

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

En el procedimiento de arbitraje entre

**SOUTH32 SA INVESTMENTS LIMITED**

Demandante

y

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

Demandada

**CASO CIADI No. ARB/20/9**

---

**LAUDO**

---

***Miembros del Tribunal***

Sra. Deva Villanúa, Presidenta del Tribunal

Prof. Guido S. Tawil, Árbitro

Prof. Andrés Jana Linetzky, Árbitro

***Secretaria del Tribunal***

Sra. Catherine Kettlewell

***Asistente del Tribunal***

Sra. Francisca Seara Cardoso

*Fecha de envío a las partes: 21 de junio de 2024.*

**Laudo**

**REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES**

*Representando a South32 SA Investments Limited:*

Sr. Nigel Blackaby KC  
Sra. Caroline Richard  
Sra. Natalia Zibibbo  
Sra. María Julia Milesi  
Sra. Madeline Snider\*  
Sr. Diego Rueda  
Sr. Nicolás Córdoba  
Sra. Rosario Galardi  
Sr. Juan Ignacio Amado Aranda  
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP  
700 13th Street, NW  
10th Floor  
Washington, DC 20005-3960  
Estados Unidos de América

Sr. Jean Paul Dechamps  
Sr. Juan González Mayer  
Sra. Sofia Ottaviano  
Sra. Manuela Moreno  
Dechamps International Law  
10 Bloomsbury Way  
Londres, WC1A 2SL  
Reino Unido

Sra. Carolina Posada  
Sr. Daniel Posse  
Sra. Laura Vengoechea  
Posse Herrera Ruiz  
Cra 7 No. 71-52, Tower A, 5o piso  
Bogotá 110231  
Colombia

\* Hasta julio de 2023

*Representando a la República de Colombia:*

Sr. Jhon Jairo Camargo Motta  
Director General (E)  
Sra. Juana Martínez Quintero  
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del  
Estado  
Carrera 7 No. 75-66 – 3er piso  
Bogotá, Colombia

Sr. Álvaro Rodríguez Rodríguez  
Director Encargado de Inversión Extranjera,  
Servicios y Propiedad Intelectual  
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo  
Calle 28 #13 A-15  
Primer Piso  
Local No. 1  
Bogotá, Colombia

Sr. Fernando Mantilla-Serrano  
Sra. Esperanza Barrón Baratech  
Sr. Diego Romero  
Sr. Hugo Varenne  
Sr. Kevin Cubeddu  
Sr. Nicolás Esguerra  
Latham & Watkins LLP  
45 Rue Saint-Dominique  
París 75007  
Francia

Sr. Samuel Pape  
Latham & Watkins LLP  
99 Bishopsgate  
Londres, EC2M 3XF  
Reino Unido

## ÍNDICE

<b>TABLA DE ABREVIACIONES/TÉRMINOS DEFINIDOS.....</b>	<b>IV</b>
<b>LISTADO DE CASOS CITADOS.....</b>	<b>11</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>15</b>
<b>II. ANTECEDENTES PROCESALES .....</b>	<b>16</b>
<b>III. HECHOS .....</b>	<b>22</b>
1. La Mina de Cerro Matoso .....	23
2. Las Concesiones.....	24
3. CMSA .....	26
4. Las Autoridades .....	26
5. Las Cuestiones Controvertidas.....	27
6. Cronología Sucinta.....	30
7. Las Pretensiones en Resumen .....	31
<b>IV. PRETENSIONES DE LAS PARTES .....</b>	<b>33</b>
1. Pretensiones de la Demandante.....	33
2. Pretensiones de la Demandada.....	34
<b>V. ANÁLISIS .....</b>	<b>36</b>
V.1. OBJECIONES JURISDICCIONALES.....	36
1. Treaty Shopping.....	36
1.1. La Adquisición de CMSA.....	36
1.2. La Existencia de una Disputa.....	41
2. Naturaleza de la Disputa .....	44
2.1. Disputa Doméstica y Contractual.....	44
2.2. Reclamación Prematura .....	51
3. Incumplimiento de Requisitos de Procesabilidad .....	52
V.2. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD .....	58
V.2.1. Las Materias Disputadas.....	58
1. Tasa de Regalía del Níquel y Porcentaje de Deducción de Costos.....	58
1.1. Antecedentes Fácticos.....	58
1.2. Discusión.....	61
1.2.1. La Tasa de Regalía.....	61
1.2.2. El Porcentaje de Deducción de Costos .....	66
1.3. Las Medidas sobre la Tasa de Regalías y Deducción de Gastos.....	67
2. Precio de Referencia del Níquel.....	68
2.1. Antecedentes Fácticos.....	68

**Laudo**

2.2.	Discusión.....	75
2.2.1.	Incorrección del Precio FOB .....	75
2.2.2.	Aplicación retroactiva de la Resolución 293 .....	83
2.3.	Las Medidas sobre el Precio de Referencia del Níquel.....	89
3.	Costos Deducibles.....	94
3.1.	Hechos Relevantes .....	94
3.1.1.	Regulación .....	95
3.1.2.	Las Actuaciones Estatales sobre Costos Deducibles .....	96
3.2.	Discusión.....	102
3.2.1.	Posiciones de las Partes .....	102
3.2.2.	Posición del Tribunal Arbitral .....	103
4.	Regalía del Hierro .....	114
4.1.	Discusión.....	116
4.2.	Las Medidas sobre Regalía del Hierro .....	121
5.	Liquidación de los Contratos .....	122
5.1.	Antecedentes Fácticos.....	122
5.2.	Las Medidas de Liquidación y Transversales .....	123
5.2.1.	Petición Cundinamarca .....	124
5.2.2.	Resolución 576 .....	132
5.2.3.	Auto 63 .....	132
V.2.2.	Violación del APPRI .....	136
1.	Contenido del FET .....	136
1.1.	Posiciones de las Partes.....	137
1.2.	Decisión del Tribunal Arbitral .....	138
2.	Violación del FET.....	143
2.1.	Materias.....	143
2.2.	Configuración de la Violación .....	149
V.2.3.	Pretensiones Indemnizatorias .....	152
1.	Daños Históricos.....	152
2.	Daños Futuros .....	158
V.3.	COSTAS E INTERESES POST-LAUDO.....	168
1.	Costes del Arbitraje.....	168
1.1.	Reglas aplicables.....	168
1.2.	Peticiones de las Partes .....	173
1.3.	Decisión del Tribunal Arbitral .....	174
2.	Intereses .....	176
<b>VI.</b>	<b>DECISIÓN .....</b>	<b>177</b>

**TABLA DE ABREVIACIONES/TÉRMINOS DEFINIDOS**

Acuerdo 1985	Acuerdo entre CMSA y la República de 23 de agosto de 1985
Acuerdo 2011	Acuerdo entre CMSA e Ingeominas de 30 de agosto de 2011
Acuerdos de julio de 2005	Modificaciones a los Contratos 866 y 1727 fechadas el 22 de julio de 2005
Agencia Nacional de Minería	Agencia Nacional de Minería
APPRI	El Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña y el Norte de Irlanda y la República de Colombia firmado el 17 de marzo de 2010
Audiencia	La audiencia sobre jurisdicción, fondo y cuantificación de daños celebrada en Washington, D.C del 15 al 17 de marzo de 2023
Audiencia Preliminar	Reunión organizativa preliminar, realizada por videoconferencia, entre las Partes y el Tribunal de 2 de febrero de 2023
Auto 1334	Auto 1334 de 9 de agosto de 2017 de la Contraloría
Auto 50	Auto 50 de 25 de agosto de 2011 de Ingeominas
Auto 63	Auto 63 de 7 de febrero de 2020 de la Contraloría
Auto 217	Auto 217 de 26 de febrero de 2018 de la Contraloría
Auto VSC 26	Auto VSC 26 de la Agencia Nacional de Minería emitido el 12 de marzo de 2015
Auto VSC 62	Auto VSC 62 de la Agencia Nacional de Minería de 11 de marzo de 2020

**Laudo**

Auto VSC 206	Auto VSC 206 de la Agencia Nacional de Minería de 23 de agosto de 2019
Auto VSC 351	Auto VSC 351 de la Agencia Nacional de Minería de 1 de noviembre de 2017
Billiton	Billiton Overseas Limited, accionista principal y luego mayoritario de CMSA
Centro o CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CMSA	Cerro Matoso S.A., empresa concesionaria de la explotación de la mina de Cerro Matoso
Código de Minas	Ley 886 de 2001 por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones
Compass Lexecon ER I	Primer informe pericial de Compass Lexecon de 23 de abril de 2021
Concesión 1727	La menor de las dos concesiones otorgadas para la explotación de la mina de Cerro Matoso, que se extiende sobre 186 ha de terreno
Concesión 866	La mayor de las dos concesiones otorgadas para la explotación de la mina de Cerro Matoso, que se extiende sobre 500 ha de terreno
Concesiones	Las Concesiones 866 y 1727, en conjunto
Conclusiones Demandada	Escrito de conclusiones de la Demandada, fechado el 28 de julio de 2023
Conclusiones Demandante	Escrito de conclusiones de la Demandante, fechado el 28 de julio de 2023
Contestación	Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción de 10 de septiembre de 2021
Contraloría	Contraloría General de la República
Contrato 51	Contrato de 13 de noviembre de 1996 que rige la explotación de las Concesiones desde el 1 de

**Laudo**

	octubre de 2012, además de otras 278.700 ha en diversos municipios de Colombia
Contrato 866	Contrato de 30 de marzo de 1963, enmendado el 22 de julio de 1970, que regía la explotación de la Concesión 866
Contrato 1727	Contrato de 10 de febrero de 1971 que regía la explotación de la Concesión 1727
Contratos	Contrato 866 y Contrato 1727, en conjunto
Convenio del CIADI	El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 14 de octubre de 1966
COP	Pesos colombianos
Costes Administrativos	Los honorarios y los gastos de los árbitros, así como los honorarios y gastos administrativos del CIADI, de acuerdo con lo establecido en la sección V.3 <i>infra</i>
Costes del Arbitraje	Costes Administrativos y Gastos de Defensa
Costes Demandante	Escrito de Costes de la Demandante del 25 de agosto de 2023
Costes Demandada	Escrito de Costes de la Demandada del 25 de agosto de 2023
Decreto Ley 2053 de 1974	Decreto Ley 2053 de 1974 por el cual se reorganizan el impuesto sobre la renta y complementarios
Demandada o Colombia	La República de Colombia
Demandante o South32	South32 SA Investments Limited
Dúplica	Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada de 11 de agosto de 2022

**Laudo**

Dúplica Jurisdicción	Dúplica sobre Jurisdicción de la Demandante de 10 de noviembre de 2022
Gastos de Defensa	Los gastos razonables incurridos por las Partes para su defensa en el arbitraje, de acuerdo con lo establecido en la sección V.3 <i>infra</i>
H 1	Alegaciones de apertura de la Demandante al inicio de la Audiencia
H 2	Alegaciones de apertura de la Demandada al inicio de la Audiencia
HT-BL	Transcripción combinada de la Audiencia de 15 a 17 de marzo de 2023
HT-EN	Transcripción inglesa de la Audiencia de 15 a 17 de marzo de 2023
I	Primer trimestre
II	Segundo trimestre
III	Tercer trimestre
IV	Cuarto trimestre
<i>ILC Articles</i>	Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001
Ingeominas	Instituto Colombiano de Geología y Minería, uno de los organismos receptores de la autoridad delegada del Ministerio de Minas
Kaczmarek ER I	Primer informe pericial de Brent Kaczmarek, de 10 de septiembre de 2021
Laudo Hierro	Laudo de 11 de mayo de 2022
Laudo Precio de Referencia	Laudo de 27 de abril de 2022
Ley 153 de 1887	Ley 153 de 1887 que adiciona y reforma los Códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887

**Laudo**

Ley 610 de 2000	Ley 610 de 2000 por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías
Ley 962 de 2005	Ley 962 de 2005 por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos
Ley 1530 de 2012	Ley 1530 de 2012 por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías
Ley de Regalías	Ley 141 de 1994 por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones.
LME	Bolsa de Metales de Londres
Memorando de Honorarios	Memorando de Honorarios y Gastos en los Procedimientos ante el CIADI (2022) de 1 de julio de 2022
Memorándum	Memorándum de 7 de diciembre de 2012 de la Agencia Nacional de Minería
Memorial	Memorial sobre el Fondo de 23 de abril de 2021
Ministerio de Minas	Inicialmente el Ministerio de Minas y Petróleo y luego el Ministerio de Minas y Energía
Modelo Conjunto de Valoración	Modelo conjunto de valoración de daños de los peritos de ambas Partes de 21 de julio de 2023
Notificación 2016	Carta titulada “Notificación de Disputa entre South32 SA Investments Limited y la República de Colombia y Notificación de sometimiento a arbitraje internacional” de 20 de junio de 2016

**Laudo**

Notificación 2018	Carta de seguimiento a la Notificación 2016 fechada el 20 de noviembre de 2018
Notificación del Acto de Registro	Notificación del registro de la Solicitud ante el CIADI de fecha 27 de marzo de 2020
Notificación de Disputa	Notificación a la demandada exigida por el art. IX del APPRI para iniciar una disputa
Notificación de Intención	Notificación a la demandada exigida por el art. IX del APPRI para poder someter la disputa a arbitraje
Orden 50	Orden SFOM-50 de Ingeominas fechada el 25 de agosto de 2011
Orden 1334	Orden 1334 de la Contraloría de 9 de agosto de 2017
Partes	La Demandante y la Demandada en conjunto
Petición Cundinamarca	Petición por parte de la Agencia Nacional de Minería ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 6 febrero de 2018
Purdy WS	Declaración testimonial de Brian Purdy de 18 de marzo de 2022
Regla(s) de Arbitraje	Regla(s) de Arbitraje del Convenio del CIADI de 10 de abril de 2006
Réplica	Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante de 21 de marzo de 2022
República	La República de Colombia, la Demandada
Resolución 293	Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería emitida el 15 de mayo de 2015
Resolución 576	Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería emitida el 27 de septiembre de 2018
Solicitud	Solicitud de arbitraje de la Demandante en contra de la Demandada

**Laudo**

Solicitud de Medidas Provisionales	La solicitud de medidas provisionales, junto con sus Anexos A y B y las autoridades legales CLA 169 a CLA 187 de 27 de febrero de 2023
Tratado	El Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña y el Norte de Irlanda y la República de Colombia firmado el 17 de marzo de 2010
Tribunal o Tribunal Arbitral	Tribunal del presente caso, conformado por la Sra. Deva Villanúa, el Prof. Dr. Guido S. Tawil y el Prof. Andrés Jana Linetzky
UPME	Unidad de Planeación Minero Energética
USD	Dólar estadounidense
Visión General Conjunta	Visión general de la actualización del modelo de valoración conjunta sobre la evaluación de los daños e indemnizaciones sufridos sobre los activos de South32 SA Investments Limited en Colombia elaborada conjuntamente por los peritos de ambas Partes de 21 de julio de 2023
Visita Especial	Inspección de CMSA por parte de la Contraloría el 21 de septiembre de 2012
Opinión conjunta sobre pregunta 5	Opinión pericial conjunta sobre la pregunta 5 del Tribunal en la Resolución Procesal n.º 5 elaborada por los peritos de ambas Partes de 21 de julio de 2023

**Laudo**

**LISTADO DE CASOS CITADOS**

- Achmea*** *Achmea B.V. v. Slovak Republic*, Caso CPA No 2013-12, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de mayo de 2014 (**Doc. RL 50**).
- AES*** *The AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No ARB/10/16, Laudo, 11 de marzo de 2013 (**Doc. RL 97**).
- Bayindir*** *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AŞ v. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI No ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009 (**Doc. CLA 63**).
- BBVA*** *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) S.A. v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI No ARB(AF)/18/5, Laudo, 12 de julio de 2022 (**Doc. RL 127**).
- Bilcon*** *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc v. Government of Canada*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (**Doc. CLA 87**).
- Biwater Gauff*** *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (**Doc. RL 23**).
- Cairn*** *Cairn Energy PLC and Cairn UK Holdings Limited v. Republic of India*, Caso CPA No 2016-07, Laudo, 21 de diciembre de 2020 (**Doc. CLA 99**).
- Cargill*** *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, Caso CIADI No ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 (**Doc. RL 32**).
- Chorzów*** *Case Concerning the Factory at Chorzów (Alemania/Polonia)*, CPIJ Serie A, No 17, Laudo, 13 de septiembre de 1928 (**Doc. CLA 1**).
- Crystallex*** *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No ARB(AF)/11/12, Laudo, 4 de abril de 2017 (**Doc. CLA 90**).
- Cube*** *Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No ARB/15/20, Decisión sobre

**Laudo**

	Competencia, Responsabilidad y Decisión Parcial sobre Cuantía, 19 de febrero de 2019 ( <b>Doc. RL 75</b> ).
<i>ECE</i>	<i>ECE Projektmanagement International GmbH and Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft Mbh &amp; Co v. Czech Republic</i> , Caso CPA No 2010-5, Laudo, 19 de septiembre de 2013 ( <b>Doc. CLA 128</b> ).
<i>Eco Oro</i>	<i>Eco Oro Minerals Corp v. Republic of Colombia</i> , Caso CIADI No ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Fondo y Pautas de Cuantificación, 9 de septiembre de 2021 ( <b>Doc. CLA 154</b> ).
<i>EDF</i>	<i>EDF (Services) Limited v. Romania</i> , Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 ( <b>Doc. CLA 64</b> ).
<i>Eiser</i>	<i>Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.a.r.l. v. Kingdom of Spain</i> , Caso CIADI No ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017 ( <b>Doc. RL 66</b> ).
<i>ELSI</i>	<i>Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)</i> , ICJ Reports 1989, Laudo, 20 de julio de 1989 ( <b>Doc. RL 78</b> ).
<i>Glencore</i>	<i>Glencore International AG and CI Prodeco SA v. Republic of Colombia</i> , Caso CIADI No ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 ( <b>Doc. CLA 96</b> ).
<i>Hamester</i>	<i>Gustav F W Hamester GmbH &amp; Co KG. v. Republic of Ghana</i> , Caso CIADI No ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 ( <b>Doc. CLA 163</b> ).
<i>Lion</i>	<i>Lion Mexico Consolidated L.P. v. United Mexican States</i> , Caso CIAIDI No ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021 ( <a href="https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16303.pdf">https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16303.pdf</a> ).
<i>Masdar</i>	<i>Masdar Solar &amp; Wind Coöperatief U.A. v. Kingdom of Spain</i> , Caso CIADI No ARB/14/1, Laudo, 16 de mayo de 2018 ( <b>Doc. RL 69</b> ).
<i>Murphy</i>	<i>Murphy Exploration &amp; Production Company International v. Republic of Ecuador</i> , Caso CPA No 2012-16, Laudo Parcial Final, 6 de mayo de 2016 ( <b>Doc. CLA 91</b> ).
<i>Opera Fund</i>	<i>Opera Fund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain</i> , Caso CIADI No ARB/15/36, Laudo, 6 de septiembre de 2019 ( <b>Doc. CLA 97</b> ).

