
558. El tribunal de *Azurix* determinó que la noción de seguridad jurídica vinculada al estándar de PSP se deriva de la estrecha interconexión entre el estándar de PSP y el estándar de TJE. Existe una interconexión similar en el Tratado aplicable en el presente caso, basada especialmente en el hecho de que estas dos normas aparecen en el mismo artículo 2(3) del Tratado. Dada esta estrecha interconexión, el Tribunal desestimaría las reclamaciones de las Demandantes por infracción del

⁶⁷⁰ Memorial de Demanda, ¶ 342; Réplica de las Demandantes, ¶ 278.

Tratado en virtud del estándar de PSP, del mismo modo que desestimó las reclamaciones de las Demandantes por TJE basadas en los mismos hechos.⁶⁷¹

559. En estas circunstancias, incluso asumiendo que la plena protección y la seguridad previstas en el artículo 2(3) del Tratado se extienden a la “seguridad jurídica” (que el Tribunal no decide), el Tribunal no tiene base para concluir que Colombia violó esta norma. En consecuencia, el Tribunal concluye que Colombia no infringió ninguna de las obligaciones del Tratado bajo el estándar de PSP en lo que se refiere a las reclamaciones de seguridad jurídica de las Demandantes.
560. Las Demandantes presentan otras reclamaciones bajo el estándar de PSP relacionadas con la seguridad física de los bienes de las Demandantes. Estas reclamaciones se relacionan con la supuesta falta de protección de Colombia a Electricaribe de las pérdidas relacionadas con el robo y el fraude de electricidad. También se relacionan con la supuesta falta de provisión por parte del Estado de un entorno físicamente seguro para la operación de la Compañía debido, por ejemplo, a las limitaciones en la facultad de la Compañía para suspender el servicio a los usuarios morosos y a la falta de respuesta efectiva del Estado a la intimidación por parte de los usuarios a los empleados de la Compañía.
561. En opinión del Tribunal, las pruebas presentadas por las Demandantes en respaldo de estas reclamaciones simplemente no establecen una infracción de las obligaciones de Colombia en virtud del Tratado, según el estándar de PSP.
562. Como dejaron claro los anexos en los que se basan las Demandantes, existe ahora un reconocimiento común entre los tribunales internacionales de que el estándar de PSP es de diligencia debida. Esto significa que la PSP no es un estándar de responsabilidad absoluta por el que se compromete automáticamente

⁶⁷¹ Anexo CLA-7, *Azurix*, ¶¶ 406-407. Ver especialmente la referencia del tribunal al análisis en *Occidental* según el cual un hallazgo de que el estado había infringido el estándar de TJE hizo que el análisis bajo el estándar de PSP fuera discutible (¶ 407).

la responsabilidad de un Estado basándose en pruebas de que la inversión del inversionista sufrió una pérdida física.⁶⁷²

563. Para determinar una infracción, el Tribunal debe comparar la conducta del Estado con una norma objetiva de diligencia y determinar que la conducta del Estado no cumplió con dicha norma. Si bien el estándar no puede exigir al inversionista que demuestre dolo o negligencia,⁶⁷³ el Estado tiene una obligación que no es “inferior al nivel mínimo de vigilancia y de cuidado requerido por el derecho internacional”.⁶⁷⁴ Además, como determinó el tribunal de *Saluka*, el estándar “se aplica esencialmente cuando la inversión extranjera se ha visto afectada por conflictos civiles y violencia física” y “no pretende cubrir cualquier tipo de perjuicio de la inversión de un inversionista, sino proteger más específicamente la integridad física de una inversión contra la interferencia mediante el uso de la fuerza”.⁶⁷⁵ [Traducción del Tribunal]
564. Aquí, el Tribunal considera que no hay base para concluir que las acciones de Colombia no cumplieron con el estándar de PSP descrito en estos anexos.
565. En lo que respecta a las reclamaciones de las Demandantes por pérdidas operacionales debidas al fraude en el sector de la electricidad y a la morosidad en los pagos, el expediente establece claramente que estas cuestiones existían en el momento de la inversión de las Demandantes. Las mismas Demandantes se refieren a los daños causados por estas cuestiones como “pérdidas operacionales”.⁶⁷⁶ De hecho, la implicación de estas presentaciones es clara: el fraude y la delincuencia son (desafortunadamente) simplemente una realidad de hacer negocios en el negocio de distribución y venta minorista de energía en

⁶⁷² Ver, por ejemplo, la discusión del tribunal en *Frontier Petroleum* sobre este punto, citando en particular la decisión en *Elsi*: Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum* ¶¶ 268-269; Anexo CLA-63, *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 7 de diciembre de 2011, ¶ 322; Anexo CLA-30, *Elsi*, ¶ 111.

⁶⁷³ Anexo CLA-6, *AAPL*, ¶ 77.

⁶⁷⁴ Anexo CLA-3, *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, Caso CIADI No. ARB/93/1, Laudo, 21 de febrero de 1997, ¶ 6.06; Anexo CLA-30, *Elsi*, ¶ 111.

⁶⁷⁵ Anexo CLA-58, *Saluka*, ¶¶ 483-484.

⁶⁷⁶ Memorial de Demanda, ¶ 341.

Costa Caribe. Este simplemente no es el tipo de daño contra el cual un estado está obligado a proporcionar protección de acuerdo con el estándar de PSP, en cuyo defecto incurriría en responsabilidad conforme al Tratado. En cualquier caso, las Demandantes no han demostrado cómo ha cambiado la conducta de Colombia en relación con el fraude de electricidad y la morosidad de los pagos desde antes de que Gas Natural invirtiera en la Compañía.