**Laudo**

- Quiborax** *Quiborax SA and Non Metallic Minerals SA v. Plurinational State of Bolivia*, Caso CIADI No ARB/06/2), Laudo, 16 de septiembre de 2015 (**Doc. CLA 137**).
- Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Caso CPA No 2012-12, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de diciembre de 2015 (**Doc. RL 56**).
- RREEF** *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI No ARB/13/30, Decisión sobre Responsabilidad y los Principios de la Cuantía, 30 de noviembre de 2018 (**Doc. RL 71**).
- Rumeli Telekom** *Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (**Doc. CLA 50**).
- Rusoro Mining** *Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016 (**Doc. CLA 140**).
- Saluka** *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Caso CPA No 2001-04, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (**Doc. CLA 36**).
- Swisslion** *Swisslion DOO Skopje v. Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Caso CIADI No ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012 (**Doc. CLA 126**).
- Tenaris** *Tenaris SA and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA v Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No ARB/12/23, Laudo, 12 de diciembre de 2016 (**Doc. CLA 92**).
- Urbaser** *Urbaser S.A.and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa. v. Argentine Republic*, Caso CIADI No ARB/07/26, Laudo, 8 de diciembre de 2016 (**Doc. CLA 166**).
- Valores Mundiales** *Valores Mundiales, SL and Consorcio Andino SL v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No ARB/13/11, Laudo, 25 de julio de 2017 (**Doc. CLA 94**).
- Vivendi** *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, Caso CIADI No ARB/97/3, Laudo Parcial sobre responsabilidad, 30 de julio de 2010 (**Doc. CLA 71**).
- Von Pezold** *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI No ARB/10/15, Laudo, 18 de julio de 2015 (**Doc. CLA 88**).

**Laudo**

***Yukos***

*Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*,  
Caso CPA No 2005-04/AA227, Laudo, 18 de julio de 2014  
**(Doc. CLA 133)**.

**Laudo**

**I. INTRODUCCIÓN**

1. El presente caso se refiere a una diferencia presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [“**CIADI**” o el “**Centro**”] sobre la base del Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia firmado el 17 de marzo de 2010 [el “**Tratado**” o el “**APPRI**”] que entró en vigor el 10 de octubre de 2014, y el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 [el “**Convenio del CIADI**”].
2. La demandante es South32 SA Investments Limited [“**South32**” o la “**Demandante**”], una compañía de responsabilidad limitada incorporada bajo las leyes de Inglaterra y Gales, con oficina registrada en Londres y con actividades empresariales en el Reino Unido.
3. La demandada es la República de Colombia [“**Colombia**”, la “**Demandada**” o la “**República**”].
4. La Demandante y la Demandada se denominarán, conjuntamente, las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página (i) *supra*.
5. Esta disputa se refiere a una serie de medidas adoptadas por Colombia cuando realizó el cálculo de pago de regalías supuestamente debidas por parte de Cerro Matoso SA [“**CMSA**”] bajo unos contratos de concesión. CMSA es una filial propiedad de South32. Los contratos de concesión se refieren a la mina de Cerro Matoso, y se trata específicamente de: (i) el contrato de concesión 866 de 1963 [“**Concesión 866**”]; (ii) el contrato de concesión 1727 de 1971 [“**Concesión 1727**”, conjuntamente con la Concesión 866, las “**Concesiones**”]; y (iii) el Contrato de Exploración y Explotación 051-96M de 1996 [“**Contrato 51**”].

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

6. El 11 de marzo de 2020, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de South32 SA Investments Limited en contra de la República de Colombia [la “**Solicitud**”].
7. El 27 de marzo de 2020, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de conformidad con el art. 36(3) del Convenio del CIADI y notificó el acto de registro a las Partes [la “**Notificación del Acto de Registro**”]. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a que procedieran a constituir un tribunal arbitral en cuanto fuera posible, conforme a la Regla 7(d) de las Reglas de Iniciación del CIADI.
8. Ante la falta de acuerdo entre las Partes respecto del método de constitución del tribunal, el tribunal se constituyó con arreglo a la fórmula prevista en el art. 37(2)(b) del Convenio del CIADI.
9. El tribunal está conformado por la Sra. Deva Villanúa, nacional de España, Presidenta, nombrada por acuerdo de las Partes; el Prof. Dr. Guido S. Tawil, nacional de Argentina y Portugal, nombrado por la Demandante; y el Prof. Andrés Jana Linetzky, nacional de Chile y Portugal, nombrado por la Demandada [el “**Tribunal**” o “**Tribunal Arbitral**”].
10. El 17 de noviembre de 2020, la Secretaria General, de conformidad con la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI de 10 de abril de 2006 [“**Reglas de Arbitraje**”], notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, el Tribunal se tenía por constituido en esa fecha. La Sra. Catherine Kettlewell, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada para actuar como Secretaria del Tribunal.
11. El 15 de diciembre de 2020, previa consulta a las Partes, el Tribunal nombró a la Sra. Francisca Seara Cardoso como asistente del Tribunal en el presente caso.
12. Conforme a la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje, el 21 de diciembre de 2020 el Tribunal celebró por videoconferencia una primera sesión con las Partes.
13. Tras la primera sesión, el 29 de diciembre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 1 dejando constancia del acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales y de la decisión del Tribunal acerca de las cuestiones controvertidas. La Resolución Procesal n.º 1 dispone, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serán aquéllas en vigor desde el 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serán español e inglés, y que el lugar del procedimiento será Washington, D.C. La Resolución Procesal n.º 1 establece, asimismo, el Calendario Procesal consensuado.
14. De conformidad con la Resolución Procesal n.º 1, el 23 de abril de 2021, South32 presentó su Memorial sobre el Fondo, junto con (i) la declaración testimonial del Sr. Ricardo Gaviria Jansa; (ii) la declaración testimonial del Sr. Ciro Ávila del Vecchio;

**Laudo**

- (iii) el informe pericial de Compass Lexecon; (iv) los anexos documentales C 1 a C 141; y (v) las autoridades legales CLA 1 a CLA 99.
15. El 10 de septiembre de 2021, Colombia presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción, junto con (i) el informe pericial del Sr. Brent Kaczmarek; (ii) los anexos documentales R 1 a R 73; y (iii) las autoridades legales RL 1 a RL 77.
  16. Tras intercambios entre las Partes, el 28 de octubre de 2021, cada una de las Partes presentó una solicitud a fin de que el Tribunal se pronunciara sobre la exhibición de documentos.
  17. El 10 de noviembre de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 2 sobre las Solicitudes de Exhibición de Documentos de las Partes.
  18. Las Partes acordaron modificar el Calendario Procesal establecido en la Resolución Procesal n.º 1, y así el Tribunal emitió la Resolución Procesal n.º 3 otorgando la prórroga solicitada y confirmando los ajustes consensuados por las Partes.
  19. El 21 de marzo de 2022, South32 presentó su Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, junto con (i) la declaración testimonial del Sr. Brian Purdy; (ii) la segunda declaración testimonial del Sr. Ciro Ávila del Vecchio; (iii) el segundo informe pericial de Compass Lexecon; (iv) los anexos documentales C 142 a C 191; y (v) las autoridades legales CLA 100 a CLA 155.
  20. El 11 de agosto de 2022, Colombia presentó su Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción, junto con (i) el segundo informe pericial del Sr. Brent Kaczmarek; (ii) los anexos documentales R 74 a R 89; y (iii) las autoridades legales RL 78 a RL 132.
  21. El 10 de noviembre de 2022, South32 presentó su Dúplica sobre Jurisdicción, junto con (i) los anexos documentales C 192 a C 193; y (ii) las autoridades legales CLA 156 a CLA 168.
  22. El 22 de diciembre de 2022, el Tribunal circuló un borrador de resolución procesal relativa a la organización de la audiencia a fin de que las Partes analizaran, discutieran entre sí y respondieran con una propuesta conjunta en la cual informaran al Tribunal de los acuerdos a los que pudieron llegar respecto del borrador o de sus posiciones respectivas en los casos en que no pudieron llegar a tal acuerdo.
  23. El 2 de febrero de 2023, a la 1:00 p.m. (hora estándar del Este (*EST*)), las Partes y el Tribunal celebraron por videoconferencia una reunión organizativa preliminar [la “**Audiencia Preliminar**”], para deliberar respecto de todo asunto procesal, administrativo y logístico pendiente, en preparación de la audiencia. Durante la Audiencia Preliminar, las Partes y el Tribunal Arbitral analizaron el borrador de Resolución Procesal n.º 4 y las posiciones respectivas de las Partes en los casos en que no se había llegado a un acuerdo previo.

**Laudo**

24. Se realizó una grabación de la Audiencia Preliminar, la cual fue depositada en los archivos del CIADI. Esta grabación fue puesta a disposición de las Partes y del Tribunal Arbitral.
25. Tras la Audiencia Preliminar, el 15 de febrero de 2023, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución Procesal No. 4 relativa a la organización de la audiencia.
26. El 23 de febrero de 2023, South32 presentó al Tribunal Arbitral una solicitud de autorización para introducir pruebas nuevas relativas a la valuación de daños, que incluían (i) un modelo actualizado de valuación de daños e indemnizaciones; (ii) una explicación breve de las actualizaciones de no más de 10 páginas; y (iii) documentación justificativa actualizada.
27. El 27 de febrero de 2023, South32 presentó una solicitud de medidas provisionales, junto con (i) los Anexos A y B; y (ii) las autoridades legales CLA 169 a CLA 187 [**“Solicitud de Medidas Provisionales”**].
28. El 1 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral celebró una sesión con las Partes sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante.
29. En respuesta a una invitación del Tribunal Arbitral, el 3 de marzo de 2023, Colombia presentó sus observaciones sobre la solicitud de South32 de autorización para introducir pruebas nuevas.
30. Ese mismo día, South32 retiró su Solicitud de Medidas Provisionales.
31. El 8 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral se pronunció sobre la admisibilidad de las pruebas nuevas solicitadas por South32 el 23 de febrero de 2023. Ese mismo día, South32 solicitó una aclaración respecto de la decisión del Tribunal Arbitral sobre su solicitud.
32. En respuesta a una invitación del Tribunal Arbitral, el 10 de marzo de 2023, Colombia presentó sus comentarios sobre la solicitud de aclaración de South32.
33. Mediante una carta de fecha 11 de marzo de 2023, South32 presentó observaciones adicionales sobre su solicitud, y, el 12 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral proporcionó una aclaración respecto a su decisión del 8 de marzo de 2023.
34. El 13 de marzo de 2023, Colombia presentó al Tribunal una solicitud de autorización para introducir pruebas nuevas. Ese mismo día, a la luz del acuerdo ya expresado por South32 en su carta de fecha 11 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral admitió la solicitud de Colombia.
35. Del 15 al 17 de marzo de 2023, se celebró una audiencia sobre jurisdicción, fondo y cuantificación de daños en Washington, D.C. [la **“Audiencia”**]. Durante la Audiencia estuvieron presentes las siguientes personas:

**Laudo**

*Tribunal:*

Sra. Deva Villanúa	Presidenta
Prof. Guido S. Tawil	Coárbitro
Prof. Andrés Jana Linetzky	Coárbitro

*Asistente del Tribunal:*

Sra. Francisca Seara Cardoso	Asistente del Tribunal
------------------------------	------------------------

*Secretariado del CIADI:*

Sra. Catherine Kettlewell	Secretaria del Tribunal
---------------------------	-------------------------

*Por la Demandante:*

Sr. Nigel A. Blackaby	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sra. Caroline S. Richard	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sra. María Julia Milesi	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sra. Madeline Snider	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sra. María del Rosario Galardi	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Juan Ignacio Amado Aranda	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Rubén Castro	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sra. Sandra Díaz	Freshfields Bruckhaus Deringer
Sr. Jean-Paul Dechamps	Dechamps International Law
Sra. Sofia Ottaviano	Dechamps International Law
Sra. Carolina Posada	PHR Legal
Sra. Laura Vengoechea	PHR Legal
Sra. T-Zady Guzmán / Sr. Jorge Salazar	FTI Consulting ( <i>apoyo</i> )

Sra. Diana Suárez	CMSA
Sr. Thomas A. N. Bedford	South32 SA Investments Limited

*Por la Demandada:*

Sr. Fernando Mantilla-Serrano	Latham & Watkins
Sra. Esperanza Barrón Baratech	Latham & Watkins
Sr. Kevin Cubeddu	Latham & Watkins
Sr. Nicolás Esguerra	Latham & Watkins
Sra. Nuria Casas Cano	Latham & Watkins
Sra. Ana María Ordóñez Puentes	ANDJE – Acceso Remoto
Sra. Elizabeth Prado López	ANDJE

*Estenógrafos:*

Sra. Dawn Larson	B&B Reporters
Sr. Rodolfo Rinaldi	D-R Esteno
Sra. Elizabeth Cicoria	D-R Esteno

**Laudo**

*Intérpretes:*

Sra. Silvia Colla	Intérprete esp-ing
Sr. Charlie Roberts	Intérprete esp-ing
Sr. Daniel Giglio	Intérprete esp-ing

*Técnico:*

Sr. Bryan Charles Royster	Grupo Banco Mundial
---------------------------	---------------------

36. Durante la Audiencia, las siguientes personas fueron sometidas a interrogatorio:

*En representación de la Demandante:*

Sr. Brian Purdy	Testigo
Sr. Ricardo Gaviria Jansa	Testigo
Sr. Ciro Ávila del Vecchio	Testigo
Dr. Manuel Abdala	Compass Lexecon
Sr. Pablo López-Zadicoff	Compass Lexecon

*En representación de la Demandada:*

Sr. Brent C. Kaczmarek	IAV Advisors
Sr. Gabriel Perkinson	IAV Advisors

37. El 12 de abril de 2023, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución Procesal n.º 5 relativa a cuestiones posteriores a la Audiencia.
38. El 14 de abril de 2023, las Partes solicitaron una aclaración sobre las instrucciones del Tribunal Arbitral contenidas en la Resolución Procesal n.º 5. El 19 de abril de 2023, el Tribunal Arbitral confirmó el entendimiento de las Partes.
39. El 10 de mayo de 2023, las Partes presentaron las versiones consolidadas y revisadas de las transcripciones de la Audiencia.
40. El 4 de mayo de 2023, South32 presentó una solicitud de autorización para introducir un documento nuevo en el expediente y para poder realizar comentarios respecto a él en los escritos de conclusiones. El 15 de mayo de 2023, la Demandada confirmó que no se oponía a la inclusión de este documento en el expediente.
41. El 16 de mayo de 2023, el Tribunal Arbitral admitió el documento en el expediente como Anexo C 197.
42. Los peritos de las Partes presentaron su Modelo Conjunto de Valoración el 21 de julio de 2023.

**Laudo**

43. Las Partes presentaron escritos de conclusiones el 28 de julio de 2023.
44. Las Partes presentaron sus escritos sobre costos el 25 de agosto de 2023.
45. El procedimiento se declaró cerrado el 14 de mayo de 2024.

**Laudo**

**III. HECHOS**

46. Este arbitraje surge de la explotación que la Demandante<sup>1</sup> hace de una mina de níquel en Colombia<sup>2</sup>, cuyo mineral transforma en ferroníquel, y de las regalías debidas con motivo de tal explotación.
47. La Demandante niega la conformidad con el APPRI de nueve<sup>3</sup> medidas adoptadas por Colombia relacionadas con liquidaciones de regalías y, más en concreto, cuestiona:
- Cuál es el precio de referencia tomado para calcular la liquidación;
  - Cuál es la tasa de regalía escogida;
  - Cuáles son los costos que CMSA podía deducir y en qué porcentaje;
  - Si cabía cobrar regalías por el hierro contenido en el mineral extraído y explotado.
48. Los hechos más relevantes se relatan a continuación; y en el análisis de cada una de las cuestiones debatidas se incluirá una descripción pormenorizada de los hechos específicos que resulten significativos para cada materia concreta.

---

<sup>1</sup> En puridad, CMSA, su empresa local participada.

<sup>2</sup> Este tipo de aseveraciones es sin perjuicio de la decisión que tome el Tribunal Arbitral más adelante en este laudo respecto a la consideración de la Demandante como inversor.

<sup>3</sup> Originariamente, había 10 (H 1, p. 63), pero en las Conclusiones Demandante (nota al pie 439), la Demandante considera que el Auto VSC 153 (Doc. C 136) ha quedado sin efecto.

**Laudo**

**1. LA MINA DE CERRO MATOSO**

49. En Montelíbano, en el departamento de Córdoba, Colombia, se encuentra una mina de níquel, llamada Cerro Matoso<sup>4</sup>.



50. El mineral de níquel extraído se transforma, a través de un complejo procesamiento en hornos, en ferróníquel, que es el producto comercializado.
51. El ferróníquel se compone de níquel y de hierro, en liga íntima, en una proporción de, aproximadamente, 20% - 40% de níquel y 60% - 80% de hierro (para simplificar: 30% de níquel y 70% de hierro). Al ferróníquel se lo conoce también como níquel de clase 2; el níquel de clase 1 es el níquel puro – el aspecto de ambos productos es muy distinto<sup>5</sup>:



<sup>4</sup> Memorial sobre el Fondo de 23 de abril de 2021 [ “**Memorial**”], para. 4. Las imágenes provienen de Alegaciones de apertura de la Demandante al inicio de la Audiencia [“**H 1**”], p. 6.

<sup>5</sup> H 1, p. 8.

**Laudo**

52. No hay discusión entre las Partes que, debido a las características propias del mineral extraído en Cerro Matoso y las limitaciones de los procesos siderúrgicos, el único producto comercializable que podría resultar en Cerro Matoso es el ferroníquel. En concreto, no hay posibilidad de obtener níquel de clase 1, ni hierro, como producto apto para su explotación comercial<sup>6</sup>.
53. La explotación de la mina de Cerro Matoso data del año 1982 y, al día de hoy, es una de las mayores producciones mundiales de ferroníquel<sup>7</sup> y la única explotación de níquel en Colombia<sup>8</sup>.



**2. LAS CONCESIONES**

54. La concesión para la explotación de la mina de Cerro Matoso se desdobra en dos concesiones (Concesiones 866 y 1727, conjuntamente, las Concesiones), cuyas condiciones se regulan en tres contratos de concesión, con distintos ámbitos de aplicación física y temporal:
- La Concesión 866 fue obtenida el 30 de marzo de 1963; el contrato original fue enmendado el 22 de julio de 1970 [el “**Contrato 866**”]<sup>9</sup> y preveía que la concesión se extendía sobre 500 ha<sup>10</sup>; por un plazo de 25 años, prorrogables en cinco más<sup>11</sup> (este período se vería prolongado); la Concesión 866 es la concesión principal.
  - La Concesión 1727 fue obtenida el 10 de febrero de 1971<sup>12</sup>, por 30 años<sup>13</sup>, sobre 186 ha de extensión [el “**Contrato 1727**”]<sup>14</sup>.

<sup>6</sup> Escrito de conclusiones de la Demandante de 28 de julio de 2023 [“**Conclusiones Demandante**”], para. 15.

<sup>7</sup> Memorial, para. 4.

<sup>8</sup> Memorial, para. 10. La imagen proviene de las Alegaciones de apertura de la Demandada al inicio de la Audiencia [“**H 2**”], p. 4.

<sup>9</sup> Doc. C 7.

<sup>10</sup> Cláusula 1.

<sup>11</sup> Cláusula 30.

<sup>12</sup> Doc. C 9.

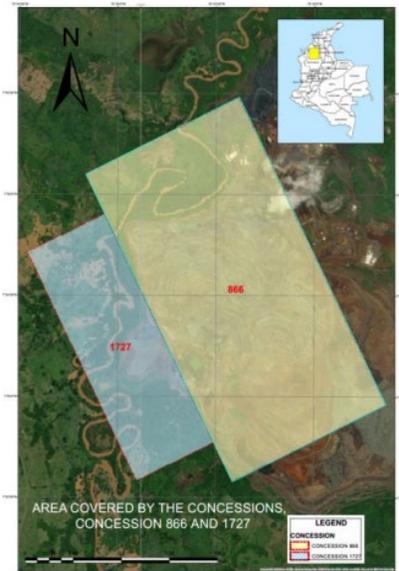
<sup>13</sup> Cláusula 9.