566. En cuanto a la pretensión de las Demandantes de que Colombia no proporcionó un entorno físicamente seguro, en opinión del Tribunal, esta reclamación tampoco tiene fundamento. El primer ejemplo que ofrecen las Demandantes en apoyo de esta reclamación se refiere a la dificultad que tuvo la Compañía para suspender el servicio a los usuarios morosos. Sobre este punto, las Demandantes han evocado una decisión de 2012 de la Corte Constitucional de Colombia que extendió la prohibición de suspender el servicio a cualquier punto de conexión que proporcionara servicio a un solo usuario protegido constitucionalmente.⁶⁷⁷ Las Demandantes no alegan que el poder judicial no haya ejercido el debido proceso en relación con esta decisión, y no hay ninguna sugerencia de que sea de alguna manera inválida o incompatible con la legislación colombiana.
567. El Tribunal se basa para ello en el análisis del tribunal de *Frontier Petroleum* sobre la responsabilidad del Estado en virtud del estándar de PSP para los actos del poder judicial:

*Incluso una decisión que, a los ojos de un observador externo, como un tribunal internacional, sea “errónea”, no conduciría automáticamente a la responsabilidad del Estado mientras los tribunales hayan actuado de buena fe y hayan llegado a decisiones razonablemente defendibles. En particular, el hecho de que la protección podría haber sido más eficaz, desde el punto de vista del procedimiento o del fondo, no significa automáticamente que se haya violado la norma de protección y seguridad plenas.*⁶⁷⁸ [Traducción del Tribunal]

⁶⁷⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 59-61.

⁶⁷⁸ Anexo CLA-33, *Frontier Petroleum*, ¶ 273.

568. Por consiguiente, el hecho de que la Corte Constitucional haya dictado una decisión que dificultó que Electricaribe cortara el servicio a los usuarios morosos, no implica, sin más, una infracción del estándar de PSP. Tampoco el hecho de que la decisión de la Corte Constitucional confiriera al gobierno la obligación de aumentar la protección de la inversión de las Demandantes. Esto es aún más cierto dado que, como se mencionó anteriormente, el fraude de electricidad y la morosidad en los pagos fueron ostensiblemente (y desafortunadamente) parte de la actividad comercial en los sectores de venta minorista y distribución de electricidad en Costa Caribe mucho antes de la inversión de las Demandantes.
569. Por último, las Demandantes se refieren a los actos de violencia e intimidación cometidos contra los empleados de la Compañía, incluidas las situaciones en que los empleados fueron heridos y detenidos por los usuarios.⁶⁷⁹ En apoyo de dichas reclamaciones, las Demandantes se remiten a notas periodísticas en las que se detallan casos de agresiones contra empleados de la Compañía, daños a vehículos de la Compañía y atracos a empleados de la Compañía.⁶⁸⁰
570. El Tribunal desea expresar su preocupación por estas pruebas y no desea en modo alguno que se entienda que se desentiende de la situación. Toda agresión, detención o daño a cualquier ser humano es lamentable e intolerable, y esto es aún más cierto cuando las personas se enfrentan a amenazas contra su integridad personal en el curso de su empleo. Dicho esto, el papel del Tribunal aquí es evaluar la conducta del Estado en relación con el estándar de PSP en el Tratado, como se define con más detalle en la jurisprudencia internacional sobre inversiones. En opinión del Tribunal, las presentaciones de las Demandantes no demuestran una conducta que sea incompatible con el estándar.
571. Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia internacional deja claro que la PSP no es un estándar de responsabilidad absoluta. Un inversionista debe demostrar

⁶⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶¶ 63, 233; Réplica de las Demandantes, ¶ 380.

⁶⁸⁰ Anexo C-225, “Este año van 14 ataques que sufren contratistas de Electricaribe en la Región”, *El Heraldo*, 23 de mayo de 2017;; Anexo C-233, “Lo imposible se hizo realidad: usuarios y Electricaribe firmaron pacto de no agresión”, *Semana*, 30 de agosto de 2017; Anexo C-232, “Electricaribe y comunidades de la Costa acordaron un pacto para evitar bloqueos y disturbios por apagones de energía”, *RCN Radio*, 29 de agosto de 2017.

algo más que un perjuicio a su inversión. En particular, el inversionista debe demostrar que la conducta del Estado fue incompatible con un estándar mínimo y objetivo de protección.

572. En este caso, las pruebas presentadas por las Demandantes hacen poco por abordar la conducta del Estado. De hecho, las notas periodísticas mencionadas por las Demandantes como prueba de los daños sufridos por los empleados de la Compañía dejan claro que los agentes de policía tomaron el control de la situación y que las situaciones de violencia estaban siendo investigadas. Otro artículo alude a las reuniones comunitarias celebradas entre la Compañía y los líderes de la comunidad en las que participó un Defensor del Pueblo.⁶⁸¹
573. Por consiguiente, es evidente que hubo al menos alguna respuesta de los funcionarios públicos a estas situaciones de violencia contra los empleados y la propiedad de la Compañía. Las Demandantes alegan que la respuesta fue insuficiente en la medida en que sostienen que las autoridades colombianas “no investigaron adecuadamente estos actos”.⁶⁸² [Traducción del Tribunal] Sin embargo, las Demandantes no proporcionan ningún detalle sobre la realización de las investigaciones en cuestión. El simple hecho de que no se efectuaran detenciones no respalda, sin más, la conclusión de que la conducta de Colombia violó el estándar de PSP. Por lo tanto, el Tribunal no encuentra ningún fundamento para concluir que Colombia infringió su obligación de proporcionar la PSP conforme al Tratado.
574. Considerando todo lo anterior, el Tribunal concluye, con base en su revisión de la totalidad de las pruebas del expediente y de todas las presentaciones de las Partes, que Colombia no ha infringido sus obligaciones del Tratado bajo el estándar de PSP en relación con la inversión de las Demandantes en Electricaribe.

⁶⁸¹ Anexo C-232, “*Electricaribe y comunidades de la Costa acordaron un pacto para evitar bloqueos y disturbios por apagones de energía*”, *RCN Radio*, 29 de agosto de 2017.

⁶⁸² Memorial de Demanda, ¶ 234.

(5) Supuesta Infracción del Estándar de Trato de la Nación Más Favorecida

a. Posición de las Demandantes

575. Las Demandantes basan esta reclamación en los artículos 3(1) y 3(2) del Tratado, que disponen lo siguiente:

1. Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversionista.

2. Ambas Partes Contratantes concederán a los inversionistas de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o, en su caso, la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer Estado, el que sea más favorable al inversionista.