<sup>14</sup> Cláusula 1.

**Laudo**

La explotación de la mina bajo ambas Concesiones comenzó el 1 de octubre de 1982. No hay discusión entre las Partes que los plazos de vigencia del Contrato 866 (prorrogado) y del Contrato 1727 [conjuntamente, los “Contratos”] expiraban el 30 de septiembre 2012.

A continuación, se muestra una foto aérea de las Concesiones<sup>15</sup>:



- El **Contrato 51**, firmado el 13 de noviembre de 1996<sup>16</sup>, cubría 278.700 ha en diversos municipios y establecía que, a la expiración de los Contratos 866 y 1727, las áreas de explotación de esas Concesiones se incorporarían al área del Contrato 51; y así ocurrió, efectivamente, el 1 de octubre de 2012. El plazo original del Contrato 51 era de 30 años (a contar desde el 2 de agosto de 1999), prorrogables en, al menos, 15 más<sup>17</sup> – actualmente, el plazo está previsto que finalice en 2044<sup>18</sup>.
55. En contraprestación al derecho de explotación concedido, CMSA debía pagar regalías al Estado colombiano.

<sup>15</sup> Memorial, p. 11.

<sup>16</sup> Doc. C 17.

<sup>17</sup> Cláusula 3.

<sup>18</sup> H 1, p. 9.

**Laudo**

**3. CMSA**

56. CMSA es una empresa colombiana, constituida en 1979. CMSA es la empresa concesionaria de la explotación de la mina de Cerro Matoso, y lo ha sido durante los últimos 40 años.
57. En esos 40 años, el accionariado de CMSA ha estado en distintas manos, tanto privadas como públicas<sup>19</sup>:
58. En sus inicios y hasta 1997, el Estado colombiano mantuvo el 45% del capital social de CMSA<sup>20</sup>.
59. El otro accionista principal era Billiton Overseas Limited [**“Billiton”**], que comenzó adquiriendo un 34,99% y en 1994 lo aumentó al 52,31%, reemplazando así al Estado colombiano, como accionista mayoritario<sup>21</sup>.
60. En febrero de 1997 Colombia sometió la privatización de su participación accionarial a un proceso de licitación<sup>22</sup>. Billiton resultó adjudicataria y así pasó a detentar prácticamente el 100% del accionariado<sup>23</sup>.
61. Años después, Billiton llevaría a cabo una reestructuración societaria de las empresas que formaban parte del grupo. Parte de esta reestructuración comprendió la escisión de ciertas empresas, entre las que se encontraba CMSA. Las empresas escindidas se ubicaron bajo la propiedad de BHP Billiton SA, que después pasó a llamarse South32 Limited, que es la ahora Demandante<sup>24</sup>. La Demandada propugna que la Demandante perdió el estatus de inversor protegido por el APPRI al haber adquirido la propiedad de CMSA para beneficiarse del foro arbitral ofrecido en el APPRI – lo que viene llamándose *treaty shopping*<sup>25</sup>; algo negado por la Demandante<sup>26</sup>. Esta cuestión será tratada en detenimiento en la sección V.1.1 *infra*.

**4. LAS AUTORIDADES**

62. En los hechos de este arbitraje, que se extienden a lo largo de más de 40 años de explotación minera, se ven involucradas, fundamentalmente, dos autoridades:
63. *De un lado* está la autoridad minera que, en esos 40 años, ha ido variando su denominación: inicialmente el Ministerio de Minas y Petróleo y luego el Ministerio de

---

<sup>19</sup> Memorial, nota al pie 9.

<sup>20</sup> H 1, p. 11.

<sup>21</sup> H 1, p. 11.

<sup>22</sup> Memorial, para. 15.

<sup>23</sup> Memorial, para. 15.

<sup>24</sup> Dúplica sobre Jurisdicción de 10 de noviembre de 2022 [**“Dúplica Jurisdicción”**], para. 45.

<sup>25</sup> Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción de 10 de septiembre de 2021 [**“Contestación”**], paras. 314 y 330.

<sup>26</sup> Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de 21 de marzo de 2022 [**“Réplica”**], para. 394.

**Laudo**

Minas y Energía [ el “**Ministerio de Minas**”]<sup>27</sup>. Éste ha delegado su autoridad primero a la Empresa Nacional Minera Ltda y luego al Instituto Colombiano de Geología y Minería [“**Ingeominas**”].<sup>28</sup> A partir de 2011, la autoridad relevante es la Agencia Nacional de Minería [la “**Agencia Nacional de Minería**”]<sup>29</sup>.

64. *De otro lado* se encuentra la Contraloría General de la República [la “**Contraloría**”], una entidad que “vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación”<sup>30</sup>. El propio Estado ha descrito a su Contraloría como *fearless and fearsome* (valiente y temida – en castellano se pierda la belleza de la anáfora)<sup>31</sup>.
65. El porqué de la existencia de estos dos órganos supervisores es el siguiente:
- La Agencia Nacional de Minería es la contraparte<sup>32</sup> contractual de CMSA en los Contratos y, en su labor de supervisión, cuidará del cumplimiento de los Contratos; además, tiene asignadas otras funciones encomendadas por la Ley – una de ellas ha cobrado protagonismo en este Laudo: el desarrollo normativo del art. 23 de la Ley de Regalías [“**Ley de Regalías**”] a través de la Resolución 293 [“**Resolución 293**”].
  - La Contraloría, a través de la acción de responsabilidad fiscal, es el ente encargado de velar por las arcas públicas y de asegurarse de que, en la gestión del patrimonio del Estado, no se produzcan hechos dañinos.

**5. LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS**

66. El Estado colombiano ha emitido diversas resoluciones<sup>33</sup> sobre el cálculo de las regalías debidas por CMSA como contraprestación por la concesión del derecho de explotación de la mina.
67. Éstas son las principales cuestiones discutidas, divididas en tres grandes grupos:
- En la regalía sobre el níquel: la tasa de regalía y porcentaje de costos deducibles (**A.**), el precio de referencia para el cálculo de la regalía debida (**B.**) y los costos deducibles aplicables a la regalía sobre el níquel (**C.**);
  - La regalía sobre el hierro (**D.**);

---

<sup>27</sup> Memorial, nota al pie 7.

<sup>28</sup> Contestación, para 85.

<sup>29</sup> Contestación, para 86.

<sup>30</sup> Doc. R 2, art. 267.

<sup>31</sup> Contestación, para 96.

<sup>32</sup> O el ente sucesor de la contraparte original.

<sup>33</sup> Expresión amplia, que comprende también Autos y otro tipo de órdenes.

**Laudo**

- Y como cuestión transversal a las anteriores, la liquidación de los Contratos (E.).

68. A continuación, se ofrece, apenas, un brevísimo contexto – lo suficiente para poder comprender las siguientes secciones de este Laudo.

**A. Tasa de regalía y porcentaje de deducción de costos**

69. Las Concesiones son muy antiguas, datan de una época en la que la noción de regalía – o contraprestación por la explotación de un recurso natural del Estado – aunque sí era conocida, contaba con nulo desarrollo normativo.

70. La única regulación, era de naturaleza contractual. Los Contratos contenían una fórmula para la determinación de la magnitud sobre la cual sería de aplicación la tasa de regalía. Esta fórmula, en esencia, estimaba el valor del mineral extraído y le aplicaba un porcentaje de regalías del 8%, deduciendo antes ciertos costos en un 80% ó 100% (dependiendo del tipo de gasto). La fórmula contractual se estuvo aplicando durante muchos años, sin grandes sobresaltos.

71. En 1994 Colombia promulgó la Ley de Regalías<sup>34</sup>. Ésta establecía una regalía mínima sobre el níquel del 12% (esto es, 4% más que lo previsto en los Contratos) y permitía deducir únicamente el 75% de costos.

72. Además, hay otra cuestión: la Ley de Regalías no resultaba de aplicación inmediata a las Concesiones; únicamente se aplicaría a nuevas concesiones o a las prórrogas de contratos vigentes. Colombia considera que el porcentaje de regalías de la Ley de Regalías resulta aplicable a las Concesiones desde 2005; y, por tanto, recalcula las regalías pasadas, aplicando la tasa del 12% y deduciendo el 75% de los costos. La Demandante tacha de ilegal este proceder, por implicar, a su entender, una aplicación retroactiva de la Ley.

**B. Precio de referencia**

73. Los Contratos estimaban el valor del mineral a través de unos precios cotizados en mercados internacionales – el llamado “precio de referencia”.

74. La Ley de Regalías modificó el precio de referencia para el cálculo de la regalía, pero lo hizo a través de una nueva fórmula muy básica – fórmula que debía ser desarrollada en legislación específica.

75. La legislación específica fue aprobada unos 20 años después, a través de la Resolución 293 de mayo de 2015. Las Partes discuten si la fórmula resultante está alineada con las pautas dadas en la Ley de Regalías.

---

<sup>34</sup> Ley 141 de 1994 por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones.

**Laudo**

76. La cuestión de la supuesta retroactividad normativa afecta también al precio de referencia, pues Colombia también pretende aplicar la nueva fórmula desde 2005 – algo a lo que la Demandante se opone, por considerarlo ilícito.

**C. Costos deducibles**

77. En auditorías ordenadas por el Estado, practicadas sobre liquidaciones de regalías pasadas, fue advertido que únicamente cabía la deducción de costos relacionados directamente con la explotación.
78. Las autoridades estatales compartieron la visión de las auditoras y recalcularon regalías liquidadas en el pasado, para excluir de ellas los costos deducidos erróneamente por no guardar, a su entender, relación con la explotación.
79. La Demandante tacha de ilegal la revisión de liquidaciones históricas, introduciendo unos requisitos adicionales no contemplados en los Contratos.

**D. Regalía sobre el hierro**

80. CMSA extrae de la mina de Cerro Matoso un mineral de níquel que contiene óxido de hierro en una pequeña proporción y, tras un procesamiento industrial, CMSA convierte ese mineral en el producto llamado ferroníquel, que contiene tanto níquel, como hierro. Durante cerca de 40 años, CMSA únicamente ha pagado regalías sobre el porcentaje de níquel contenido en el ferroníquel.
81. A partir de 2019 el Estado colombiano ha exigido el pago de regalías trimestrales sobre el hierro contenido en el ferroníquel, contabilizados desde el cuarto trimestre [“IV”]<sup>35</sup> 2012; y CMSA ha pagado, bajo protesta, las liquidaciones de regalías sobre el hierro. La Demandante se opone argumentando que, no siendo el hierro el producto que vende, no debería verse obligada a pagar regalía alguna.
82. El Estado ha ejercido su derecho a cobrar regalías sobre el hierro también por períodos anteriores a 2012, a cuenta de la liquidación de los Contratos. La Demandante se opone a ese cobro retroactivo.

**E. La liquidación de los Contratos**

83. Los Contratos prevén que, a su terminación, se suscriba un acta de liquidación definitiva, en la cual se ha de dejar constancia de las obligaciones incumplidas – entre otras materias, en relación con el pago de regalías.
84. Basándose en lo anterior, el Estado ha pretendido revisar la corrección de las regalías practicadas durante toda la vigencia de la explotación, comenzando en 1982. La Demandante sostiene (entre otros argumentos) que el acto de liquidación no está

---

<sup>35</sup> Primer trimestre será referido como **I**, segundo trimestre como **II** y tercer trimestre como **III**.

**Laudo**

diseñado para reabrir esas liquidaciones y, además, cualquier derecho relacionado con la suscripción del acta de liquidación habría caducado.

**6. CRONOLOGÍA SUCINTA**

85. Una vez explicadas las materias discutidas, conviene listar los hechos más relevantes que afectaron a dichas cuestiones y a otras discusiones traídas a este arbitraje:

- 30 de marzo de 1963: Contrato 866;
- 22 de julio de 1979: enmienda al Contrato 866;
- 10 de febrero de 1971: Contrato 1727;
- 1 de octubre de 1982: comienzo de las operaciones;
- 23 de agosto de 1985: acuerdo de regalías entre CMSA y Colombia [**“Acuerdo 1985”**];
- 28 de junio de 1994: promulgación de la Ley de Regalías;
- 15 de agosto de 2001: promulgación del Código de Minas;
- 22 de julio de 2005: modificación contractual;
- 1 de octubre de 2007: primera prórroga Concesión 866;
- 30 de agosto de 2011: acuerdo para modificar el acuerdo sobre regalías;
- 30 de septiembre de 2012: expiración de la vigencia de los Contratos 866 y 1727;
- 1 de octubre de 2012: incorporación de las Concesiones 866 y 1727 al Contrato 51;
- 2 de febrero de 2015: adquisición por parte de la Demandante de su participación accionarial en CMSA;
- 12 de marzo de 2015: Auto VSC 26 de la Agencia Nacional de Minería reliquidando regalías por cuenta de la deducción de costos (período 1998 a 2003);
- 15 de mayo de 2015: Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería desarrollando el precio FOB en la fórmula de cálculo del precio base para la liquidación de regalías;
- Julio de 2015 en adelante: resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética publicando el precio base, en aplicación del precio FOB de la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería;

**Laudo**

- 21 de septiembre de 2017: Resolución 562 (enmendada por resolución 293) de la Unidad de Planeación Minero Energética reliquidando regalías a cuenta del precio de referencia (período 2007 a 2012);
- 6 de febrero de 2018: petición judicial (Petición Cundinamarca) para liquidar los Contratos y reliquidar regalías a cuenta del precio de referencia (período 2005 a 2007), deducción de costos (período 1982 a 1997 y 2009 a 2012) y exigiendo regalías sobre el hierro (período 1982 a 2012);
- 26 de febrero de 2018: Auto 217 de la Contraloría reliquidando regalías a cuenta de los costos deducibles (período 1998 a 2003);
- 27 de septiembre de 2018: Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería reliquidando regalías a cuenta de la tasa de regalías y porcentaje de deducción de costos (período 2007 a 2012), precio de referencia (período 2007 a 2012) y deducción de costos (período 1998 a 2003);
- 23 de agosto de 2019: Auto VSC 206 de la Agencia Nacional de Minería reclamando regalías sobre el hierro (período 2012 a 2019);
- 11 de marzo de 2020: Auto VSC 62 de la Agencia Nacional de Minería reclamando regalías sobre el hierro (período 2012 a 2019);
- 7 de febrero de 2020: Auto 63 de la Contraloría reliquidando regalías a cuenta de la tasa de regalías y porcentaje de deducción de costos (período 2005 a 2012), el precio de referencia (período 2007 a 2012), deducciones de costos (período 1982 a 2012) y liquidando regalías sobre el hierro (período 1982 a 2012).

**7. LAS PRETENSIONES EN RESUMEN**

86. A continuación, se ofrece un pequeño resumen de lo que pretende cada Parte:
87. La Demandada pide que el Tribunal Arbitral rechace su competencia tanto por advertir un *treaty shopping*, como porque considera que la discusión de fondo trata cuestiones meramente locales, que se están ventilando ante tribunales ordinarios colombianos – por lo tanto, la materia estaría vedada para ser decidida ante este Tribunal Arbitral. La Demandante no lo ve así y confirma la competencia de este Tribunal Arbitral.
88. La Demandante, por su parte, considera que Colombia le dispensó un trato injusto e inequitativo, al frustrar sus expectativas legítimas respecto a la obligación de pago de regalías de CMSA, y adoptar medidas arbitrarias e incoherentes. Además, Colombia falló en proveer un entorno jurídico y empresarial estable para la inversión<sup>36</sup>. Por todo eso, la Demandante reclama:

---

<sup>36</sup> Réplica, para. 353.

**Laudo**

- Los daños históricos sufridos por haber pagado regalías sobre el níquel bajo la nueva fórmula, que considera errada, a una tasa superior a la realmente aplicable, y con una deducción de costos inferior a la correcta. También reclama el reembolso de las regalías pagadas sobre el hierro.
- Una compensación por los daños futuros que surjan si se siguen liquidando regalías en la forma ilegal apuntada.
- Una orden de revocación y de cese en el empeño de ejecutar medidas específicas causantes de un ilícito internacional o, alternativamente una indemnización por el daño que pudieran causar las medidas ilegítimas.

**Laudo**

**IV. PRETENSIONES DE LAS PARTES**

**1. PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE**

89. En las Conclusiones Demandante, la Demandante fijó así sus pretensiones<sup>37</sup>:

“(a) DECLARE que Colombia ha violado el Artículo II (3) del Tratado;

(b) ORDENE que Colombia:

(i) pague a la Demandante el valor a la fecha del laudo de los pagos efectuados por CMSA que no se habrían efectuado de no ser por las Medidas de Colombia en violación del Tratado, que ascienden a la suma de US\$90,037,984;

(ii) a través de la Agencia Nacional de Minería, la Contraloría General de la República y la UPME, cese y deje sin efecto todas y cada una de las acciones que causan y resultan en sus incumplimientos del Tratado, en particular que: (i) la Agencia Nacional de Minería retire y deje sin efecto de manera inmediata la Orden de Pago VSC 26; (ii) la Agencia Nacional de Minería retire y deje sin efecto de manera inmediata la Resolución 293, así como también desista de su oposición a la impugnación legal de CMSA en contra de dicha resolución; (iii) la Agencia Nacional de Minería desista y retire de manera inmediata la Demanda de Cundinamarca; (iv) que la Agencia Nacional de Minería retire y deje sin efecto de manera inmediata su Resolución 576, así como a su oposición a la impugnación legal de CMSA en contra de dicha resolución; y (v) la Contraloría General de la República cierre de manera inmediata el proceso de responsabilidad fiscal del Auto 63;

(iii) a través de la UPME, fije cualquier precio base futuro para el pago de regalías sobre el níquel de manera consistente con la declaración de ilegalidad del párrafo 261(a) anterior; y

(iv) proporcione las declaraciones y garantías apropiadas, incluidas las de la Agencia Nacional de Minería, la Contraloría General de la República y la UPME, de que Colombia se abstendrá de dictar cualquier medida incompatible con la declaración de ilegalidad solicitada en el párrafo 261(a).

(c) en el caso de que Colombia no cese sus Medidas ilegales en violación del párrafo 261(b)(i)-(iv) anterior dentro de los 180 días siguientes a este laudo (o aquel otro término que el Tribunal considere apropiado), que Colombia otorgue reparación plena por sus incumplimientos, ORDENANDO que Colombia:

(i) pague a la Demandante una indemnización por daños a la fecha del laudo por un monto de US\$73,570,987, o cualquier otra suma que el Tribunal

---

<sup>37</sup> Conclusiones Demandante, para. 261. Traducción de la Demandante.