576. Las Demandantes sostienen que la norma NMF puede incumplirse cuando la empresa de propiedad extranjera ha recibido un trato que no difiere del que reciben las empresas locales, pero que afecta de manera desproporcionada a los inversionistas extranjeros.⁶⁸³ Además, alegan que no es necesario establecer una intención discriminatoria. En este caso, las Demandantes señalan los supuestos incumplimientos de Colombia en el pago de las deudas pendientes y los subsidios, la actualización de la tarifa y el tratamiento adecuado de la morosidad y el fraude. Afirman que estas omisiones afectaron desproporcionadamente a Electricaribe en comparación con otras empresas de electricidad que operan en Colombia, incluidos los generadores y transmisores de propiedad colombiana. Las Demandantes señalan que se vieron afectadas de manera desproporcionada por el hecho de que Colombia no aplicara dichas medidas, debido en particular a la

⁶⁸³ Memorial de Demanda, ¶ 345.

idiosincrasia de la base de clientes en la Costa Caribe, incluida la cantidad desproporcionada de usuarios en zonas especiales y estratos inferiores, las altas tasas de morosidad y fraude, y la estructura de la tarifa, que obligó a Electricaribe a asumir la mayor parte del riesgo de morosidad.⁶⁸⁴

b. Posición de la Demandada

577. En respuesta a las reclamaciones de las Demandantes en virtud de las disposiciones sobre trato Nacional y NMF del Tratado, la Demandada reitera su posición con respecto a una conclusión de discriminación: las Demandantes deben probar que recibieron un trato diferente al de un comparador en circunstancias similares sin justificación.⁶⁸⁵ La Demandada niega que las Demandantes hayan establecido alguno de estos criterios.⁶⁸⁶ Además, el impacto desproporcionado es insuficiente, señala la Demandada, para establecer las reclamaciones de las Demandantes basadas en la discriminación, a falta de pruebas de un trato diferencial injustificado basado en la comparación con un comparador conveniente.⁶⁸⁷

c. El Análisis del Tribunal

578. En opinión del Tribunal, y como la Demandada ha mencionado en sus presentaciones, las reclamaciones de las Demandantes con respecto a la norma de la nación más favorecida son, en todos los aspectos sustanciales, idénticas a las reclamaciones relativas a la no discriminación en virtud del estándar de TJE. Las reclamaciones se basan, sobre todo, en los mismos hechos.

579. El Tribunal se remite a su análisis de la reclamación de las Demandantes de que Colombia infringió sus obligaciones en virtud del Tratado porque no actuó en un

⁶⁸⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 346-347; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 381-383.

⁶⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶ 378.

⁶⁸⁶ Dúplica de la Demandada, ¶¶ 492-498.

⁶⁸⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 380-384; Anexo CLA-24, *Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, 15 de enero de 2008, ¶ 117; Anexo CLA-5, *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, 21 de noviembre de 2007, ¶ 196; Anexo CLA-8, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, ¶¶ 389-390.

asunto no discriminatorio como se exige en el estándar de TJE (sección V(B)(2)(c), supra). En consecuencia, desestima las reclamaciones de las Demandantes presentadas con arreglo a la cláusula NMF por las mismas razones que las expuestas anteriormente.

C. CUANTÍA

580. En sus alegatos escritos y orales las Partes abordaron en detalle la cuestión de los daños de las Demandantes. Las Partes también presentaron extensas pruebas sobre este tema, incluyendo informes periciales, y dichos peritos testificaron detalladamente en la audiencia.

581. El Tribunal ha examinado y considerado todos estos escritos y pruebas de apoyo. Sin embargo, teniendo en cuenta los fundamentos que tiene con respecto a las diversas reclamaciones de las Demandantes por incumplimiento del Tratado, no es necesario examinar o analizar la cuestión de los daños.

VI. RECONVENCIONES DE LA DEMANDADA - POSICIONES DE LAS PARTES Y ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

582. La Demandada ha presentado reconvenciones en este arbitraje basadas en sus argumentos de la mala gestión de Electricaribe por parte de las Demandantes. Reclama una indemnización de US\$514,08 millones (más intereses aplicables) en compensación por la pérdida que afirma haber sufrido como resultado de la mala gestión de las Demandantes. Identifica cuatro categorías de daños:

- Los fondos que Colombia se vio obligada a canalizar a la Compañía para mantener las operaciones durante la intervención;
- El impacto negativo en el desarrollo económico de la región del Caribe debido a la mala gestión de las Demandantes y la consiguiente reducción de los ingresos fiscales que Colombia habría esperado recaudar de dicho desarrollo económico perdido;
- Ingresos fiscales de la propia Electricaribe son menores de lo esperado; y

- Reducción del valor de la participación de Colombia en Electricaribe.

583. Las Demandantes objetan la jurisdicción del Tribunal para oír las reconvencciones de la Demandada e impugnar las reconvencciones en cuanto al fondo y cuantía.

A. JURISDICCIÓN

(1) Posición de la Demandada

584. La Demandada afirma que el Tribunal tiene competencia para conocer de sus reconvencciones porque se satisfacen tres criterios necesarios, a saber: (i) el Tratado permite sus reconvencciones, (ii) el reglamento de arbitraje, es decir, el Reglamento de la CNUDMI de 1976, permite a los Estados anfitriones presentar reconvencciones contra los inversionistas, y (iii) existe un nexo razonable entre las reclamaciones de las Demandantes y las reconvencciones de la Demandada.⁶⁸⁸

585. En cuanto al primer punto, la Demandada se basa en el artículo 10(2) del Tratado, que establece la jurisdicción del Tribunal en los siguientes términos:

Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

586. En relación con la frase “toda controversia” que figura al principio de dicho artículo, la Demandada señala que el Tratado utiliza un lenguaje amplio, que debe interpretarse en el sentido de que abarca las reconvencciones de los Estados anfitriones. Basándose, entre otras cosas, en el caso *Saluka c. República Checa*, la Demandada afirma que los tribunales internacionales han interpretado los tratados bilaterales de inversión con un lenguaje igualmente amplio para incluir

⁶⁸⁸ Escrito de la Demandada Posterior a la Audiencia, ¶ 213; Dúplica de la Demandada, ¶ 501; Memorial de Contestación, ¶ 395.

las reconvencciones de los Estados anfitriones.⁶⁸⁹ Sostiene que algunos tribunales han llegado a este resultado incluso en casos en los que el tratado aplicable tenía un texto comparativamente menos amplio.