**Laudo**

- considere apropiada, que represente la diferencia del valor presente neto de los ingresos netos hasta el final del plazo del Contrato 51 en el año 2044 entre un escenario con y otro sin las Medidas ilícitas en relación con la implementación de la metodología de precio de referencia establecida en la Resolución 293;
- (ii) mantenga plenamente indemne y exima de responsabilidad a la Demandante con respecto a cualquier pago que CMSA pueda ser ordenada a realizar en relación con las Medidas ilegales de Colombia (incluyendo, sin limitación, con respecto a la Orden de Pago 26; los procedimientos relacionados con la Resolución 576; la Demanda de Cundinamarca; y el Auto 63);
- (d) OTORGUE a la Demandante intereses posteriores al laudo sobre las sumas concedidas en virtud de los apartados (b) y (c) anteriores, a una tasa igual al WACC de CMSA capitalizado semestralmente, o a otra tasa y/o período de capitalización que el Tribunal determine que garantizará la reparación plena, que correrán desde la fecha del laudo hasta la fecha del pago total y definitivo;
- (e) DECLARE que: (i) el otorgamiento de cualesquiera daños e intereses se hace neto de los impuestos colombianos aplicables; y (ii) Colombia no puede deducir impuestos con respecto al pago de daños e intereses que sean concedidos;
- (f) ORDENE a Colombia que mantenga indemne y exima de responsabilidad a la Demandante en su totalidad con respecto a cualquier impuesto colombiano sobre la indemnización otorgada, en la medida en que dicha indemnización ha sido calculada neta de impuestos colombianos;
- (g) ORDENE a Colombia que mantenga indemne y exima de responsabilidad a la Demandante con respecto a cualquier responsabilidad por doble imposición en el Reino Unido que pueda surgir y que no habría surgido de no ser por las Medidas ilegales de Colombia; y
- (h) ORDENE a Colombia que pague todas los costos y gastos de este arbitraje, incluyendo, pero sin limitarse a, los honorarios de los abogados y peritos de la Demandante, los honorarios y gastos del Tribunal y los gastos administrativos y de otro tipo del CIADI, más los intereses hasta la fecha de pago; y
- (i) CONCEDA cualquier remedio adicional o alternativo que el Tribunal juzgue apropiado”.

**2. PRETENSIONES DE LA DEMANDADA**

90. La Demandada fijó su *petitum* en Conclusiones Demandada de la siguiente forma<sup>38</sup>:

---

<sup>38</sup> Conclusiones Demandada, para. 214.

**Laudo**

- “a. Declare que carece de jurisdicción;
- b. Con carácter subsidiario, declare que las pretensiones de la Demandante son inadmisibles;
- c. Con carácter supra subsidiario, declare que:
  - (i) la República de Colombia no ha incumplido el APPRI; o
  - (ii) en caso y en la medida en que se determine que Colombia ha incumplido el APPRI, que la Demandante no ha sufrido ningún daño indemnizable;
- d. En todo caso, condene a la Demandante a pagar todas las costas y gastos de este procedimiento arbitral, más intereses previos y posteriores al laudo hasta la fecha del pago; y
- e. Otorgue las medidas que el Tribunal considere justas y oportunas”.

**Laudo**

**V. ANÁLISIS<sup>39</sup>**

91. El Tribunal Arbitral tiene que decidir si tiene competencia (**V.1.**) y, de ser así, entrará a analizar el fondo del asunto (**V.2.**). Finalmente, tratará cuestiones ancilares como costas e intereses post-laudo (**V.3.**).
92. En el siguiente análisis de las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral ha escogido los hechos, argumentos y prueba que consideró decisivos, omitiendo aquéllos de naturaleza subsidiaria o accesoría. En consecuencia, el Tribunal Arbitral aclara que, aunque un hecho, argumento o prueba no aparezca reflejada expresamente en este Laudo, esto no significa que no haya sido analizado y considerado por el Tribunal Arbitral para arribar a sus conclusiones.

**V.1. OBJECIONES JURISDICCIONALES**

93. La Demandada ha planteado diversas objeciones jurisdiccionales<sup>40</sup>, que permiten cierta agrupación, atendiendo a la crítica contenida: *treaty shopping* (**1.**), disputa subyacente (**2.**) y, por último, el incumplimiento de requisitos de procesabilidad (**3.**).

**1. TREATY SHOPPING**

94. La Demandada sugiere que la Demandante habría adquirido su participación en CMSA (**1.1.**), consciente de la existencia de una disputa con el Estado colombiano (**1.2.**); derivando así en una acción fraudulenta, encaminada a obtener protección a través del APPRI.

**1.1. LA ADQUISICIÓN DE CMSA**

95. El Tribunal Arbitral ofrecerá un relato cronológico de la evolución del accionariado de CMSA (**A.**); después, presentará las posiciones de las Partes (**B.**); y, por último, tomará una decisión (**C.**).

---

<sup>39</sup> El árbitro Prof. Andrés Jana ha emitido una opinión disidente parcial adjunta al presente Laudo. El Prof. Jana discrepa de la decisión de la mayoría de otorgar un *indemnity* por daños futuros a la Demandante, de algunas de las razones en que la Mayoría fundamenta la conclusión del Tribunal Arbitral que la Demandada ha incumplido el Artículo II.3 del APPRI, y de la decisión sobre las costas. Las razones y aspectos específicos de la disidencia se contienen en la referida opinión disidente. En consecuencia, la concurrencia del Prof. Jana al razonamiento y conclusiones en el presente Laudo debe considerarse a la luz de dicha opinión disidente.

<sup>40</sup> La Demandada planteó inicialmente un total de ocho objeciones jurisdiccionales, algunas de las cuales dejaron de desarrollarse en los siguientes pasos del arbitraje. A continuación, se muestran las objeciones presentadas tanto en la Audiencia como en el posterior Escrito de conclusiones [“**Conclusiones Demandada**”].

**Laudo**

**A. El accionariado de CMSA**

96. La línea temporal se puede dividir en dos tramos: antes y después de una escisión corporativa que aconteció en 2015.

**a. Antes de la escisión**

97. CMSA se creó en marzo de 1979, con Billiton Overseas Limited y la Compañía de Níquel Colombiano SA como accionistas<sup>41</sup>. Billiton Overseas Limited contaba con un 35% del accionariado<sup>42</sup>. Billiton Overseas Limited pertenecía al grupo Billiton. A lo largo de los siguientes años, las acciones que Billiton Overseas Limited tenía en CMSA pasaron a estar en manos de otras empresas del mismo grupo Billiton.

98. El siguiente movimiento accionarial reseñable se produjo en 1994, cuando el porcentaje de propiedad de Billiton aumentó al 52,31% – las acciones las detentaba (dentro del grupo Billiton) Billiton (BVI) Limited y Conicol (BVI) Limited<sup>43</sup>.

99. En febrero de 1997 el grupo Billiton se convirtió prácticamente en accionista único de CMSA, al adquirir la participación estatal del 46,88%<sup>44</sup>; lo hizo a través de la empresa Billiton Group (BVI) Limited.

---

<sup>41</sup> Memorial, nota al pie 9.

<sup>42</sup> Memorial, para. 11.

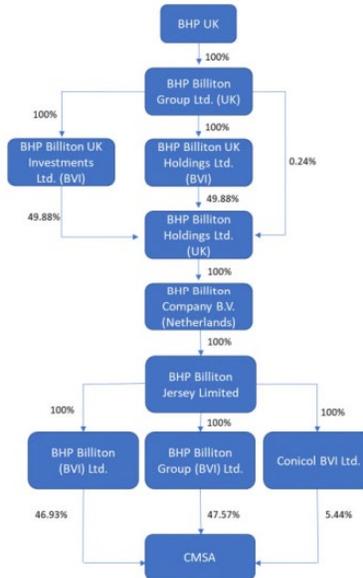
<sup>43</sup> Memorial, nota al pie 11.

<sup>44</sup> Memorial, nota al pie 19.

**Laudo**

100. En 2001 el grupo Billiton pasó a llamarse BHP Billiton<sup>45</sup>. Éste era el aspecto de la cadena de propiedad en CMSA a junio de 2014<sup>46</sup>:

CMSA's corporate chain prior to the Demerger internal restructuring (June 2014)



**b. Después de la escisión**

101. En 2014 BHP Billiton decidió escindir sus empresas en dos categorías<sup>47</sup>: activos principales (*core assets*)<sup>48</sup> y activos secundarios (*non-core assets*)<sup>49</sup>. CMSA pertenecía a la segunda categoría.

102. BHP Coal Holdings Pty Limited fue la filial escogida para adquirir los activos secundarios, mientras que los activos principales permanecerían en BHP Billiton<sup>50</sup>.

103. BHP Coal Holding Pty Limited cambiaría su nombre a South32 Limited. South32 Limited estaría, así, al frente del grupo South32<sup>51</sup>.

104. A consecuencia de la escisión y creación del grupo South32, dos de los accionistas de CMSA, que incluían “BHP Billiton” en su denominación, cambiaron su nombre a “South32”; de la siguiente forma:

- Billiton Group (BVI) Limited, con un 47,57% del accionariado, se convirtió en South32 Group BVI Limited; y

<sup>45</sup> Memorial, para. 16.

<sup>46</sup> Réplica, p. 223. Nótese que algunos de los porcentajes de propiedad se modificaron ligeramente, respecto a la narración contenida en los párrafos anteriores.

<sup>47</sup> HT-EN, Día 3, p. 825, ll. 2-3.

<sup>48</sup> Dúplica Jurisdicción, para. 44.

<sup>49</sup> Réplica, para. 384: petróleo, cobre, hierro, potasa y carbón.

<sup>50</sup> Réplica, para. 384.

<sup>51</sup> Réplica, para. 384.

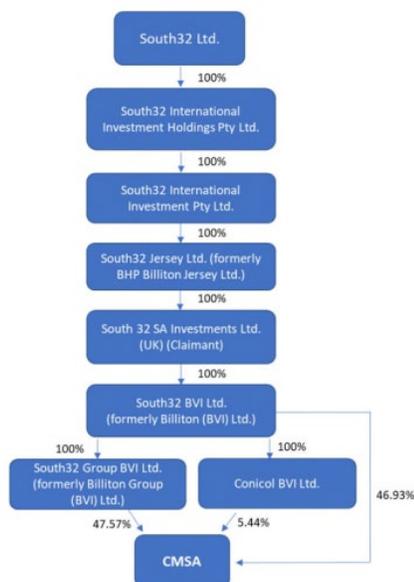
**Laudo**

- Billiton (BVI) Ltd., con un 46,93% del capital social, pasó a conocerse como South32 BVI Limited.

105. Conicol BVI Limited, la otra accionista, con un 5,44%, no mudó su denominación.

106. La cadena de propiedad en CMSA, en 2015, quedó así<sup>52</sup>:

CMSA's corporate chain following the Demerger (2015)



107. South32 SA Investments Limited es la Demandante en este arbitraje: detenta el 100% de las acciones en South32 BVI Limited, quien a su vez es propietaria de forma directa sobre el 46,93% del accionariado de CMSA y, de forma indirecta, de otro 53,01%<sup>53</sup>; en total, un 99,94%.

**B. Posiciones de las Partes**

108. Resulta incontrovertido que BHP Billiton SA Investments Limited (constituida en el Reino Unido) le compró a BHP Billiton Jersey Limited (constituida en Jersey) la participación accionarial indirecta en CMSA. BHP Billiton SA Investments Limited cambiaría después su denominación a South32 SA Investments Limited (la Demandante).

<sup>52</sup> Réplica, p. 224.

<sup>53</sup> 47,57% a través de South32 Group BVI Limited y 5,44% a través de Conicol BVI Limited.

**Laudo**

109. Dado que BHP Billiton Jersey Limited, como empresa de Jersey, no tiene acceso a la protección del APPRI, pero BHP Billiton Investments Limited sí, la Demandada deduce que aquella transmisión se realizó para lograr tal protección<sup>54</sup>.
110. La Demandante niega que la motivación de la transmisión fuera la alegada por la Demandada: las acciones de CMSA siempre habrían estado en manos de inversores protegidos, tanto antes<sup>55</sup> como después de la escisión<sup>56</sup> – esto impediría apreciar la existencia de abuso<sup>57</sup>, especialmente, teniendo en cuenta que el estándar aplicable es muy alto<sup>58</sup>

**C. Decisión del Tribunal Arbitral**

111. El Tribunal Arbitral se posiciona con la Demandante:
112. El testigo Purdy testificó que, antes de la escisión, en la cúspide de la cadena de propiedades sobre CMSA se situaba BHP UK (constituida en el Reino Unido). BHP UK era, pues, propietaria indirecta de casi el 100% de CMSA. Siendo esto así, BHP UK cumplía los requisitos fijados en el art. I del APPRI para ser considerada:
- Un inversor (“corporaciones ... constituidas según la ley vigente en cualquier parte del Reino Unido”);
  - Con una inversión protegida (“inversión se refiere a ... acciones ... y cualquier otro tipo de participación económica en una compañía [en Colombia]” ... “de [su] propiedad o [que] control[e] directa o indirectamente”).
113. Después de la escisión, la Demandante (constituida en el Reino Unido) se convirtió en propietaria, indirecta, prácticamente de la totalidad del capital social de CMSA, cumpliendo así, igualmente, con los requisitos del art. I del APPRI para considerarse un inversor con una inversión protegida.
114. No resulta relevante que la Demandante adquiriera la inversión de manos de una empresa no protegida por el APPRI, porque, en todo caso, esta empresa no protegida se situaba en un puesto intermedio dentro de la cadena de propiedad; la protección del APPRI no estuvo nunca cuestionada, pues venía concedida por el hecho de que, en la cúspide de la cadena accionaria, se situaba BHP UK.
115. Esta objeción jurisdiccional queda, pues, rechazada.

---

<sup>54</sup> Contestación, para. 317.

<sup>55</sup> Réplica, para. 392.

<sup>56</sup> Réplica, para. 376.

<sup>57</sup> Réplica, para. 394.

<sup>58</sup> Réplica, para. 377.

**Laudo**

**1.2. LA EXISTENCIA DE UNA DISPUTA**

116. Habiendo ya decidido que CMSA fue siempre una inversión protegida por el APPRI, el segundo argumento esgrimido por la Demandada que pretendía demostrar el *treaty shopping*, pierde ya relevancia.
117. En todo caso, y en deferencia al esfuerzo alegatorio hecho por las Partes, el Tribunal Arbitral lo tratará a continuación, aunque sea brevemente.
118. Hay (al menos) dos actuaciones del Estado colombiano que, supuestamente, constituyen una violación del APPRI y que, a entender de la Demandada, ocurrieron en un momento anterior a la adquisición de CMSA por la Demandante:
- La revisión de qué costes constituyen costos deducibles: la Demandada recuerda que ya en 2010 CMSA recurrió las órdenes de pago emitidas por el Estado a cuenta de una auditoría externa sobre los costes deducibles<sup>59</sup>;
  - La determinación del precio de referencia del níquel en desarrollo de la fórmula de la Ley de Regalías: se trató de un largo proceso, que comenzó en 2010 y del que CMSA tomó pleno conocimiento; es más, la Demandada resalta que en 2014 CMSA mostró su desacuerdo con la metodología que la Agencia Nacional de Minería propuso emplear para estimar el precio del níquel<sup>60</sup>.
119. Con base en lo anterior, la Demandada sostiene que, a 2 de febrero de 2015, cuando la Demandante adquirió su participación en CMSA, ésta y el Estado colombiano estaban ya inmersos en una disputa<sup>61</sup>; de forma que había alta probabilidad y una expectativa razonable de que tal disputa derivara en una reclamación internacional<sup>62</sup> – constituyendo así un *treaty shopping* no permitido<sup>63</sup>.
120. La Demandante propugna que el estándar aplicable para apreciar un abuso de derecho a través de *treaty shopping* ha de ser muy alto<sup>64</sup>; la Demandada no discute que el estándar sea alto, pero considera que casos como *Phillip Morris*<sup>65</sup> lo han rebajado de forma que bastaría con que hubiera una perspectiva razonable (“*reasonable prospect*”) respecto a la aparición de una disputa<sup>66</sup>. El Tribunal Arbitral no considera cumplido el estándar, aun asumiendo que éste fuera el estándar rebajado propuesto por la Demandada:

---

<sup>59</sup> Contestación, para. 325.

<sup>60</sup> Contestación, para. 328.

<sup>61</sup> Contestación, para. 317.

<sup>62</sup> Contestación, para. 321.

<sup>63</sup> Contestación, paras. 314 y 330.

<sup>64</sup> Réplica, para. 377.

<sup>65</sup> **Doc. RL 56**, *Phillip Morris (Laudo Parcial)*.

<sup>66</sup> Contestación, para. 321.

**Laudo**

121. *Primero*, la Demandante ha presentado prueba suficiente de que la adquisición de CMSA por parte de South32 SA Investments Limited se produjo como consecuencia de una decisión corporativa de escisión de activos a nivel global, dentro de la cual CMSA no era más que uno de otros tantos activos considerados secundarios. Dificilmente un grupo empresarial como BHP Billiton – uno de los mayores grupos mineros a nivel mundial, con empresas cotizadas sometidas a estricta supervisión bursátil<sup>67</sup> – se embarcaría en una operación de reestructuración societaria global a cuenta de una posible disputa por un activo situado en Colombia, cifrada en aquel entonces en unos USD 155 millones [“M”]<sup>68</sup>.
122. *Segundo*, esta estrategia de reestructuración global fue ideada a principios de 2014<sup>69</sup> y hecha pública en abril de ese mismo año<sup>70</sup>. Hasta ese momento, como correctamente apunta la Demandada, había ocurrido lo siguiente:
123. (i) El 30 de octubre de 2008 Colombia había contratado una auditoría contable sobre los costos deducidos por CMSA para el cálculo de regalías de los años 2004 a 2007; el resultado fue que había costos mal contabilizados, de forma que se debían regalías por importe de unos COP 24,9 millardos<sup>71</sup>.
124. La Demandada destaca que CMSA recurrió esta orden de pago, de lo que deduce que la disputa concerniente a los costos deducibles era ya anticipable. La Demandante responde que una mera disputa genérica sobre peticiones de pagos adicionales no demuestra que fuera previsible (y con alta probabilidad) que tal disputa se fuera a tornar en una disputa internacional<sup>72</sup>.
125. El Tribunal Arbitral no cree que los hechos apoyen la posición de la Demandada:
- Aunque CMSA inicialmente presentó recurso de reposición contra la orden de pago (que perdió)<sup>73</sup>, finalmente la acató sin reservas<sup>74</sup> – por tanto, cualquier debate que pudiera haber existido, quedó finiquitado.
  - La auditoría llevada a cabo simplemente comprobó la corrección contable de los costos deducidos, respecto a los cuatro años anteriores; como se verá en mayor detalle *infra*, la disputa respecto a los costos deducibles traída a este arbitraje se refiere a otras cuestiones, tales como: revisiones que se retrotraen mucho más

---

<sup>67</sup> Declaración testimonial de Brian Purdy [“Purdy WS”], paras. 10 y 18.

<sup>68</sup> Doc. C 29, p. 8.

<sup>69</sup> HT-EN, Día 3, p. 825, ll. 2-3.

<sup>70</sup> Doc. C 163.

<sup>71</sup> Doc. C 74.

<sup>72</sup> Réplica, para. 406.

<sup>73</sup> Doc. C 72.

<sup>74</sup> Doc. C 75.

**Laudo**

allá en el tiempo (a 1982<sup>75</sup> y 1998<sup>76</sup>) y que imponen un requisito de causalidad para permitir su deducción<sup>77</sup> – nada de esto fue objeto de aquella auditoría.

126. (ii) Aunque la Agencia Nacional de Minería estaba inmersa en el proceso abierto de establecimiento de la fórmula para determinar el precio de referencia del níquel desde 2010, no hay evidencia de que en 2014 CMSA conociera cómo iba a resultar la fórmula final:
127. Entre finales de 2014 y principios de 2015 se produjeron encuentros entre entes estatales y CMSA para debatir cuál debía ser la fórmula escogida<sup>78</sup>. En esos diálogos, CMSA llegó a preparar una presentación en la que exploraba tres distintas alternativas para implementar las instrucciones contenidas en la Ley de Regalías<sup>79</sup>; la primera de ellas es la que la Demandante defiende ahora, en este arbitraje, como la fórmula correcta de determinación del precio del níquel. Otra de las alternativas es muy similar a la fórmula que finalmente resultaría adoptada en la Resolución 293.
128. La Demandante sostiene que, hasta marzo de 2015, cuando el Estado publicó el primer borrador de la Resolución 293, no se podía saber si las sesiones de trabajo conjunto antes apuntadas habían dado el fruto pretendido por CMSA<sup>80</sup>. El Tribunal Arbitral considera que el argumento resulta razonable.
129. La Demandada lo rebate, no obstante, alegando que el precio de referencia finalmente adoptado en la Resolución 293 se asemeja mucho a una de las alternativas propuestas por CMSA en esos diálogos establecidos con la autoridad minera<sup>81</sup>. Colombia parece indicar que, habiendo CMSA barajado una fórmula para el precio de referencia semejante a la que eventualmente adoptó el Estado, CMSA podía anticipar la existencia de una disputa. Pero este argumento no se sostiene: si, como afirma la Demandada, la propia CMSA había aceptado como válida una fórmula semejante a la finalmente adoptada, esto significaría que no había disputa a la vista.
130. El Tribunal Arbitral constata que, desde la promulgación de la Ley de Regalías en 1994 y hasta la adopción de la Resolución 293 en mayo de 2015, había una incógnita en torno a cómo el Estado iba a desarrollar normativamente el precio de referencia de la regalía del níquel. Pero la mera incertidumbre normativa no se equipara a que haya visos razonables de la aparición de una disputa.
131. De lo anterior se colige que, en febrero de 2015, cuando la Demandante adquirió la propiedad indirecta sobre CMSA, la Demandante no pudo, razonablemente, contemplar la aparición de la disputa que emergería con el Estado colombiano en el

---

<sup>75</sup> Doc. C 32.

<sup>76</sup> Doc. C 35.

<sup>77</sup> Docs. C 35 y 111.

<sup>78</sup> Contestación, paras. 191 y 192.

<sup>79</sup> Doc. R 41.

<sup>80</sup> Réplica, para. 408.

<sup>81</sup> Doc. R 42, p. 25; Contestación, paras. 192-194.

**Laudo**

futuro. Alcanzada esta conclusión, resulta innecesario adentrarse en el debate secundario sobre cuál es el grado de previsibilidad aplicable para determinar si ha habido un abuso procesal. Esta objeción jurisdiccional queda, así, rechazada.

**2. NATURALEZA DE LA DISPUTA**

132. Colombia hace notar que la discusión de este arbitraje surge de la inconformidad de la Demandante con las liquidaciones de regalías practicadas. Una inconformidad que la Demandante ha planteado ante los tribunales ordinarios y arbitrales locales, con la finalidad de anular dichas liquidaciones; y, de hecho, algunas de las acciones domésticas han resultado exitosas para la Demandante<sup>82</sup>: existen dos laudos (uno firme y otro sujeto a un procedimiento de anulación aún en curso) que le han dado la razón a la Demandante. Este Laudo se detendrá *infra* en el análisis de esos laudos.

133. La Demandada presenta varias objeciones jurisdiccionales vinculadas al carácter de disputa doméstica y contractual (2.1.) y a la prematuridad de la reclamación (2.2.).

**2.1. DISPUTA DOMÉSTICA Y CONTRACTUAL**

134. El Tribunal Arbitral expondrá, en primer lugar, las posiciones de las Partes (A.) y, después, la decisión del Tribunal Arbitral (B.).

**A. Posiciones de las Partes**

135. La objeción jurisdiccional de la República es doble:

**a. Incompetencia para decidir sobre la legalidad bajo Derecho local**

136. La primera objeción está basada en el art. IX.13 del APPRI:

“El tribunal no será competente para pronunciarse sobre la legalidad de la medida tomada por una Parte Contratante como asunto de la ley interna”.

137. A entender de Colombia, el APPRI excluye las disputas domésticas de la competencia del Tribunal<sup>83</sup>. Y, aquí, la discusión principal entre las Partes sería una disputa doméstica: la obligación de pago de regalías bajo las Concesiones<sup>84</sup>.

138. La Demandante tacha de inadmisibles esta objeción, por haber sido planteada por la Demandada por primera vez en la Dúplica, contraviniendo la Regla de Arbitraje 41.1 que permite la presentación de objeciones jurisdiccionales a más tardar, en la

---

<sup>82</sup> Dúplica, para. 199.

<sup>83</sup> Dúplica, para. 180.

<sup>84</sup> Dúplica, paras. 176-177.

**Laudo**

Contestación<sup>85</sup>. No consta respuesta de la Demandada respecto a esta alegación de inadmisibilidad.

139. En todo caso, la Demandante no niega haber cuestionado la corrección de ciertas medidas respecto al Derecho colombiano y a los Contratos – algo inevitable, dado que su inversión se canaliza a través de los Contratos; por tanto, al analizar todos los hechos que subyacen a la disputa, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta el Derecho colombiano y los Contratos<sup>86</sup> – pero, una cosa es tener en consideración cuestiones legales o contractuales<sup>87</sup>, y otra muy distinta es decidir o pronunciarse sobre ellas<sup>88</sup>. La Demandante no está pidiendo que el Tribunal decida sobre la legalidad de las medidas como una cuestión de Derecho local, sino como una cuestión de incumplimiento internacional<sup>89</sup>.
140. La Demandada reitera que, por mucho que la Demandante cree la apariencia de que su disputa trata de la violación del APPRI, en realidad no es más que una disputa puramente doméstica<sup>90</sup> y, además, contractual. Teniendo cada Contrato su propio foro de resolución de disputas<sup>91</sup>, son éstos los correctos para dirimir la controversia, y no este Tribunal Arbitral.
141. La Demandante lo ve distinto: aunque los Contratos contengan una cláusula jurisdiccional, esto no significa que el inversor esté impedido para comenzar un arbitraje de inversión<sup>92</sup>; y, con mayor razón aquí, en que la contraparte del Estado en los Contratos no es el inversor, sino CMSA<sup>93</sup>.

**b. Vía electa**

142. Como segunda objeción, Colombia recuerda que todas las medidas cuestionadas por la Demandante han sido objeto de litigio ante los juzgados colombianos<sup>94</sup>, con idénticas pretensiones a las de este arbitraje<sup>95</sup>; de hecho, la Demandante ha cosechado un considerable grado de éxito, pues hay medidas que ya han sido anuladas y los daños causados, compensados<sup>96</sup>.
143. La Demandada invoca así la objeción de vía electa, pues según el art. IX.3 y 9 del APPRI:

---

<sup>85</sup> Dúplica Jurisdicción, para. 23.

<sup>86</sup> Dúplica Jurisdicción, para. 14.

<sup>87</sup> Conclusiones Demandante, paras 194 y 195.

<sup>88</sup> Dúplica Jurisdicción, para. 15.

<sup>89</sup> Dúplica Jurisdicción, para. 30.

<sup>90</sup> Dúplica, para. 183.

<sup>91</sup> Contestación, para. 338.

<sup>92</sup> Réplica, para. 345.

<sup>93</sup> Réplica, para. 344.

<sup>94</sup> Dúplica, para. 192.

<sup>95</sup> Dúplica, para. 196.

<sup>96</sup> Dúplica, para. 199.

**Laudo**

“3. Las controversias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante ... serán sometidas a las cortes locales o al arbitraje internacional, si así lo desea el inversionista involucrado ...”.

“9. Una vez el inversionista haya sometido la controversia a alguno de los procedimientos de los párrafos 3 [y 4], tal elección será definitiva”.

144. A modo de ver de Colombia, la Demandante aquí ya habría optado, con efecto vinculante, por la vía de la jurisdicción ordinaria colombiana para enjuiciar la legalidad de las medidas cuestionadas en este arbitraje<sup>97</sup>.
145. La Demandante, sin embargo, considera que, para que se active la vía electa, el inversor debió optar por someter su controversia a la jurisdicción local. Pero aquí, las acciones locales ni las inició el inversor, ni tratan una controversia internacional<sup>98</sup>.

**B. Decisión del Tribunal Arbitral**

146. El Tribunal Arbitral se posiciona con la Demandante.
147. Ambas objeciones parten de un punto en común: que, según los términos en que se ha presentado la disputa, este Tribunal Arbitral está llamado a pronunciarse sobre la legalidad de las medidas de conformidad con el Derecho colombiano. El Tribunal Arbitral rechaza esta premisa (**b.**), pero como cuestión previa, se pronunciará, brevemente, sobre la admisibilidad de la primera objeción (**a.**).

**a. Admisibilidad de la objeción**

148. En cuanto a la primera objeción, la Regla de Arbitraje 41.1 es clara en establecer que cualquier objeción jurisdiccional debe presentarse lo antes posible y, en ningún caso, más tarde de la Contestación. Aquí, sin embargo, la objeción jurisdiccional basada en el art. IX.13 del APPRI fue presentada por Colombia recién en su escrito de Dúplica. Nótese que la Demandada ni ha refutado la extemporaneidad, ni ha dado argumentos para defender la admisibilidad de su objeción. La objeción sería, por tanto, en principio, inadmisibile por una cuestión temporal.
149. Dicho esto, el Tribunal Arbitral es consciente de que la problemática creada por la presentación extemporánea de objeciones jurisdiccionales no ha recibido un tratamiento uniforme en laudos anteriores, dado que la Regla de Arbitraje 41.2 le exige al Tribunal Arbitral comprobar el cumplimiento de todos los requisitos jurisdiccionales<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Dúplica, para. 192.

<sup>98</sup> Réplica, para. 415.

<sup>99</sup> **Doc. RL 122**, pp. 527-528.

**Laudo**

150. Sea como fuere, la objeción no resulta pertinente, toda vez que el Tribunal Arbitral no va a pronunciarse sobre la legalidad de las medidas, como una cuestión de derecho colombiano.
151. Y aun si lo hiciera (*quod non*), es altamente discutible que tal hipotético pronunciamiento implicara una transgresión jurisdiccional, por las razones apuntadas *infra*.
- b. Legalidad bajo el Derecho internacional**
152. La Demandante ha comenzado un arbitraje basado en la supuesta violación de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo – un ilícito internacional.
153. La Demandada sugiere que tal disputa internacional sería una mera fachada: en realidad, aquí no hay más que una disputa doméstica sobre la legalidad bajo Derecho colombiano de las medidas adoptadas y esta disputa:
- Estaría fuera de la competencia del Tribunal Arbitral y;
  - Se estaría dirimiendo ya ante otros tribunales.
154. El Tribunal no está convencido de que la disputa ante él planteada tenga una naturaleza doméstica. Y esto por tres motivos: el posible pronunciamiento sobre la legalidad de una medida constituiría un presupuesto fáctico a ser subsumido en la norma internacional (i.), los ilícitos internacionales y nacionales actúan a niveles distintos (ii.), y el mecanismo de resolución de conflictos que provee el APPRI debe operar con autonomía para salvaguardar su finalidad (iii.).
155. (i) El art. IX.13 del APPRI le impide al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la legalidad de una medida “como asunto de la ley interna”.
156. Pero aquí, el Tribunal Arbitral no está llamado a declarar la legalidad de las medidas como cuestión de Derecho colombiano, sino como cuestión de Derecho internacional. Cualquier determinación de la conformidad de las medidas con el Derecho colombiano sería una apreciación legal que se convertiría en un presupuesto fáctico para el Tribunal Arbitral, después, subsumir ese hecho en la norma contenida en el APPRI y así decidir si éste fue cumplido debidamente.
157. Este Laudo no se pronuncia sobre la legalidad de las medidas como cuestión de Derecho colombiano. Pero, aun si alguna determinación contenida en el Laudo se interpretara como tal pronunciamiento, constituiría un presupuesto fáctico para la determinación de la existencia de un ilícito internacional.
158. Esta conclusión viene refrendada tanto en el texto de otros tratados, como en decisiones arbitrales anteriores:

**Laudo**

159. *Respecto a otros tratados*, si bien no es habitual hallar una limitación tan explícita como la contenida en el art. IX.13 del APPRI – lo dice la propia Demandada<sup>100</sup> – el contenido del art. IX.13 no es único. Colombia se ha referido a otro tratado en vigor, que contiene la misma restricción a la competencia del tribunal arbitral. Se trata del art. 8.31.2 del Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá (CETA)<sup>101</sup>.
160. Éste establece explícitamente que el tribunal arbitral carecerá de jurisdicción para determinar la legalidad de una medida, sobre la que recaiga una alegación de incumplimiento del tratado, bajo el derecho interno de una parte<sup>102</sup>. Pero el mismo Acuerdo explica que ello no le impide al tribunal tomar en cuenta el derecho interno como una cuestión fáctica y, al hacerlo, deberá seguir la interpretación predominante que den los órganos jurisdiccionales o autoridades del Estado. Cualquier sentido que el tribunal arbitral pudiera atribuir al derecho interno carecerá de carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales o autoridades de dicho Estado<sup>103</sup>.
161. El texto del tratado – aunque más amplio que el del APPRI – viene a refrendar, por tanto, la conclusión alcanzada por el Tribunal Arbitral *supra*. *En cuanto a decisiones arbitrales anteriores*, el Tribunal Arbitral también halla en ellas apoyo a su interpretación:
162. En *Bayindir*<sup>104</sup> el tribunal arbitral admitió que su competencia se limitaba a disputas originadas en el tratado y no a disputas contractuales. Pero dicho esto, el tribunal proclamó su competencia para tomar en consideración tanto el contrato, como la ley local, pues se trataba de analizar cuestiones fácticas relevantes para cualquier determinación a alcanzar respecto a la existencia de un incumplimiento del tratado.
163. En *AES*<sup>105</sup> el tribunal arbitral enfatizó que su rol no era el de un juzgado local: no consistía en determinar si la actuación estatal fue conforme a Derecho local, sino en analizar la forma en la que la legislación fue aplicada y determinar si de ello se derivaba un incumplimiento del tratado.

---

<sup>100</sup> Dúplica, para. 180.

<sup>101</sup> Dúplica, para. 182.

<sup>102</sup> “El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte”.

<sup>103</sup> “Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte”.

<sup>104</sup> **Doc. CLA 63**, *Bayindir (Laudo)*, para. 135.

<sup>105</sup> **Doc. RL 97**, *AES (Laudo)*, paras. 306 y 307.

**Laudo**

164. En *Hamester*<sup>106</sup> el tribunal arbitral confirmó su competencia para analizar los posibles incumplimientos contractuales y en *Urbaser* el tribunal arbitral señaló lo propio respecto a las violaciones del marco regulatorio local<sup>107</sup>.
165. La Demandada ha argumentado que ninguno de los anteriores casos estaba basado en un APPRI con una formulación similar a la contenida en el art. IX.13, que impide al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre la legalidad de las medidas, de conformidad con el Derecho local<sup>108</sup>. El Tribunal Arbitral comparte esta apreciación: es un hecho irrefutable que, como apunta Colombia, los tratados que subyacían a los casos citados, no contenían un texto semejante al presente en el art. IX.13 del APPRI.
166. Pero el Tribunal Arbitral no considera que la provisión del art. IX.13 del APPRI altere las premisas bajo las cuales los tribunales antes citados emitieron sus decisiones: el tribunal arbitral en un arbitraje de inversión no está llamado a pronunciarse sobre la legalidad de una conducta bajo el Derecho local – lo diga o no lo diga expresamente el tratado; pero, en la medida en que el derecho interno deba tenerse en cuenta como un presupuesto fáctico del que pueda derivar un ilícito internacional, el tribunal arbitral tiene competencia para poder apreciarla.
167. (ii) El Tribunal no considera que la disputa ante él planteada tenga una naturaleza doméstica:
168. La inversión de la Demandante tiene una base contractual, pues las Concesiones se hallan formalizadas en Contratos; esto lleva a que el Tribunal Arbitral tenga que tomar en cuenta el contenido obligacional de dichos Contratos y la actuación estatal sobre ellos, realizada en el marco de la ley colombiana. Pero este análisis no será determinante de la naturaleza de la controversia, de la competencia del Tribunal Arbitral, ni de sus conclusiones de fondo:
- Un incumplimiento de la legislación nacional puede o no dar lugar a la vulneración de la obligación de dispensar un trato justo y equitativo; de hecho, al respecto, la propia Demandada señala que no puede bastar con que una medida sea contraria a Derecho colombiano, para que conlleve una violación del APPRI, y le exige a la Demandante que “demuestre algo más”<sup>109</sup> – el Tribunal Arbitral está de acuerdo con este enfoque.
  - Un ilícito internacional, consistente en la vulneración del trato justo y equitativo implica el incumplimiento de estándares altos de conducta que, pueden haberse traducido también en un ilícito nacional – es decir, el que una misma conducta pueda dar lugar a ilícitos nacionales e internacionales no le resta relevancia a la hora de determinar si se ha producido el ilícito internacional.

<sup>106</sup> **Doc. CLA 163**, *Hamester (Laudo)*, para. 322.

<sup>107</sup> **Doc. CLA 166**, *Urbaser (Laudo)*, para. 105.

<sup>108</sup> Conclusiones Demandada, para. 26.

<sup>109</sup> Conclusiones Demandada, para. 33.

**Laudo**

169. El Tribunal Arbitral no ve impedimento en analizar las medidas cuestionadas, así como los Contratos y la ley nacional, en el contexto de los estándares internacionales requeridos para determinar un incumplimiento del APPRI. Esta discusión compete únicamente al Tribunal Arbitral, pues la Demandante optó por esta vía arbitral, de forma vinculante – la Demandante no escogió los tribunales ordinarios colombianos, ni ninguna otra jurisdicción, como foro para dilucidar incumplimientos del APPRI.
170. (iii) Además, uno de los criterios interpretativos de los tratados, según el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es el de la buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos y atendiendo al objeto y fin del tratado.
171. Si el Tribunal Arbitral siguiera la postura de la Demandada, llevaría a una situación indeseable: cuando una conducta constituyera un ilícito nacional, quedaría vedado el arbitraje como foro para dirimir ilícitos internacionales, frustrando así la finalidad misma del Tratado.
172. Un ilícito internacional puede partir de un ilícito nacional, como, de hecho, ocurre con cierta frecuencia; pero el umbral del incumplimiento del ilícito internacional es más elevado, atendiendo a un estándar jurídico diferente. Así, por ejemplo, para determinar la ilicitud de una expropiación, según el art. VI.1 del APPRI, habrá de comprobarse si se ha dado cumplimiento debido a la ley (“*de conformidad con el debido proceso de ley*”). Si se siguiera la interpretación sugerida por la Demandada, ningún tribunal arbitral podría pronunciarse sobre el cumplimiento de este requisito. Lo mismo ocurriría en caso de violación del trato justo y equitativo: cuando éste provenga de una conducta reglada por la Ley, la determinación del ilícito internacional tendrá que atender al cumplimiento de tal regulación y, posteriormente, apreciar si resulta de tal entidad que eleva la violación a un ilícito internacional.
173. Si el valorar una conducta que, potencialmente constituye un incumplimiento de la normativa local, quedara fuera del ámbito de apreciación del Tribunal Arbitral y en manos, únicamente, del juez local, el mecanismo del arbitraje de inversión perdería parte significativa de su utilidad.
174. El mecanismo de resolución de conflictos del APPRI está configurado como una vía autónoma de protección, cuyo acceso no puede depender de las resoluciones del juez local en cuanto a la legalidad de una medida, conforme a Derecho nacional.
175. La verdadera utilidad del art. IX.13 del APPRI no es convertirse en una cortapisa en el acceso al foro internacional, sino el evitar que un tribunal arbitral pudiera emitir decisiones, vinculantes para los Estados, declarando la ilegalidad de sus medidas, conforme al Derecho nacional. Ése, efectivamente, no es el cometido de los tribunales arbitrales de inversión: sus decisiones vinculantes atañen únicamente a ilícitos internacionales.
176. De hecho, el tratado citado en el para. 159 *supra* viene a refrendar esta conclusión, pues explícita que los pronunciamientos que el tribunal arbitral pudiera llegar a hacer con

**Laudo**

base en el Derecho interno, no serán vinculantes para los tribunales y autoridades locales.