587. La Demandada impugna las tres objeciones de las Demandantes sobre este punto en la siguiente línea:

- En cuanto al hecho de que el artículo 10(2) del Tratado se refiere a las reclamaciones “del inversionista”, esto constituye simplemente un reconocimiento de que el arbitraje debe ser iniciado por un inversionista, y no elimina la jurisdicción del Tribunal sobre las reconvencciones, lo cual está permitido, señala la Demandada, en razón de la redacción amplia de la disposición;
- En cuanto al argumento de las Demandantes de que las reconvencciones no se basan en una cuestión regulada por el Tratado, la Demandada sostiene que la cuestión fundamental regulada por el Tratado es la inversión de un inversionista, y que las reconvencciones se basan precisamente en dicha cuestión: la gestión de la inversión por parte de las Demandantes;
- En cuanto al argumento de prescripción de las Demandantes, la Demandada niega que el período de prescripción establecido en el artículo 10(5) del Tratado se aplique a las reconvencciones de los Estados anfitriones, sino únicamente al “inversionista”. Cualquier otra interpretación obligaría a un Estado anfitrión a presentar demandas en virtud del Tratado ante el inversionista, lo que, según la Demandada, es ilógico;

588. En cuanto al segundo criterio, la Demandada se basa en el artículo 19(3) del Reglamento de la CNUDMI de 1976, que establece lo siguiente:

En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvencción fundada en el mismo contrato o

⁶⁸⁹ Memorial de Contestación, ¶ 397; Anexo RLA-50, *Saluka Investments B.V. c. La República Checa Republic*, UNCITRAL, Decisión sobre Jurisdicción sobre la Reconvencción de la República Checa, 7 de mayo de 2004 (“*Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción”).

hacer valer un derecho basado en el mismo contrato, a los efectos de una compensación.

589. Señalando nuevamente la decisión de *Saluka*, la Demandada señala que otros tribunales de inversión se han referido a este artículo al aceptar la jurisdicción sobre las reconvenções de los Estados anfitriones en virtud de un tratado de inversión.⁶⁹⁰
590. Con respecto al criterio final, la Demandada señala que existe un “nexo razonable” entre las reclamaciones principales y las reconvenções, como se exige en el artículo 19(3) del reglamento de la CNUDMI de 1976.⁶⁹¹ La Demandada sostiene que la misma cuestión de hecho se aplica tanto a las reclamaciones de las Demandantes como a las reconvenções de la Demandada: “¿Son los Demandantes o la Demandada culpables del fracaso de Electricaribe?”.

(2) Posición de las Demandantes

591. Las Demandantes niegan que el Tratado amplíe el alcance de la jurisdicción del Tribunal para incluir las reconvenções de la Demandada. En cualquier caso, afirman que la mayoría, si no todas, las reclamaciones de Colombia prescribirían, dado el plazo de prescripción de tres (3) años establecido en el artículo 10(5) del Tratado.
592. En cuanto a la jurisdicción *ratione materiae*, las Demandantes se remiten al artículo 10(2) del Tratado, que deja claro, en su interpretación, que la jurisdicción del Tribunal se extiende únicamente a las controversias relativas a las cuestiones regidas por el Tratado. Las Demandantes afirman que la Demandada no explica cómo se relacionan sus reconvenções con una cuestión regida por el Tratado. Las Demandantes sostienen que el Tratado confiere derechos de derecho internacional y protecciones de fondo a los inversionistas calificados y regula la conducta de los Estados en relación con sus inversiones. Sin embargo, en su presentación, no confiere protecciones a los Estados Partes, ni pueden

⁶⁹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 399 (pp. 712).

⁶⁹¹ Memorial de Contestación, ¶ 400.

interpretarse razonablemente los deberes de un inversionista en virtud de la legislación estatal como una cuestión regulada por el Tratado.⁶⁹² Las Demandantes citan la decisión en el caso *Teinver c. Argentina* como un ejemplo en el que un tribunal internacional rechazó el intento del Estado de presentar una reconvencción en una controversia relativa a un tratado de inversión sobre la base de un “nexo razonable” con las reclamaciones del inversionista.⁶⁹³ Solicitan al Tribunal que adopte el mismo enfoque.

593. En cualquier caso, las Demandantes afirman que los artículos 10(2) y 10(5) del Tratado, que se refieren a las controversias del inversionista, deben interpretarse en el sentido de que limitan la jurisdicción del Tribunal a las controversias iniciadas por un inversionista. Ninguna otra disposición del Tratado amplía la jurisdicción del Tribunal a las reconvencciones del Estado anfitrión.⁶⁹⁴
594. Las Demandantes distinguen además uno de los principales casos en que se basó la Demandada, *Saluka*, sobre la base de que el tribunal en aquel caso se basó en el texto concreto del tratado que regía a las partes, que no incluía un texto limitativo relativo a las controversias “por el inversionista”.⁶⁹⁵ Afirman que otros tribunales internacionales se han negado a seguir la decisión del tribunal de *Saluka* sobre la jurisdicción en circunstancias similares.⁶⁹⁶
595. En lo que respecta a la prescripción, las Demandantes se remiten al artículo 10(5) del Tratado, en el que se establece el plazo de prescripción de la siguiente manera:

El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la

⁶⁹² Dúplica de las Demandantes, ¶ 47.

⁶⁹³ Réplica de las Demandantes, ¶ 462; Anexo CLA-66, *Teinver*.

⁶⁹⁴ Dúplica de las Demandantes, ¶ 46; Réplica de las Demandantes, ¶¶ 459-461.

⁶⁹⁵ Réplica de las Demandantes, ¶ 461; Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 21.

⁶⁹⁶ Réplica de las Demandantes, ¶ 461; Anexo CLA-101, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. c. La República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/13/1, Laudo. 22 de agosto de 2017.

presunta vulneración a este Acuerdo, así como de las pérdidas o daños sufridos.