\* \* \*

177. En conclusión, el Tribunal Arbitral rechaza estas objeciones jurisdiccionales.
178. Dicho esto, el Tribunal Arbitral desea hacer dos añadiduras:
179. *Primero*, en el análisis que acometa de las medidas supuestamente violatorias del APPRI se ceñirá al mandato contenido en el APPRI y evitará pronunciarse sobre la legalidad de las medidas como asunto de la ley interna. En caso de apreciar alguna irregularidad, tal determinación se adoptará como presupuesto fáctico que servirá de antecedente para poder extraer una consecuencia jurídica bajo el APPRI. Como consecuencia de ello, la consideración que el Tribunal Arbitral pudiera hacer de la normativa colombiana o en relación con los Contratos queda limitada en sus efectos al presente caso, bajo el ámbito del APPRI.
180. *Segundo*, la existencia de procedimientos judiciales o arbitrales paralelos, enjuiciando la legalidad de las medidas adoptadas por Colombia desde una perspectiva meramente nacional, sí puede tener impacto en la decisión a tomar el Tribunal Arbitral en cuestiones indemnizatorias, llegado el caso: la Demandante no puede pretender obtener una compensación por un daño que ya le hubiera sido resarcido a CMSA en aquellos foros y viceversa. El Tribunal Arbitral volverá sobre esta cuestión en el para. 792 *infra*.

## **2.2. RECLAMACIÓN PREMATURA**

181. Dos de las medidas cuestionadas por la Demandante hacen parte de procedimientos judiciales en curso, sobre los que no ha recaído aún fallo.
182. Para la Demandada, no tendría sentido tomar una decisión sobre estas medidas, que pueden o no dar lugar a un daño<sup>110</sup>. Máxime, cuando el APPRI exige que la medida haya causado un daño<sup>111</sup>.
183. La Demandante responde que no hay ningún requisito jurisdiccional que exija la comprobación de un daño para poder comenzar una acción<sup>112</sup>; por tanto, la existencia de procedimientos judiciales en curso en Colombia no impide que la Demandante pueda reclamar violaciones del APPRI<sup>113</sup>.
184. La discusión planteada es, hasta cierto punto, fútil, pues la Demandante ha presentado en este arbitraje una reclamación de daños. Pero, en todo caso, el Tribunal Arbitral no

---

<sup>110</sup> Dúplica, para. 200.

<sup>111</sup> Conclusiones Demandada, para. 39.

<sup>112</sup> Réplica, para. 448.

<sup>113</sup> Dúplica Jurisdicción, para. 96.

**Laudo**

considera que el APPRI requiera explícitamente la acreditación del daño para poder plantear un reclamo, como sostiene la Demandada.

185. En apoyo a su postura, la República se refiere, en un pie de página, al art. IX.4 y 14 del APPRI, sin brindar mayor explicación<sup>114</sup>. El Tribunal Arbitral comprueba que esos artículos se refieren al daño dentro del siguiente contexto:

- El art. IX.4 trata (entre otros) el contenido de la Notificación de Intención: ésta debe incluir el nombre y dirección del inversor, la regulación del APPRI supuestamente violada, los hechos subyacentes a la disputa y el valor estimado de los daños y de la compensación pretendida; el Tribunal Arbitral considera que la exigencia de incluir el daño estimable causado por la violación del APPRI, no significa necesariamente que el inversor pierda el derecho a reclamar otro tipo de acciones, no compensatorias, como podría ser una orden de cese.
- El art. IX.14 establece un plazo de prescripción de cinco años desde el conocimiento por parte del inversor de la supuesta violación del APPRI y de las supuestas pérdidas y daños; de nuevo, el APPRI no condiciona la existencia de una violación del APPRI a la existencia de daños, sino que, cuando se pretenda la reclamación de un daño asociado a una medida violatoria, el plazo de prescripción comienza a correr desde que el inversor tuvo conocimiento de ellos.

186. Dicho lo anterior, el Tribunal Arbitral comprende la crítica vertida por la Demandada, pero no considera que tenga la relevancia pretendida; en el contexto del texto del Tratado la inexistencia de daño parece cobrar mayor representatividad en el análisis de una compensación, que a la hora de determinar la competencia del Tribunal Arbitral.

187. Por tanto, esta objeción jurisdiccional se tiene por rechazada.

**3. INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS DE PROCESABILIDAD**

188. El Tribunal Arbitral mostrará, en primer lugar, la regulación y hechos relevantes (**A.**), después las posiciones de las Partes (**B.**) y, finalmente, tomará una decisión (**C.**).

**A. Regulación y hechos**

189. El art. IX del APPRI, en la parte que interesa, dice así:

“1. Cualquier controversia que surja entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo ... deberá ser resuelta, en la medida de lo posible, mediante un

---

<sup>114</sup> Conclusiones Demandada, nota al pie 41.

**Laudo**

acuerdo amistoso. Cualquier diferencia deberá ser notificada por medio de la presentación de una notificación escrita (“**Notificación de Disputa**”)<sup>115</sup>.

“3. Las controversias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante que no hayan sido resueltas ... serán sometidas a las cortes locales o al arbitraje internacional, si así lo desea el inversionista involucrado después de transcurrido un período de 6 meses desde la **Notificación de Disputa**”<sup>116</sup>.

“4. En el caso de que la controversia sea sometida a arbitraje internacional, el inversionista notificará por escrito a la Parte Contratante de su intención de someterla con por lo menos 6 meses de anterioridad (“**Notificación de Intención**”). Dicha notificación indicará el nombre y la dirección del inversionista contendiente, las disposiciones del Acuerdo que considera vulneradas, los hechos sobre los cuales se basa la controversia, el valor estimado de los daños y la compensación pretendida. [...]”.

190. El 20 de junio de 2016 la Demandante presentó ante la República una carta titulada “Notificación de Disputa”<sup>117</sup> [la “**Notificación 2016**”]. En la Notificación 2016 queda identificada la inversión, las medidas adoptadas por Colombia que, en opinión de la Demandante, violaban las protecciones dispuestas en el APPRI, y los datos de contacto para poder resolver la disputa de forma amistosa. La Notificación 2016 también indicaba que, en caso de no ser posible una negociación, el inversionista acudiría a arbitraje internacional.
191. El 20 de noviembre de 2018 la Demandante presentó otra carta ante la República, titulada “*Follow-up letter to the letter of Notification of Dispute between South32 SA Investments Limited and the Republic of Colombia and Notification of Intent of 20 June 2016*” (Carta de seguimiento a la carta de Notificación de Disputa entre South32 SA Investments Limited y la República de Colombia y la Notificación de Intención de 20 de junio de 2016)<sup>118</sup> [la “**Notificación 2018**”]<sup>119</sup>. A lo largo de sus 14 páginas, la Demandante describió nuevas medidas ocurridas desde la Notificación 2016, que también constituían (a su entender), una violación del APPRI. La Demandante mostraba su interés en resolver la disputa de forma amistosa y, sólo si esto no ocurría, recurriría al arbitraje.

**B. Posiciones de las Partes**

192. Según la Demandada, el APPRI requiere que las Partes intercambien dos notificaciones escritas por separado: la Notificación de Disputa y la Notificación de Intención<sup>120</sup>. La

<sup>115</sup> La negrilla es del Tribunal Arbitral.

<sup>116</sup> La negrilla es del Tribunal Arbitral.

<sup>117</sup> Doc. C 29.

<sup>118</sup> Traducción libre del Tribunal Arbitral.

<sup>119</sup> Doc. C 37.

<sup>120</sup> Contestación, para. 354.

**Laudo**

Notificación 2018, sin embargo, serviría a los meros efectos de una reserva de derechos, pero no de una Notificación de Intención<sup>121</sup>, pues omite señalar el articulado incumplido, los hechos, y el valor estimado del daño y compensación, según requiere el art. IX.4 del APPRI<sup>122</sup>. Además, en la Solicitud de Arbitraje la Demandante añadió nuevas medidas, como integradoras de la disputa, que no habían sido notificadas previamente – todo ello en incumplimiento del APPRI<sup>123</sup>.

193. La Demandante, por su parte, considera que el APPRI únicamente exige que:
- Entre la Notificación de Disputa y el inicio del arbitraje transcurran, al menos, seis meses (art. IX.3);
  - La Notificación de Intención debe producirse al menos seis meses antes de comenzar el arbitraje (art. IX.4).
194. La Demandante no ve impedimento a que ambas Notificaciones se hagan simultáneamente<sup>124</sup>.
195. En cuanto a su contenido, la Demandante asegura que las Notificaciones cumplieron los requisitos establecidos en el APPRI<sup>125</sup>. La única discusión real es si la aparición de nuevos hechos y medidas relacionadas con una disputa ya notificada requieren de una notificación separada – la Demandante sostiene que no hay tal necesidad<sup>126</sup>.

**C. Decisión del Tribunal Arbitral**

196. El art. IX del APPRI recoge la necesidad de que el Estado receptor de la inversión sea consciente, con una antelación de seis meses al inicio de acciones legales, de dos extremos:
- La existencia de una disputa con el inversor (art. IX.1), con detalle<sup>127</sup> del nombre y domicilio del inversor, el clausulado del APPRI que se tiene por violado, los hechos que subyacen a la disputa y el valor estimado de la reclamación por daños (art. IX.4);
  - Si el inversor escoge la vía arbitral o judicial para resolver la disputa (art. IX.3).
197. La Demandante presentó su Solicitud de Arbitraje el 11 de marzo de 2020; por tanto, la notificación de los extremos arriba mencionados debió realizarse, al menos, 6 meses antes. La fecha límite es, por tanto, el 11 de septiembre de 2019, pero podría haberse

---

<sup>121</sup> Contestación, para. 359.

<sup>122</sup> Contestación, para. 361.

<sup>123</sup> Contestación, para. 366.

<sup>124</sup> Réplica, para. 429.

<sup>125</sup> Réplica, para. 436.

<sup>126</sup> Réplica, para. 440.

<sup>127</sup> Para el caso de optar por la vía arbitral.

**Laudo**

realizado mucho antes (el APPRI establece un plazo mínimo, no máximo); y en este caso fue así, pues las Notificaciones 2016 y 2018 son anteriores al 11 de septiembre de 2019. En cuanto al contenido, el Tribunal Arbitral comprueba que las Notificaciones 2016 y 2018 mencionan:

- La disputa, con descripción de las medidas estatales supuestamente violatorias del APPRI<sup>128</sup>;
- El nombre y domicilio del inversor<sup>129</sup>;
- Los artículos del APPRI supuestamente violados<sup>130</sup>;
- Narración de hechos<sup>131</sup>;
- Estimación de los daños, en no menos de USD 155 M<sup>132</sup>.

198. El Tribunal Arbitral comprueba que la Demandante cumplió debidamente con su obligación de notificación, tal como lo exige el art. IX del APPRI.

199. La cuestión que queda por tratar es si, acontecidas nuevas medidas, la Demandante podía reclamar su violación en este arbitraje<sup>133</sup>. O si, por el contrario, tenía la obligación de notificar su existencia, con antelación.

200. La Demandante se ha referido a varios casos anteriores, que trataban esta misma cuestión:

Decisiones anteriores

201. En *Eco Oro*<sup>134</sup> el tribunal arbitral estableció que una reclamación no puede quedar congelada en el tiempo con la notificación; se le ha de permitir al inversor traer al arbitraje nuevas reclamaciones provenientes de medidas relacionadas. *Crystallex*<sup>135</sup> considera que el criterio relevante es determinar si las disputas posteriores son diferentes o, simplemente, la evolución de la misma – estando relacionadas, no sería necesario presentar nuevas notificaciones. El tribunal arbitral de *Swisslion*<sup>136</sup> permitió al inversor plantear en el arbitraje nuevas violaciones del APPRI en la medida en que consideraba que sí entraban dentro del ámbito de las solicitudes iniciales.

<sup>128</sup> Doc. C 29, p. 6 y Doc. C 37, p. 1 y 2.

<sup>129</sup> Doc. C 29, p. 1 y Doc. C 37, pp. 1 y 4.

<sup>130</sup> Doc. C 29, p. 7 y Doc. C 37, p. 3.

<sup>131</sup> Doc. C 29, p. 6 y Doc. C 37, pp. 1 y 2.

<sup>132</sup> Doc. C 29, p. 8.

<sup>133</sup> Réplica, para. 436.

<sup>134</sup> **Doc. CLA 154**, *Eco Oro* (Decisión sobre Jurisdicción, Fondo y Pautas de Cuantificación), para. 328.

<sup>135</sup> **Doc. CLA 90**, *Crystallex* (Laudo), paras. 450 y ss.

<sup>136</sup> **Doc. CLA 126**, *Swisslion* (Laudo), paras. 135 a 139.

**Laudo**

202. Los casos anteriores parecen apoyar la postura de la Demandante: si las nuevas medidas están relacionadas con otras ya denunciadas en las Notificaciones, no sería necesario emitir nuevas notificaciones. El tema relevante es, pues, dilucidar si, en este caso, las medidas posteriores estaban relacionadas con las anteriores, ya notificadas.
203. Como se ha visto en las secciones anteriores, las medidas disputadas tratan cuatro cuestiones sustantivas:
- Tasa de regalía y porcentaje de gastos deducibles;
  - Precio de referencia;
  - Costos deducibles;
  - Regalía sobre el hierro.
204. En la Notificación 2016 la Demandante se refirió a la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería, a dos resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética y al Auto VSC 26, como hechos que subyacían a la disputa<sup>137</sup>. Estas medidas afectan a las materias relativas al precio de referencia y a los costos deducibles<sup>138</sup>.
205. En la Notificación 2018 la Demandante añadía la Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería y mencionaba la Petición Cundinamarca y el proceso judicial de liquidación de los Contratos, como parte de los hechos discutidos<sup>139</sup>. La Resolución 576 trata cuestiones de tasa de regalía y porcentaje de gastos deducibles, precio de referencia y costos deducibles<sup>140</sup>. La Petición Cundinamarca, que demanda judicialmente la liquidación de los Contratos, añade la cuestión de la regalía sobre el hierro<sup>141</sup>.
206. El Tribunal Arbitral considera, por tanto, que todas las medidas discutidas en este arbitraje están relacionadas con hechos mencionados en las Notificaciones. No resultaba, por tanto, necesario que la Demandante hubiera comunicado Notificaciones de Disputa y de Intención ulteriores.
207. En conclusión, el Tribunal Arbitral rechaza esta objeción jurisdiccional.

\* \* \*

---

<sup>137</sup> Doc. C 29, p. 6.

<sup>138</sup> H 1, p. 63.

<sup>139</sup> Doc. C 37, p. 2.

<sup>140</sup> H 1, p. 63.

<sup>141</sup> H 1, p. 63.

**Laudo**

208. A lo largo de esta sección el Tribunal Arbitral ha analizado las objeciones jurisdiccionales presentadas por la Demandada, agrupadas en tres categorías, y las ha rechazado todas.
209. El Tribunal Arbitral confirma así, su competencia y jurisdicción para decidir sobre las cuestiones de fondo.
210. La siguiente sección se dedicará, pues, a analizar el fondo del asunto.

## **V.2. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD**

211. La Demandante alega que hay cinco materias (**V.2.1.**) sobre las que Colombia adoptó medidas (**V.2.2.**), que violan los estándares contenidos en el APPRI (**V.2.3.**).

### **V.2.1. LAS MATERIAS DISPUTADAS**

212. La Demandante menciona nueve medidas<sup>142</sup> – cada una afecta a una o más de las materias controvertidas y algunas de las medidas se solapan entre sí. Por ello, el Tribunal Arbitral acometerá su análisis distinguiendo por materias: la tasa de regalía del níquel y porcentaje de costos deducibles (**1.**), el precio de referencia del níquel (**2.**), los costos deducibles (**3.**) y la regalía del hierro (**4.**). Hay una quinta materia que es transversal a las anteriores: la liquidación de los Contratos (**5.**).
213. El Tribunal Arbitral ya ha determinado que escapa de su cometido el determinar la legalidad de las medidas, como cuestión de Derecho colombiano. El Tribunal Arbitral limitará el siguiente análisis a establecer como cuestión fáctica si observa alguna irregularidad en la actuación del Estado. En la siguiente sección analizará sus conclusiones bajo el estándar requerido para considerar la existencia de una violación del APPRI. Si el Tribunal Arbitral no aprecia irregularidad alguna en la conducta del Estado, resultará innecesaria esta determinación ulterior.

#### **1. TASA DE REGALÍA DEL NÍQUEL Y PORCENTAJE DE DEDUCCIÓN DE COSTOS**

214. El Tribunal Arbitral presentará, en primer lugar, un largo relato de los antecedentes fácticos (**1.1.**), después planteará la discusión y tomará partido respecto a ella (**1.2.** y **1.3.**).

##### **1.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

215. Las Concesiones 866 y 1727 datan de una época muy anterior a la promulgación de la Ley de Regalías. Por eso, durante más de 30 años las regalías liquidadas por la explotación de la mina Cerro Matoso se rigieron únicamente por pactos contractuales (**A.**). La Ley de Regalías no llegaría hasta el año 1994 (**B.**). La Ley de Regalías elevó el porcentaje de regalía y redujo el porcentaje de costos deducibles, pero estas modificaciones no resultarían aplicables a las Concesiones hasta tiempo después – como se verá, las Partes discuten el cuándo. Para entender esta discusión es necesario relatar el impacto de la promulgación del Código de Minas (**C.**), así como de una modificación contractual acontecida en 2005 (**D.**).

---

<sup>142</sup> Inicialmente, había 10, ver nota al pie 3 *supra*.

**Laudo**

**A. Pactos contractuales (I)**

216. La cláusula 16 del Contrato 866<sup>143</sup> establecía que la tasa de regalía aplicable era el 8%. Las Partes no discuten que el mismo porcentaje también resultaba de aplicación a la Concesión 1727, tal como reconocerían explícitamente los Acuerdos de julio de 2005.
217. El porcentaje de costos deducibles variaba según el tipo de costo, pero se situaba en un 80% ó 100%<sup>144</sup>.
218. No hay discusión entre las Partes que estos pactos estuvieron vigentes desde 1982 hasta, al menos, 2005.

**B. Ley de Regalías**

219. La Ley de Regalías fue promulgada en 1994.
220. El art. 16.2 de la Ley de Regalías establecía que las regalías aplicables a la explotación del níquel en las minas de Cerro Matoso serían: un primer 4% destinado a regalías y el 4% restante a compensaciones<sup>145</sup> – en total, el mismo porcentaje de regalías previsto en los Contratos. Nada cambiaba, por tanto.
221. Pero el mismo artículo añadía que “para los contratos futuros o prórrogas del contrato vigente, si las hubiere, se aplicará el porcentaje de regalías ... del 7% a título de regalías y el 5% restante a compensaciones” – un 12% en total.
222. Y el art. 23 – que será debatido en profundidad en la discusión sobre el precio de referencia (sección V.2.1.2 *infra*) – establecía una fórmula para el cálculo de regalías, conforme a la cual se debía “desconta[r] el 75% de los costos ...”. El porcentaje de descuento, descendía, pues, respecto al pacto contractual, del 80% ó 100%, al 75%. Pero este porcentaje rebajado sólo se aplicaría “en las nuevas concesiones o en las prórrogas del contrato vigente”.