596. Las Demandantes impugnan la afirmación de la Demandada de que este plazo de prescripción sólo se aplica a las reclamaciones del inversionista. Señalan que la interpretación de la Demandada de la disposición sobre limitación es incompatible con su interpretación del artículo 10(2) del Tratado.⁶⁹⁷
597. Según las Demandantes, el efecto de la disposición de prescripción del Tratado es que toda reclamación relativa a una vulneración del Tratado con anterioridad al 4 de diciembre de 2015 ha prescrito. Sin embargo, si el Tribunal acepta la teoría de la Demandada de que la prescripción debe aplicarse a todas las reclamaciones de las que una parte tuvo conocimiento antes de la prescripción, las Demandantes entonces insisten en que todas las reconvenções prescribirían.⁶⁹⁸

(3) El Análisis del Tribunal

598. Las reconvenções de la Demandada en este caso se presentan al amparo del Tratado. Por consiguiente, el Tribunal debe determinar su jurisdicción para conocer y decidir las reconvenções de la Demandada con referencia al consentimiento de las Partes para el arbitraje en virtud del Tratado.
599. No existe una regla clara en la legislación sobre inversiones internacionales en lo que respecta a la admisibilidad, en principio, de las reconvenções de los Estados anfitriones en una controversia sobre inversiones internacionales. La jurisdicción de un tribunal de inversiones sobre las reconvenções de los Estados anfitriones debe determinarse caso a caso, mediante un análisis basado en la redacción del tratado aplicable. Este es el enfoque que han adoptado los tribunales en todos los casos presentados por las Partes en el presente Arbitraje.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Dúplica de las Demandantes, ¶ 49.

⁶⁹⁸ Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 51-52.

⁶⁹⁹ Ver especialmente Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 37-38; Anexo RLA-49, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. el Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011 ("*Paushok*"), ¶ 685; Anexo RLA-52, *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo Final, 15 de diciembre de 2014 ("*Hesham Talaat*"), ¶¶ 659-660.

600. En su decisión separada sobre la jurisdicción en materia de reconvenciones estatales, el tribunal de *Saluka* parece haber adoptado un enfoque en dos etapas para llegar a su decisión. En primer lugar, determinó si las reconvenciones estatales podían, en principio, someterse a la jurisdicción del tribunal conforme al tratado aplicable. En segundo lugar, determinó si las reconvenciones particulares presentadas por el Estado estaban comprendidas en el ámbito de las disposiciones de solución de controversias previstas en el tratado aplicable.⁷⁰⁰
601. En cuanto al primer punto, la admisibilidad en principio de las reconvenciones estatales, la Demandada se basa en particular en la redacción del artículo 10(2) del Tratado, que se refiere en su frase inicial a “[t]oda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante [...]”. Este tipo de redacción amplia es suficiente, según la Demandada, para ampliar, en principio, la jurisdicción de este Tribunal a las reconvenciones de los Estados. La Demandada se refiere a otros casos en los que los tribunales internacionales se han basado en un texto igualmente amplio en un tratado de inversión para concluir que su jurisdicción se extendía a las reconvenciones estatales.
602. Por ejemplo, el tribunal de *Saluka* determinó que su jurisdicción podía en principio extenderse a las reconvenciones de los Estados en virtud del artículo pertinente del tratado aplicable, que dispone lo siguiente:

1. Toda controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante relativa a una inversión de esta última se resolverá, de ser posible, de forma amistosa.

*2. Cada Parte Contratante consiente en someter una controversia a que se refiere el párrafo (1) del presente Artículo a un tribunal arbitral, si la controversia no ha sido resuelta amistosamente.*⁷⁰¹ [Traducción del Tribunal]

⁷⁰⁰ Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 37, 40.

⁷⁰¹ Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 21 (énfasis añadido).

603. En *Saluka*, ambas partes aceptaron que las reconvencciones de los Estados *podían* caer bajo la jurisdicción del tribunal en virtud del lenguaje expreso de dicho artículo. El demandante en ese caso, por ejemplo, previó la posibilidad de que las demandas y reconvencciones se presentaran sobre la base de un contrato de inversión.⁷⁰² Al interpretar la disposición pertinente, el tribunal convino en que el texto del tratado, al referirse a “Toda controversia” era suficientemente amplio para incluir las controversias que dieran lugar a reconvencciones, siempre que se cumplieran otros requisitos pertinentes. Declaró que:

*El texto del artículo 8, al referirse a “toda controversia”, es lo suficientemente amplio como para incluir las controversias que dan lugar a reconvencciones, siempre y cuando, por supuesto, se cumplan también otros requisitos pertinentes. La necesidad de que una controversia, si ha de ser de la competencia del Tribunal, sea “entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante” no implica que el artículo 8 se aplique únicamente a las controversias en las que sea un inversionista el que inicie las reclamaciones.*⁷⁰³ [Traducción del Tribunal]

604. Por consiguiente, el tribunal de *Saluka* parece haber interpretado las frases “toda controversia” y “entre una Parte Contratante y un inversionista” como suficientemente amplias para plantear la posibilidad de que su jurisdicción se extendiera a las reconvencciones de los Estados. El Tribunal desea ser claro: no interpreta que el tribunal de *Saluka* sugiera que en todos los casos la expresión “toda controversia” fundamente necesariamente la jurisdicción de un tribunal internacional de inversiones sobre las reconvencciones de los Estados. Considera más bien que el tribunal de *Saluka* consideró que el texto de “toda controversia” al menos no limita la posibilidad de que la jurisdicción del tribunal se extienda a las reconvencciones de los Estados.

605. Asimismo, es pertinente para el análisis el hecho de que ambas partes en el caso *Saluka* convinieron en que el tratado aplicable podía interpretarse, en principio,

⁷⁰² Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 37-38.

⁷⁰³ Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 39.

como una ampliación de la jurisdicción del tribunal a las reconvenções de los Estados. También es pertinente, en opinión de este Tribunal, considerar el texto del párrafo 2 del artículo pertinente del tratado en el arbitraje de *Saluka*. El texto de dicho artículo establece que “[c]ada Parte Contratante consiente en someter una controversia a que se refiere el párrafo (1)”,⁷⁰⁴ lo que parece contemplar la posibilidad de que una u otra parte pueda someter una controversia a arbitraje bajo el tratado aplicable en ese caso. Como se examina a continuación, dichos factores no se encuentran presentes en este caso.

606. Además, el tribunal de *Saluka* finalmente renunció a su jurisdicción sobre las reconvenções del Estado, porque consideró que éstas no entraban en el ámbito de la disposición sobre solución de controversias establecida en el tratado aplicable.⁷⁰⁵
607. La Demandada también se basa en el caso *Paushok c. Mongolia*⁷⁰⁶ en el que el tribunal siguió el razonamiento de *Saluka*. La disposición pertinente de ese tratado se citó en el laudo como sigue:

Las controversias entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, que surjan en relación con la realización de las inversiones, incluidas las controversias relativas a la cuantía, las condiciones o el método de pago de la indemnización, se resolverán, siempre que sea posible, mediante negociaciones.

Si una controversia no puede resolverse de tal manera en el plazo de seis meses a partir del momento en que se produzca, podrá remitirse a:

[...] ⁷⁰⁷ [Traducción del Tribunal]

608. El tribunal de *Paushok* estableció una analogía entre el lenguaje de “controversias” que aparece en el tratado aplicable en ese caso y el lenguaje de

⁷⁰⁴ Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 21

⁷⁰⁵ Anexo RLA-50, *Saluka*, Decisión sobre Jurisdicción ¶¶ 80-81.

⁷⁰⁶ Anexo RLA-49, *Paushok*.

⁷⁰⁷ Anexo RLA-49, *Paushok*, ¶ 12

“algunas controversias” en el tratado aplicable en el caso *Saluka*. El tribunal de *Paushok* no realizó ningún otro análisis sobre si el tratado en ese caso podía, en principio, interpretarse como una ampliación de la jurisdicción del tribunal a las reconvenciones de los Estados. En última instancia, renunció a la jurisdicción sobre las reconvenciones por falta de conexión suficiente con las demandas principales.

609. La Demandada se basa además en el caso *Hesham c. Indonesia*,⁷⁰⁸ en el que el tribunal llegó a la conclusión de que su jurisdicción se extendía a las reconvenciones estatales. En la disposición pertinente del Acuerdo de la OIC que rige la controversia en dicho caso se hace referencia expresa al derecho de “cada una de las partes” a recurrir al Tribunal de Arbitraje para obtener una decisión definitiva sobre la controversia. La disposición pertinente sobre la solución de controversias también se refería a las decisiones adoptadas contra un inversionista.⁷⁰⁹ Teniendo en cuenta estos factores, *Hesham* proporciona poca orientación al Tribunal en el presente caso.
610. En este caso, la jurisdicción del Tribunal se rige por el artículo 10 del Tratado, que establece el procedimiento de solución de controversias aplicable a las controversias entre una “Parte Contratante e inversionistas de la otra Parte Contratante”.⁷¹⁰ El artículo 10 del Tratado se reproduce in extenso en la sección I(D) supra.
611. El Tribunal observa, como cuestión preliminar, que el Tratado no se refiere expresamente a la posibilidad de reconvenciones estatales. De hecho, la Demandada no se basa en ningún término expreso del Tratado, sino en el texto del artículo 10(2) del Tratado que señala:

2. *Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por*

⁷⁰⁸ Anexo RLA-52, *Hesham Talaat*.

⁷⁰⁹ Anexo RLA-52, *Hesham Talaat*, ¶ 660.

⁷¹⁰ Anexo C-1, Tratado, art. 10.

*el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.*⁷¹¹

612. La Demandada sugiere que, al interpretar esta disposición, este Tribunal debería adoptar el razonamiento de los tribunales de *Saluka* y *Paushok*. Más concretamente, la Demandada sostiene que al utilizar la expresión “toda controversia” en el artículo 10(2) del Tratado, el Tribunal debería considerar que las Partes Contratantes pretendían que la jurisdicción del tribunal se aplicara ampliamente para incluir la jurisdicción sobre las reconvenciones de los Estados.
613. En opinión del Tribunal, el consentimiento para el arbitraje establecido en el artículo 10 del Tratado contiene importantes diferencias con las disposiciones en cuestión de *Saluka* y *Paushok* cuando es leído en su totalidad. Es importante interpretar el consentimiento de las partes al arbitraje en su contexto adecuado.⁷¹²
614. Al interpretar el artículo 10 del Tratado en su totalidad, el Tribunal hace hincapié en los siguientes artículos como especialmente pertinentes en cuanto a la definición del alcance del consentimiento de las partes en el arbitraje y, por consiguiente, la jurisdicción del Tribunal:
- El artículo 10(2), que define los tipos de controversias que pueden someterse a arbitraje, así como la obligación de las partes de intentar resolver primero la controversia mediante la solución amistosa de la misma (reproducido anteriormente);
 - El artículo 10(3), que establece un período de seis meses entre la notificación de la controversia evocada en el artículo 10(2) y la notificación del arbitraje, y que también establece que una controversia puede ser sometida a uno de los tres (3) foros;

⁷¹¹ Anexo C-1, Tratado, art. 10(2), (énfasis añadido).

⁷¹² El Tribunal observa aquí que, en sus presentaciones, ambas Partes parecen abogar por una forma similar de ejercicio interpretativo, aunque ninguna de ellas ha indicado al Tribunal con qué precisión debe guiar el ejercicio interpretativo. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 396-403; Dúplica de la Demandada, ¶ 503; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 46-47.

- El artículo 10(4) del Tratado que establece otras normas relacionadas con la iniciación de un arbitraje, y que establece:

4. Siempre que haya transcurrido el plazo previsto en el apartado 3 y que el inversionista contendiente haya notificado por escrito con 90 días de anticipación a la Parte Contratante su intención de someter la reclamación a arbitraje, el inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje.

*La notificación prevista en este apartado tendrá como fundamento de la reclamación el que la Parte Contratante ha violado una obligación establecida en el presente Acuerdo y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella. [...]*⁷¹³

- El artículo 10(5) que, al fijar el plazo de prescripción, establece que:

*El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta vulneración a este Acuerdo, así como de las pérdidas o daños sufridos.*⁷¹⁴

- El artículo 10(7) del Tratado, que establece un derecho de investigación para la Parte Contratante que no es parte en la controversia, dentro de los “30 días siguientes a la presentación de una reclamación a arbitraje por un inversionista”;⁷¹⁵
- El artículo 10(8) que establece el carácter definitivo de la elección del foro “[u]na vez que el inversionista haya remitido la controversia”;⁷¹⁶
- El artículo 10(9), que establece la legislación aplicable, refiriéndose en particular a la legislación nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
- El artículo 10(10), que establece ciertos límites a las excepciones que puede invocar la Parte Contratante que es parte en la controversia.