**C. Código de Minas**

223. En agosto de 2001 Colombia promulgó el Código de Minas<sup>146</sup>. Éste resultaba de aplicación imperativa sólo a las concesiones nuevas y a las prorrogadas<sup>147</sup>; pero también permitía a los concesionarios ya existentes, que aceptaran voluntariamente su aplicación, beneficiarse de una prórroga de su concesión por 30 años más<sup>148</sup>. Esto, sin duda, constituía un acicate significativo para someterse libremente al Código de Minas.

---

<sup>143</sup> Doc. C 8.

<sup>144</sup> Doc. C 13, cláusula 1, pp. 5-6.

<sup>145</sup> Por simplificación, el Tribunal Arbitral se va a referir a las regalías y a las compensaciones, genéricamente como “regalías”.

<sup>146</sup> Doc. C 19.

<sup>147</sup> Cláusula 46.

<sup>148</sup> Cláusula 77.

**Laudo**

224. Nótese que el Contrato 866 tenía una duración de 25 años desde el inicio de la explotación, es decir, hasta el 30 de septiembre de 2007; con una posible prórroga por cinco años más, hasta el 30 de septiembre de 2012<sup>149</sup>. El Contrato 1727 fue ya firmado directamente por 30 años, venciendo en esa misma fecha de 30 de septiembre de 2012 su vigencia, pero sin necesidad de prórrogas anteriores<sup>150</sup>.
225. CMSA se acogió voluntariamente al régimen del Código de Minas el 10 de marzo de 2003<sup>151</sup> y el 22 de julio de 2005 CMSA y la autoridad minera firmaron unas modificaciones contractuales, permitiendo la extensión de ambas Concesiones a partir del 1 de octubre de 2012 por 30 años más<sup>152</sup>.
226. El 1 de octubre de 2012 ambas Concesiones se integraron en el Contrato 51<sup>153</sup>.

**D. Pactos Contractuales (II)**

227. Como se ha anticipado, CMSA decidió acogerse voluntariamente al Código de Minas. Así, el 22 de julio de 2005 el Gobierno y CMSA firmaron sendas modificaciones a los Contratos 866 y 1727<sup>154</sup>, con motivo de la aplicación del Código de Minas [los “Acuerdos de julio de 2005”].
228. Las modificaciones tenían por objeto “modificar integralmente” los Contratos.
229. Una de las modificaciones afectó a la duración de los Contratos pues, venciendo ambos el 1 de octubre de 2012, podían prorrogarse por 30 años más<sup>155</sup>. Pero ésta no fue la única modificación.
230. La cláusula 7.1.d) incluía, entre las obligaciones de CMSA para la Concesión 866, el pago de las regalías mínimas del art. 16.2 de la Ley de Regalías; y la cláusula 7.2 continuaba señalando que “el monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas serán los establecidos en la [Ley de Regalías]”<sup>156</sup>. El contenido es idéntico al de las cláusulas 6.1.d) y 6.2<sup>157</sup> del acuerdo aplicable a la Concesión 1727<sup>158</sup>.
231. Como se verá, la Demandada considera que esta modificación integral de los Contratos es un supuesto de “un contrato futuro o prórroga del contrato vigente” del art. 16 de la Ley de Regalías o de “nueva concesión” del art. 23 de la Ley de Regalías. De esta forma, se permitiría aplicar la tasa elevada del 12% de regalías (art. 16) y el porcentaje

---

<sup>149</sup> Doc. C 8, cláusula 30.

<sup>150</sup> Doc. C 9, cláusula 9.

<sup>151</sup> Doc. C 63; la voluntad a someterse al Código de Minas venía ya recogida en una carta previa (Doc. R 6).

<sup>152</sup> Doc. C 20, cláusula 5, para la Concesión 866 y Doc. C 21, cláusula 4, para la Concesión 1727.

<sup>153</sup> Doc. C 17.

<sup>154</sup> Docs. C 20 y 21, respectivamente.

<sup>155</sup> Doc. C 20, cláusula 5 y Doc. C 21, cláusula 4.

<sup>156</sup> Doc. C 20.

<sup>157</sup> Por error el acuerdo tiene la numeración 7.2.

<sup>158</sup> Doc. C 21.

**Laudo**

reducido del 75% de los costos (art. 23). Así resultaría a partir del III 2005, que es el trimestre siguiente a la adopción de los Acuerdos de julio de 2005.

232. La Demandante se opone y alega que la Concesión 866 estaba vigente hasta 2007, y ahí se prorrogó por cinco años – por tanto, es recién en IV 2007 (y no en III 2005) cuando podría comenzar a serle de aplicación la tasa elevada y el porcentaje reducido; y a la Concesión 1727, que no sufrió prórrogas, no le sería de aplicación hasta dicha incorporación al Contrato 51, en octubre de 2012 (IV 2012).

**1.2. DISCUSIÓN**

233. La cuestión principal discutida es la tasa de regalía aplicable (**1.2.1.**) pero, como tema secundario, resulta también debatido cuál es el porcentaje de deducción de los costos (**1.2.2.**).

**1.2.1. LA TASA DE REGALÍA**

234. El art. 16.2 de la Ley de Regalías preveía que el porcentaje por regalías y compensaciones en las minas de Cerro Matoso sería del 4% y 4%, respectivamente – 8%, en total. Pero, para los “contratos futuros o prórrogas del contrato vigente” sería el 7% y 5% para regalías y compensaciones, respectivamente – 12%, en total.

**A. Posiciones de las Partes**

235. Las Partes discuten desde qué momento resultaba aplicable esa tasa más elevada, del 12%:
236. La Demandada considera que lo era desde los Acuerdos de julio de 2005, pues fueron unos Acuerdos que modificaron integralmente los Contratos<sup>159</sup>, asimilándose la situación a un “contrato futuro”, en terminología del art. 16.2 de la Ley de Regalías. Y, además, así se habría previsto en la cláusula 7 (y 6)<sup>160</sup> de los Acuerdos de julio de 2005, que hacen referencia explícita al pago de regalías de conformidad con la Ley de Regalías<sup>161</sup>.
237. La Demandante no interpreta los Acuerdos de julio de 2005 como un “contrato futuro”. Los Acuerdos de julio de 2005 sólo permitieron la aplicación del Código de Minas; en especial, la extensión de la duración de la Concesión<sup>162</sup>.
238. La referencia a la aplicación de la Ley de Regalías, contenida en los Acuerdos de julio de 2005, simplemente significaba lo que la propia Ley de Regalías establece: que las

---

<sup>159</sup> Dúplica, para. 23.

<sup>160</sup> La cláusula mostrada entre paréntesis se refiere al Acuerdo relativo a la Concesión 1727.

<sup>161</sup> Dúplica, para. 29.

<sup>162</sup> Réplica, para. 82.

**Laudo**

regalías, en la forma en que fueron pactadas, seguirían vigentes hasta que se produjera un nuevo contrato de concesión o una prórroga del actual<sup>163</sup>.

239. La Demandante entiende, de hecho, que la tasa más elevada no resultaría de aplicación hasta tiempo más tarde:
- En octubre de 2007 el plazo del Contrato de Concesión 866 sufrió una prórroga; por tanto, ése sería el momento a partir del cual le sería de aplicación la tasa elevada del 12%<sup>164</sup>.
  - La Concesión 1727 fue incorporada al Contrato 51 en octubre de 2012; ahí se habría producido el nuevo contrato que permitiría aplicar el 12% de tasa de regalía.
240. La Demandante ve refrendada su interpretación en el propio comportamiento de Colombia:
- Entre 2005 y 2012 fue el Estado quien calculó las regalías liquidadas, escogiendo la aplicación de un 8% hasta 2007 para la Concesión 866 y hasta 2012 para la Concesión 1727<sup>165</sup>.
  - Cuando en la Orden 50 de agosto de 2011 el Estado reliquidó las regalías del período 2005 a 2011<sup>166</sup>, sólo aplicó el 12% a la Concesión 866 a partir de 2007 y para la Concesión 1727 lo mantuvo en el 8%<sup>167</sup>.

**B. Posición del Tribunal Arbitral**

241. El Tribunal Arbitral advierte – como señala la Demandante – una contradicción manifiesta en la conducta de la Demandada: al liquidar las regalías en el pasado escogió una tasa determinada y ahora decide revisar dichas liquidaciones, pretendiendo aplicar otra tasa, más elevada.
242. La contradicción se plasmó también en la Orden 50 que, al revisar las liquidaciones practicadas entre 2005 y 2011, corrigió los costos deducibles debido a ciertos errores de contabilización detectados, pero aplicó las tasas en la forma histórica<sup>168</sup>.
243. La Demandada presenta dos líneas defensivas: niega el comportamiento contradictorio **(a.)** y, aun si hubiera contradicción, presenta una justificación para ello **(b.)**. Ninguna de ellas resulta persuasiva.

---

<sup>163</sup> Réplica, para. 86.

<sup>164</sup> Memorial, para. 72.

<sup>165</sup> Conclusiones Demandante, para. 204.

<sup>166</sup> Doc. C 74.

<sup>167</sup> Réplica, para. 122.

<sup>168</sup> Doc. C 74, p. 23.

**Laudo**

**a. Inexistencia de comportamiento contradictorio**

244. *Primero*, la Demandada asevera que las liquidaciones de regalías se practican sobre la base de la información suministrada por CMSA<sup>169</sup>. Colombia parece querer así eximirse de toda responsabilidad por la tasa aplicada en las liquidaciones.
245. El argumento no parece decisivo dado que CMSA sólo aporta información sobre producción y costos – la elección de cuál es la tasa de regalías aplicable recae sobre el Estado, como ha señalado la Demandante<sup>170</sup> (y no ha sido refutado en contrario).
246. *Segundo*, la Demandada explica que la Agencia Nacional de Minería no pudo ordenar la reliquidación de regalías al porcentaje del 12% antes de 2007 porque la Concesión 1727 no reportó actividad<sup>171</sup> y en la Concesión 866 tampoco, porque CMSA se negó a aportar la información para determinar el precio base<sup>172</sup>.
247. El Tribunal Arbitral no lo ve así: como se verá *infra*, la negativa de CMSA a presentar información histórica sobre su producción para practicar reliquidaciones no ha sido un impedimento para que Colombia calcule las reliquidaciones<sup>173</sup>.
248. Y, en todo caso, el argumento es un *non sequitur*: en el período 2005 a 2007 las liquidaciones se hacían en ese momento (no por vía de reliquidaciones), por tanto, nada impedía que Colombia hubiera escogido la tasa del 12% en vez de la del 8% si consideraba que aquélla era la que debía ser aplicada.
249. *Finalmente*, el Estado niega específicamente toda contradicción en la Orden 50, pues, a su entender, ésta no expresaba ninguna opinión sobre cuál debía ser la tasa correcta de regalías<sup>174</sup>.
250. Si bien es cierto que la auditoría que motivó la Orden 50 sólo revisaba los costos deducibles, el Tribunal Arbitral sí considera que la Orden 50 trató la tasa de regalías aplicable. Los antecedentes de la Orden 50 explican el proceso que llevó a la contratación de la auditoría, el recálculo de regalías según las conclusiones de ésta y también la posición de CMSA al respecto. La Orden 50 recoge el siguiente resumen de la posición de CMSA<sup>175</sup>:

“Recalcular ahora las regalías para eliminar la depreciación acelerada vulneraría dichas normas y por ende el Acuerdo, y tendría el efecto de aumentar la base de cálculo de las **regalías anteriores a octubre de 2007**, cuando la regalía **equivalía**

<sup>169</sup> Contestación, para. 115.

<sup>170</sup> Réplica, para. 92.

<sup>171</sup> Conclusiones Demandada, para. 83.

<sup>172</sup> Conclusiones Demandada, para. 84.

<sup>173</sup> Doc. C 39, p. 321.

<sup>174</sup> Dúplica, para. 32.

<sup>175</sup> Doc. C 74, p. 11.

**Laudo**

**al 8%**, y, disminuir la base de cálculo de las **regalías pagadas desde entonces**, cuando la **tasa efectiva aumentó** al 15% [parece un error: debiera ser 12%]”.

251. Por tanto, cuando la Orden 50 condenó al pago de las regalías recalculadas, era consciente de que CMSA entendía que la tasa del 8% resultaba aplicable únicamente hasta 2007 (para la Concesión 866).
252. Y la Orden 50, lejos de corregir a CMSA, aplicó esa misma tasa. Por lo tanto, contrario a lo que sugiere ahora la Demandada, la Orden 50 sí se pronunció sobre la tasa de regalías aplicable.
253. En conclusión, el Tribunal Arbitral aprecia una clara contradicción en la conducta del Estado en lo que respecta a la tasa de regalías que considera aplicable.

**b. Justificación**

254. La Demandada asevera que el cambio de criterio, respecto a cuál es la tasa de regalías aplicable, no fue caprichoso, sino basado en la siguiente justificación: en el pasado no habría advertido que los Acuerdos de julio de 2005 modificaron integralmente los Contratos de Concesión, produciéndose así una suerte de nuevo contrato, que detonaría la aplicación de la tasa más elevada, prevista en el art. 16 de la Ley de Regalías.
255. La defensa de Colombia requiere del Tribunal Arbitral la interpretación de los Acuerdos de julio de 2005 para confirmar su defensa, pero la interpretación propuesta no parece razonable (i.) y es contraria a la propia conducta del Estado (ii.).

**i. Cláusulas 7.1.d) y 7.2 de los Acuerdos de julio de 2005**

256. La Demandada considera que la literalidad de las cláusulas 7.1.d) y 7.2 <sup>176</sup> de los Acuerdos de julio de 2005, que remite a la Ley de Regalías como fuente de la obligación de pago de regalías, sería expresión de un consenso común de las partes respecto a la existencia de nuevos contratos de concesión.
257. La Cláusula 7.1.d) de los Acuerdos de julio de 2005 dice así:

“Son obligaciones del Concesionario ... pagar las regalías mínimas de que trata el art. 16.2 de la Ley de Regalías ...”.

258. La cláusula 7.2 de los Acuerdos de julio de 2005 establece lo siguiente:

“El monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas serán los establecidos en la [Ley de Regalías] ... y se aplicarán durante toda la vigencia de la presente concesión”.

---

<sup>176</sup> Y cláusulas 6.1.d) y 6.2 para la Concesión 1727.

**Laudo**

259. La cláusula 7.2 recoge la terminología del art. 228 del Código de Minas<sup>177</sup>:

“El monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas, serán los vigentes en la época del contrato de concesión y se aplicarán durante toda su vigencia ...”.

260. El Tribunal Arbitral toma en consideración lo siguiente:

261. La Ley de Regalías se promulgó en 1994 y resultó de aplicación inmediata a las Concesiones. Prueba de ello es que el art. 16.2 se refiere al “porcentaje por regalías y compensaciones pactadas en el **contrato vigente** para la explotación de níquel en las minas ... **de Cerro Matoso** ...”<sup>178</sup>. De hecho, basta con ver una liquidación de regalías aleatoriamente escogida, del año 1997, y ahí se observa que el Estado se comprometía a distribuir lo recaudado entre las entidades territoriales y el Fondo Nacional de Regalías, “de acuerdo con la Ley de Regalías”<sup>179</sup>. No hay duda, por tanto, que la Ley de Regalías les fue de aplicación a las Concesiones desde su promulgación.

262. Así, el que los Acuerdos de julio de 2005 mencionaran que el pago de regalías se registraría por el art. 16.2 de la Ley de Regalías (art. 7.1.d) y que el monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas serían los establecidos en la Ley de Regalías (art. 7.2) era un simple reflejo de la realidad, y no es objeto de discusión.

263. El Tribunal Arbitral no considera razonable que el Estado deduzca de la remisión *in toto* a la Ley de Regalías, un entendimiento común respecto a que los Acuerdos dieron lugar a un nuevo contrato de concesión.

**ii. Contradicción con la conducta anterior**

264. Hay dos hechos indudables:

- En 2007 se produjo la prórroga de la Concesión 866, permitiendo así la aplicación de la tasa del 12% del art. 16.2 la Ley de Regalías.
- La Concesión 1727 se incorporó al Contrato 51 en IV 2012, constituyendo un nuevo contrato.

265. Fue a partir de esos dos momentos<sup>180</sup> – y no antes – cuando la República aplicó la tasa más elevada. Esto viene a refrendar que Colombia nunca consideró que los Acuerdos de julio de 2005 implicaron un nuevo contrato.

---

<sup>177</sup> Doc. C 19.

<sup>178</sup> La negrilla es del Tribunal Arbitral.

<sup>179</sup> Doc. C 50, p. 46.

<sup>180</sup> Véase Doc. C 50: en las pp. 206 a 208 aparece la liquidación de la Concesión 866 del tercer trimestre de 2007 (anterior a la prórroga de plazo) aplicando el 8% y la siguiente liquidación para el cuarto trimestre (posterior a la prórroga de plaza) aplicando el 12%. Y véase Doc. C 50, p. 251 para la Concesión 1727.

**Laudo**

266. Es más, en la Orden 50 el Estado reconoció explícitamente que<sup>181</sup>:

“[A] partir de **octubre de 2007**, el **porcentaje**, precio y liquidación de las regalías de los **Contratos 866** y 1727 no se rige por el Acuerdo 1985, sino por la **Ley [de Regalías]**”.

267. De lo cual se deduce que la Demandada entendía que, antes de esa fecha de 2007, el porcentaje más alto, previsto en la Ley de Regalías, no resultaba aplicable. Y, sin embargo, a día de hoy y como se verá *infra*, exige su aplicación desde 2005.

\* \* \*

268. El Tribunal Arbitral ha concluido que la Demandada ha incurrido en un comportamiento claramente contradictorio en lo que se refiere a la aplicación de la tasa de regalías y la justificación que ha brindado resulta irrazonable.

269. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

### **1.2.2. EL PORCENTAJE DE DEDUCCIÓN DE COSTOS**

270. El art. 23 de la Ley de Regalías, sobre el precio base para la liquidación de regalías, establecía que “en las nuevas concesiones o en las prórrogas del contrato vigente ... se ... desconta[rá] el 75% de los costos ...”.

271. La Autoridad Minera aplicó el 75% de deducción de costos:

- A la Concesión 866 a partir de IV 2007, cuando se produjo la prórroga del Contrato 866;
- A la Concesión 1727 a partir de IV 2012, cuando se integró en el Contrato 51.

272. Colombia pretende ahora, sin embargo, aplicar el 75% de deducción de costos sobre la Concesión 1727 entre IV 2007 y III 2012<sup>182</sup> alegando que, durante ese período, le era ya de aplicación el art. 23 de la Ley de Regalías<sup>183</sup>.

273. El Tribunal Arbitral advierte un comportamiento contradictorio en la actuación del Estado, para el que no halla ninguna razón: en 2007 no se produjo ni una nueva concesión ni una prórroga de la Concesión 1727 que hubiera permitido aplicar el art. 23 de la Ley de Regalías. Y, el Tribunal Arbitral ya ha rechazado la razonabilidad de la justificación referida a que los Acuerdos de julio de 2005 tuvieran el efecto de un nuevo contrato (o nueva concesión).