⁷¹³ Anexo C-1, Tratado, artículo 10(4) (énfasis añadido).

⁷¹⁴ Anexo C-1, Tratado, artículo 10(5) (énfasis añadido).

⁷¹⁵ Anexo C-1, Tratado, artículo 10(7) (énfasis añadido).

⁷¹⁶ Anexo C-1, Tratado, artículo 10(8) (énfasis añadido).

615. Teniendo en cuenta todas estas disposiciones, el Tribunal considera que el proceso de solución de controversias establecido en el Tratado está definido con bastante precisión. Además, el Tratado se refiere en múltiples ocasiones a las reclamaciones “de un inversionista”, mientras que en ninguna ocasión se refiere a las reconvenções del Estado.
616. La Demandada sugiere que se trata simplemente de una cuestión de procedimiento: el Tratado prevé que el inversionista inicie un arbitraje. Si el arbitraje se inicia correctamente, la Demandada puede a continuación iniciar una reconvenção. Sin embargo, como ya se ha mencionado, la posibilidad de que un Estado interponga una reconvenção no se menciona expresamente en ningún momento en el artículo 10 del Tratado (ni en ninguna otra parte del Tratado). Es dudoso, a juicio de este Tribunal, que, en el contexto de un procedimiento de solución de controversias definido con tanta precisión, las Partes Contratantes hubieran omitido ocuparse de las reconvenções de los Estados si realmente tuvieran la intención de que la jurisdicción de un tribunal arbitral se extendiera a las mismas.
617. Además, varios otros aspectos del artículo 10 socavan el argumento de la Demandada. Por ejemplo, el artículo 10(4) del Tratado define claramente el fundamento de una reclamación con referencia a la violación de las obligaciones de una Parte Contratante en virtud del Tratado y a las pérdidas o daños sufridos por *el inversionista*. Una vez más, no existe una redacción correspondiente en relación con las violaciones por parte del inversionista o las pérdidas de la Parte Contratante. Además, en el artículo 10(10) del Tratado se establecen los límites de las defensas de un Estado, pero tampoco se aborda expresamente la posibilidad de que un Estado presente reconvenções. Por último, como señalan las Demandantes, el artículo 10(2) del Tratado se refiere a cuestiones que “reguladas por el [presente] Acuerdo”, y el Tratado no parece regir las obligaciones de un inversionista conforme a la legislación colombiana en lo que respecta a la gestión de su inversión.

618. Sobre este último punto, la Demandada sostiene que la cuestión planteada en sus reconvencciones se refiere, en general, a la inversión de las Demandantes, que claramente se rige por el Tratado.
619. En opinión del Tribunal, una interpretación del artículo 10(2) tan amplia como la que sugiere la Demandada tendría el efecto de despojar a la disposición de cualquier significado. El Tratado regula claramente varios aspectos definidos de la relación entre el Estado y los inversionistas. Sin embargo, el Tratado simplemente no parece regir la gestión de la inversión por parte del inversionista en un sector regulado de conformidad con los requisitos de la legislación nacional.⁷¹⁷ La Demandada tampoco indica en qué parte del Tratado se aborda tal cuestión.
620. El Tribunal no considera más convincente la afirmación de la Demandada de que, dado que el artículo 10(9) del Tratado se refiere a la legislación nacional como una de las fuentes de derecho aplicable al arbitraje, las obligaciones de un inversionista en virtud de esa legislación en relación con la gestión de su inversión están implícitamente “reguladas por [el Tratado]”. Esta interpretación simplemente no se sustenta en una lectura simple del texto, ni en una lectura contextual del Tratado en su totalidad.
621. Por todas estas razones, el Tribunal concluye que el Tratado no extiende, por principio, la jurisdicción del Tribunal a las reconvencciones de los Estados.
622. Para concluir, el Tribunal observa que algunos otros tribunales han planteado una posible excepción, basada en el razonamiento de *Saluka*, por la que un tribunal internacional puede aceptar la jurisdicción sobre reconvencciones estatales que estén estrechamente relacionadas con la reclamación principal del inversionista,

⁷¹⁷ El Tribunal reconoce que el artículo 2(3) del Tratado establece que “no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones”. Anexo C-1, Tratado, art. 2(3). Esto se refiere claramente a la no obstrucción por parte del Estado receptor, y no a la calidad de la gestión por parte del inversionista. Se pueden hacer observaciones similares sobre el artículo 3(2) del Tratado, en relación con la cláusula de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida.

incluso si el tratado aplicable no extiende expresamente la jurisdicción sobre dichas reconvenções.⁷¹⁸

623. Incluso si el Tribunal aplicara dicha excepción en este caso, no se ha demostrado la estrecha conexión necesaria. Las reconvenções de la Demandada no se basan en las cuestiones subyacentes a las diversas violaciones del Tratado planteadas por las Demandantes. Se basan más bien en la operación general de Electricaribe por parte de las Demandantes en el sector regulado que, según la Demandada, fue incompatible con los requisitos de la legislación nacional colombiana. Ninguna de las reclamaciones de la Demandada se basa en el Tratado, y mucho menos en las obligaciones del Tratado afirmadas por las Demandantes. Además, la indemnización solicitada por la Demandada en sus reconvenções es de naturaleza diferente y se basa en fundamentos de hecho y de derecho distintos de la indemnización solicitada por las Demandantes en las reclamaciones principales. En estas circunstancias, el Tribunal no considera que las reconvenções de la Demandada guarden una relación suficientemente estrecha con las reclamaciones de las Demandantes como para justificar que el Tribunal acepte la competencia sobre dichas reconvenções con carácter excepcional y a pesar de la formulación expresa que figura en el Tratado.
624. Por todas estas razones, el Tribunal concede a las Demandantes sus objeciones de jurisdicción y concluye que no tiene jurisdicción sobre las reconvenções de la Demandada. Por lo tanto, renuncia a su jurisdicción sobre estas reconvenções y se abstiene de pronunciarse sobre las cuestiones de fondo planteadas en ellas.

B. RESPONSABILIDAD Y CUANTÍA

625. Dada la falta de jurisdicción del Tribunal con respecto a las reconvenções de la Demandada, es innecesario examinar o abordar las extensas presentaciones y pruebas de las Partes relativas a la supuesta responsabilidad de las Demandantes

⁷¹⁸ Ver, por ejemplo, Anexo RLA-53, *Oxus Gold plc c. República de Uzbekistán*, CNUDMI, Laudo Final, 17 de diciembre de 2015 ("*Oxus Gold*"), ¶ 952.

o la cuantía de los supuestos daños y perjuicios de la Demandada en sus reconvencciones.

VII. COSTAS

626. Este arbitraje se inició de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 15 de diciembre de 1976 (“Reglamento de la CNUDMI”). Como tal, la decisión del Tribunal sobre las costas se rige por los artículos 38 a 40 del Reglamento de la CNUDMI.

627. De conformidad con el artículo 38 del Reglamento de la CNUDMI, los honorarios y gastos de los Árbitros (y del Asistente), así como los cargos administrativos del CIADI y los gastos directos, se fijan de la siguiente manera (en USD):

Honorarios y gastos de los Árbitros

Sr. Stephen Drymer (Presidente)	375.772,60
Sr. Eric Schwartz	226.428,34
Sr. Alexis Mourre	338.126,89

Honorarios y gastos del Asistente

Sr. Joshua Crowe	200.142,63
Sra. Nadeau-Séguin ⁷¹⁹	1.680,00

Cargos administrativos del CIADI 168.000,00

Gastos directos 193.713,58

Total 1.503.864,04

⁷¹⁹ La Sra. Séguin dejó su cargo como Asistente y fue reemplazada por el Sr. Crowe con la aprobación de las Partes el 31 de mayo de 2019.

628. Los costos desglosados supra fueron pagados con los anticipos que hicieron las Partes en partes iguales.⁷²⁰ En consecuencia, la porción de los costos del arbitraje que corresponde a cada Parte asciende a USD 751.932,02.
629. Los artículos 40(1) y (2) establecen los principios que guían la decisión del Tribunal con respecto a la asignación y el reparto de las costas:
- (1) Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
 - (2) Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.
630. De conformidad con la Resolución Procesal No. 2, la forma de presentación de las costas de las Partes se determinó en la Audiencia.⁷²¹ Por acuerdo de las Partes, los alegatos sobre las costas se limitaron a las declaraciones de costas presentadas por cada una de ellas, sin documentos de apoyo, y sin alegatos.⁷²² Las Demandantes declararon haber incurrido EUR 7.717.322,99 y USD 1.952.253,15 (estas sumas no incluyen los cargos administrativos del CIADI) en honorarios y gastos legales. La Demandada declaró haber incurrido USD 4.363.020,90 (esta suma no incluye los cargos administrativos del CIADI) en honorarios y gastos legales.

⁷²⁰ El saldo restante será reintegrado a las Partes con base en los pagos anticipados al CIADI.

⁷²¹ Resolución Procesal No. 2, ¶ 36.

⁷²² Transcripción de la Audiencia, Día 7, p. 2428, 13 – p. 2445, 7. Tanto las Demandantes como la Demandada presentaron sus respectivas declaraciones de costas al CIADI el 17 de abril de 2020.

631. Por consiguiente, el Tribunal debe ejercer la discreción que le otorga el Reglamento de la CNUDMI para decidir si, y en caso afirmativo, cómo asignar y prorratear las costas en el presente caso.
632. Con respecto a la asignación y el prorrateo de las costas indicadas en el artículo 40(1) del Reglamento de la CNUDMI, el Tribunal opina que dichas costas deben ser prorrateadas partes iguales (50/50) entre las Demandantes y la Demandada. Tanto las Demandantes como la Demandada han presentado reclamaciones y reconvencciones en este arbitraje. Ni las reclamaciones de las Demandantes ni las reconvencciones de la Demandada han prosperado. Por consiguiente, puede entenderse que cada una de las Partes es una “parte vencida”, como se establece en el artículo 40(1) del Reglamento de la CNUDMI.
633. Asimismo, el Tribunal considera que ninguna circunstancia del caso justifica razonablemente una asignación o reparto diferente. Desde la perspectiva del Tribunal, ambas Partes se han comportado de manera profesional, cooperativa, razonable y con miras a promover la eficiencia de las actuaciones arbitrales.
634. En consecuencia, el Tribunal considera que las costas a que se refiere el artículo 40(1) del Reglamento de la CNUDMI (que están cubiertas por los anticipos pagados al CIADI) deben ser prorrateadas por las Partes.
635. Por razones similares, el Tribunal opina que cada Parte debe asumir sus propios gastos de representación y asistencia jurídica a que se refieren el artículo 40(2) y el artículo 38 e) del Reglamento de la CNUDMI.
636. El Tribunal desea aprovechar esta oportunidad para agradecer a los abogados por la excepcional calidad de sus presentaciones en este arbitraje y por su conducta en el transcurso del mismo.

VIII. LAUDO

637. Por todas las razones anteriores, el Tribunal resuelve y ordena lo siguiente:

1. Se desestiman las reclamaciones de las Demandantes relativas a las violaciones del Tratado;
2. El Tribunal carece de jurisdicción sobre las reconveniones de la Demandada;
3. Cada parte asumirá sus propios gastos de representación y asistencia jurídica a que se refiere el artículo 38 e) del Reglamento de la CNUDMI. Los demás costos del arbitraje detalladas en el párrafo 627 *supra* y a los que se refiere el artículo 40(1) del Reglamento de la CNUDMI serán prorrateados igualmente entre las Partes.

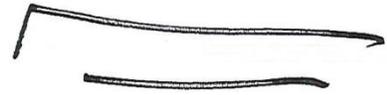


Sr. Eric A. Schwartz
Árbitro

Sr. Alexis Mourre
Árbitro

Sr. Stephen L. Drymer
Presidente del Tribunal

Hecho en Londres, Reino Unido, en inglés y español, el 12 de marzo de 2021.



Sr. Eric A. Schwartz
Árbitro

Sr. Alexis Mourre
Árbitro

Sr. Stephen L. Drymer
Presidente del Tribunal

Hecho en Londres, Reino Unido, en inglés y español, el 12 de marzo de 2021.

Sr. Eric A. Schwartz
Árbitro

Sr. Alexis Mourre
Árbitro



Sr. Stephen L. Drymer
Presidente del Tribunal



Hecho en Londres, Reino Unido, en inglés y español, el 12 de marzo de 2021.