---

<sup>181</sup> Doc. C 74. La negrilla es del Tribunal Arbitral.

<sup>182</sup> Doc. C 39, p. 323.

<sup>183</sup> Doc. C 39, p. 320.

**Laudo**

274. Por tanto, la pretendida reliquidación de regalías para la Concesión 1727, en el período IV 2007 a III 2012, rebajando el porcentaje de deducción de costos al 75%, contradice la conducta previa del Estado, sin un sustento que lo justifique.
275. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**1.3. LAS MEDIDAS SOBRE LA TASA DE REGALÍAS Y DEDUCCIÓN DE GASTOS**

276. Dos son las medidas relevantes: la Resolución 576 (A.) y el Auto 63 (B.).

**A. Resolución 576**

277. La Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería data de 27 de septiembre de 2018<sup>184</sup>. La resolución se emitió con motivo del proceso de liquidación de los Contratos – un tema que será desarrollado *infra*.
278. La Resolución 576 revisa las liquidaciones de regalías realizadas del IV 2007 al II 2008 y I 2011 en la Concesión 1727<sup>185</sup> para aplicar la tasa elevada del 12%. El Tribunal Arbitral comprueba que la liquidación de regalías se realizaba aplicando la tasa de regalías escogida por el Estado. Como ha establecido, resulta completamente contradictorio que el Estado eligiera una tasa como correcta y ahora revisa esa acción y sustituya la tasa por otra, sin brindar para ello una explicación razonable.
279. La Resolución 576 señala que los Acuerdos de julio de 2005 suponían una modificación integral del contrato que permitía la aplicación de la tasa de regalías y porcentaje de costos deducibles previstas en los arts. 16.2 y 23 de la Ley de Regalías, respectivamente<sup>186</sup>.
280. El Tribunal Arbitral considera que la motivación aducida por el Estado para aplicar la tasa de regalías elevada y el porcentaje de gasto deducibles reducido, a períodos en los que aún no se había producido un “contrato futuro o prórroga del contrato vigente”, carece de sustento.
281. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**B. Auto 63**

282. El Auto 63 de la Contraloría lleva fecha de 7 de febrero de 2020 y tiene como finalidad cerrar la indagación preliminar y dar apertura al proceso ordinario de responsabilidad fiscal, vincular como presuntos responsables fiscales – entre otros – a CMSA, y

---

<sup>184</sup> Doc. C 35.

<sup>185</sup> Doc. C 35, p. 11. H 1, p. 63 por error se refiere al período IV 2007 a III 2012.

<sup>186</sup> Doc. C 35, p. 10.

**Laudo**

determinar el detrimento patrimonial fiscal de Colombia en COP 619.680.857.421<sup>187</sup>. Parte de este detrimento patrimonial proviene de la revisión de liquidaciones a cuenta de la tasa de regalías y porcentaje de deducción de costos aplicable.

283. El Auto 63 realiza el cálculo de las regalías de la Concesión 866 para el período III 2005 a III 2007 con una tasa del 12%<sup>188</sup> y aplica también esa tasa a la Concesión 1727 durante el período IV 2007 a IV 2012, deduciendo únicamente el 75% de los gastos<sup>189</sup>.
284. El Tribunal Arbitral ya ha señalado que la motivación dada por Colombia para aplicar la tasa de regalías elevada y el porcentaje de gastos deducibles rebajado, según los arts. 16.2 y 23 de la Ley de Regalías, respectivamente, a la Concesión 866 antes del IV 2007 y a la Concesión 1727 antes del IV 2012, no resulta razonable.
285. Nótese, además, que este período es distinto al revisado en la Resolución 576, que comenzaba en el período IV 2007 – aquí, la Contraloría se retrotrae a III 2005, lo que evidencia una falta de congruencia en el comportamiento del Estado.
286. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**2. PRECIO DE REFERENCIA DEL NÍQUEL**

287. El Tribunal Arbitral presentará, en primer lugar, un relato de los antecedentes fácticos (2.1.), después planteará la discusión y adoptará una posición (2.2.). Finalmente, mostrará las medidas adoptadas por el Estado relacionadas a esta materia (2.3.).

**2.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

288. Muchos de los antecedentes fácticos son comunes a la materia anterior (tasa de regalía del níquel y porcentaje de deducción de costos) y, por tanto, podrán ser omitidos o, al menos, expuestos de forma más resumida.
289. El Tribunal Arbitral se referirá a los pactos contractuales iniciales (A.) y a la Ley de Regalías (B.) que, en materia de precio de referencia, requería de desarrollo normativo que no llegaría hasta la Resolución 293 (F.) y las resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética (G.). Pero antes, es necesario relatar el impacto de la promulgación del Código de Minas (C.) y de dos modificaciones contractuales (D. y E.).

---

<sup>187</sup> Doc. C 39, p. 407.

<sup>188</sup> Doc. C 39, p. 317.

<sup>189</sup> Doc. C 39, p. 322.

**Laudo**

**A. Pactos Contractuales (I)**

290. El Contrato 866<sup>190</sup> establecía en su cláusula 16 que, durante el período de explotación, el Concesionario pagaría una regalía sobre el valor que tuviera, en boca de mina, el producto bruto del mineral de níquel extraído. Para determinar este valor se tendrían en cuenta los precios promediados de los mercados internacionales para el níquel (en el porcentaje contenido en el ferróníquel), según figuraran en publicaciones de prestigio.
291. Las regalías entre 1982 y 1985 se liquidaron conforme a esta pauta.
292. En 1985 CMSA y el Gobierno suscribieron un acuerdo específico para el cálculo de regalías de la Concesión 866 “para determinar con mayor precisión los factores que deben tomarse en cuenta para calcular la regalía” [el “**Acuerdo 1985**”]<sup>191</sup>.
293. El valor en boca de mina del producto bruto de níquel extraído venía fijado como<sup>192</sup>:
- Níquel procesado \* precio de referencia USD \* tasa cambio USD/COP
  - Menos ciertos costos deducibles.
294. Para este capítulo del Laudo, de la anterior fórmula, interesa únicamente el precio de referencia.
295. El precio de referencia era el promedio de los precios de níquel registrados en el<sup>193</sup>:
- *London Metals Exchange*, como figurara publicado en *Metals Week*;
  - Mercado libre de Europa, como figurara publicado en *Metal Bulletin*;
  - Mercado libre de América, como figurara publicado en *Metal Bulletin*.
296. Las regalías se liquidaron aplicando estos acuerdos durante 20 años, sin grandes sobresaltos.

**B. Ley de Regalías**

297. En 1994 Colombia promulgó la Ley de Regalías.
298. Ésta incluía, en el art. 23, una fórmula para el cálculo de la regalía del níquel. El art. 23 establecía que el precio básico en boca de mina para la liquidación de regalías se establecería con base al precio FOB en puertos colombianos, menos el 75% de ciertos costos; la fórmula estaba expresada en términos simples y no especificaba cómo había

---

<sup>190</sup> Doc. C 8.

<sup>191</sup> Doc. C 13.

<sup>192</sup> Doc. C 13, cláusula 1.

<sup>193</sup> Doc. C 13, cláusula 1.

**Laudo**

de calcularse el precio FOB – esta cuestión se relegó para un futuro desarrollo normativo.

299. El art. 19 de la Ley de Regalías preveía que sería el Ministerio de Minas quien, mediante providencia, determinaría los precios de los minerales a los efectos de la liquidación de regalías. Y, tras una serie de reenvíos legales de facultades entre distintos órganos del Estado, finalmente, resultaría ser:

- La Agencia Nacional de Minería quien desarrollaría la forma de cálculo del precio FOB mencionado en el art. 23 de la Ley de Regalías;
- Y, posteriormente, conocido ya el precio FOB como input de la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías, la Unidad de Planeación Minero Energética (a menudo referida como la “UPME”) fijaría el precio base de liquidación de regalías.

300. Para no romper la línea cronológica, basta con apuntar aquí que la nueva fórmula de cálculo de regalías del art. 23 no resultó de aplicación inmediata a las Concesiones:

- No sólo porque no se conocía cuál iba a ser el precio FOB,
- Sino porque el propio art. 23 preveía que únicamente sería de aplicación para “nuevas concesiones o en las prórrogas del contrato vigente, si las hubiere” (*pro memoria*: esto ya fue visto en la discusión relativa al porcentaje de deducción de costos). Las Partes tienen posiciones encontradas respecto a cuándo se produjo esa “una nueva concesión” o una “prórroga del Contrato vigente”, que daría lugar a la aplicación de la nueva fórmula de cálculo de la regalía, del art. 23.

**C. Código de Minas**

301. Como ya se ha visto, en agosto de 2001 Colombia promulgó el Código de Minas<sup>194</sup>. Éste resultaba de aplicación imperativa sólo a las concesiones nuevas y a las prorrogadas<sup>195</sup>; pero permitía a los concesionarios que aceptaran libremente su aplicación, la prórroga de su concesión por 30 años más<sup>196</sup>. La posibilidad de extender la concesión resultó de interés a CMSA.

302. Nótese que los plazos de vigencia de las Concesiones eran:

- Concesión 866: duración inicial de 25 años desde el comienzo de explotación (hasta el 30 de septiembre de 2007) con una posible prórroga por cinco años más (hasta el 30 de septiembre de 2012)<sup>197</sup>;

---

<sup>194</sup> Doc. C 19.

<sup>195</sup> Doc. C 19, cláusula 46.

<sup>196</sup> Doc. C 19, cláusula 77.

<sup>197</sup> Doc. C 8, cláusula 30.

**Laudo**

- Concesión 1727: duración de 30 años, venciendo en esa misma fecha de 30 de septiembre de 2012<sup>198</sup>.

303. CMSA se acogió voluntariamente al régimen del Código de Minas, como se relata a continuación.

**D. Pactos Contractuales (II)**

304. El 22 de julio de 2005 Colombia y CMSA firmaron sendas modificaciones a los Contratos 866 y 1727<sup>199</sup>, con motivo de la aplicación del Código de Minas; los ya definidos como “Acuerdos de julio de 2005”.

305. Los Acuerdos de julio de 2005 tenían por objeto “modificar integralmente” los Contratos para adaptar su contenido al Código de Minas.

306. Así, la duración del Contrato 866 y del Contrato 1727, que vencía el 1 de octubre de 2012, podía prorrogarse por 30 años más<sup>200</sup>.

307. En cuanto a las obligaciones del concesionario, las más relevantes están contenidas en la cláusula 7 (y 6): el pago de las regalías mínimas del art. 16 de la Ley de Regalías<sup>201</sup>; siendo el monto de las regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas el establecido en la Ley de Regalías y “se aplicarán durante toda la vigencia de la presente concesión”<sup>202</sup>.

308. Y, al mismo tiempo, los Acuerdos de julio de 2005 señalaban que se tenía por incorporado el Acuerdo 1985 “que determina los factores que deben tenerse en cuenta para calcular la regalía que el concesionario debe pagar”<sup>203</sup> – se trata de la fórmula que venía aplicándose desde 1985.

309. Como se verá, la Demandada considera que esta modificación integral de los Contratos permite comenzar a aplicar la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías desde la fecha de los Acuerdos de julio de 2005. La Demandante se opone. Y el Tribunal Arbitral ya ha señalado su posición al respecto, rechazando la propuesta de la Demandada.

**E. Pactos Contractuales (III)**

310. En febrero de 2005 dejó de publicarse un referente utilizado en la fórmula de las regalías contenida en el acuerdo de regalías que llevaba aplicándose desde 1985. *Pro-memoria*: para determinar el precio del producto de níquel extraído en boca de mina,

---

<sup>198</sup> Doc. C 9, cláusula 9.

<sup>199</sup> Docs. C 20 y 21, respectivamente.

<sup>200</sup> Doc. C 20, cláusula 5 y Doc. C 21, cláusula 4.

<sup>201</sup> Doc. C 20, cláusula 7.1.d) y Doc. C 21, cláusula 6.1.d).

<sup>202</sup> Doc. C 20, cláusula 7.2. y Doc. C 21, cláusula 6.2.

<sup>203</sup> Doc. C 20, cláusula 7.2. y Doc. C 21, cláusula 6.2.

**Laudo**

el Acuerdo 1985 remitía al precio del níquel en tres mercados distintos, según apareciera en ciertas publicaciones del sector.

311. A pesar de que el referente había desaparecido allá en febrero de 2005, hasta agosto de 2011, CMSA y la autoridad minera no lograron acordar un reemplazo al extinto índice<sup>204</sup> [el “**Acuerdo 2011**”].
312. Las liquidaciones de regalías entre 2005 y 2011 se habían llevado a cabo promediando únicamente dos índices de precios (los únicos dos que estaban publicados). El Acuerdo 2011 mencionaba directamente valores promedio aplicables, en sustitución del índice extinto – valores que se habrían de aplicar, retroactivamente, desde el II 2005, corrigiendo así las liquidaciones practicadas que habían utilizado, únicamente, el promedio de dos índices.
313. Pero entre 2005 y 2011 había ocurrido algo más. Recuérdese que el art. 23 de la Ley de Regalías, que contenía una nueva fórmula de cálculo de regalías, no resultaba de aplicación a CMSA en tanto no hubiera una nueva concesión o una prórroga de la misma. Dos son los momentos barajados por las Partes en los que podría haberse dado esta nueva concesión o prórroga de la anterior:
- Julio de 2005 (para ambas Concesiones), con la suscripción de los Acuerdos de julio de 2005: ésta es la postura de la Demandada, que el Tribunal Arbitral ya ha rechazado;
  - Octubre de 2007 (para la Concesión 866), cuando se produjo la prórroga del Contrato 866 – ésta es la postura defendida por la Demandante;
  - Octubre de 2012 (para la Concesión 1727), cuando esa concesión pasó a integrar el Contrato 51.
314. Se opte por la postura de una u otra Parte, lo que es innegable es que en algún momento entre 2005 y 2011, la nueva fórmula del art. 23 resultó aplicable (al menos, para la Concesión 866, que es la de mayor importancia). Pero recuérdese que la fórmula del art. 23 no podía ponerse en práctica porque requería que la Agencia Nacional de Minería determinara cómo debía calcularse el precio FOB y que, después, la Unidad de Planeación Minero Energética publicara los precios base utilizando ese precio FOB.
315. Por tanto, con esos dos cambios presentes (i) la sustitución de un índice en la fórmula contractual de la regalía y (ii) la aplicación imperativa de la fórmula legal del art. 23 de la Ley de Regalías, que era no obstante de imposible ejecución, porque aún no habían sido publicados los precios base tomando el precio FOB, el Acuerdo 2011 incluyó su cláusula segunda:

---

<sup>204</sup> Doc. C 22.

**Laudo**

“La modificación [del índice de precios] aplicará provisionalmente desde el mes de marzo del año 2005 hasta el momento en que se fije el precio base de liquidación de regalías por parte de la Unidad de Planeación Minero Energética ... de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 [de la Ley de Regalías], momento en el cual la Autoridad Minera hará efectivo lo que se disponga en los actos administrativos que sean expedidos para el efecto”.

316. Las Partes discuten ahora qué significa la expresión “aplicará provisionalmente” desde marzo de 2005 hasta la fijación del precio de liquidación.
317. En la realidad de los hechos, las regalías se calcularon conforme a la fórmula del Acuerdo 1985, modificada ligeramente en el Acuerdo 2011, hasta 2015, cuando la Unidad de Planeación Minero Energética publicó los precios base de liquidación, como se verá en las siguientes secciones.

**F. Resolución 293**

318. *Pro-memoria*: el art. 23 de la Ley de Regalías había previsto que el valor en boca de mina se determinaría como el precio FOB del níquel en puertos colombianos menos el 75% de ciertos costos.
319. La Ley 1530 de 2012 (que regula la organización y el funcionamiento del sistema general de regalías), establece en su art. 15 que será la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería, quienes señalarán los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones.
320. En mayo de 2015 la Agencia Nacional de Minería emitió la Resolución 293<sup>205</sup>, que desarrollaba el cálculo del precio FOB del níquel, y lo hacía sobre la base de unos estudios de consultoría contratados en 2010 y 2012<sup>206</sup>.
321. La Resolución 293 determinó que el precio FOB del níquel sería el precio internacional del níquel menos los costos de transporte externo y seguros<sup>207</sup>; y este precio internacional del níquel, a su vez, era la suma del<sup>208</sup>:
- Precio promedio del níquel en la Bolsa de Metales de Londres [el “LME”];
  - Promedio de las primas promedio de los mercados libres de Europa y de Norte América, como fueran publicadas en *Metal Bulletin*.

---

<sup>205</sup> Doc. C 28.

<sup>206</sup> Doc. C 28, p. 2.

<sup>207</sup> Doc. C 28, p. 4.

<sup>208</sup> Doc. C 28, p. 3.

**Laudo**

322. Como se verá, la Demandante – entre otras críticas vertidas – considera que esa forma de cálculo de un precio FOB no resulta verdaderamente en un precio FOB y, por lo tanto, la Resolución 293 es contraria al art. 23 de la Ley de Regalías.
323. Además, la Resolución 293 establecía en su art. 7 que los titulares mineros productores de níquel debían reportar a la Autoridad Minera y a la Unidad de Planeación Minero Energética los costos soportados, a fin de que ésta publicara los precios base de liquidación de regalías. Esa publicación de precios es lo que el Acuerdo 2011 denominaba “los precios de base de liquidación de regalías fijados por parte de la Unidad de Planeación Minero Energética”. *Pro-memoria*: las liquidaciones de regalías se venían haciendo conforme a la fórmula del Acuerdo 2011, que se aplicaba “provisionalmente” hasta la publicación de esos precios base.
324. Pero la Resolución 293 también previó en su art. 8 la publicación de una serie de precios históricos desde el año 1994 y exigió a los titulares mineros productores de níquel quienes, según el art. 23 de la Ley de Regalías, hubieran suscrito contratos de concesión o los hubieran prorrogado estando vigente la norma, que reportaran a las autoridades la información real de sus costos desde 1994 o desde la fecha de prórroga del respectivo contrato de concesión. Esta información debía servir para efectuar reliquidaciones de regalías que se hubieran causado y pagado de forma provisional. Y el art. 9 imponía a los titulares mineros la obligación de entregar dicha información histórica.
325. La Demandada ha reclamado a CMSA cumplir con esta obligación y entregar su información histórica y ha reliquidado regalías pagadas en el pasado que, no obstante, considera provisionales y, por tanto, revisables en un futuro. La Demandante se niega a aceptar la reliquidación de regalías ya pagadas y, por ello, se ha rehusado a entregar la información histórica requerida.

**G. Resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética**

326. La Unidad de Planeación Minero Energética era la encargada de publicar los precios base para la liquidación de regalías, según previó la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería, en desarrollo del art. 23 de la Ley de Regalías.
327. La Unidad de Planeación Minero Energética publicó precios base a partir del año 2015, para su aplicación prospectiva, del III de 2015 en adelante. Pero en 2017<sup>209</sup> también publicó precios base, con efectos retrospectivos, para su aplicación al período IV 2007 hasta III 2012 – un período para el que CMSA ya había liquidado y pagado regalías. La corrección de esta reliquidación de regalías pasadas es uno de los temas discutidos en este arbitraje.

---

<sup>209</sup> Resolución 562 (Doc. C 30), modificada por Resolución 293 (Doc. C 24).

**Laudo**

**2.2. DISCUSIÓN**

328. Las Partes aceptan que la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías no resulta de aplicación inmediata, sino que sólo lo será “en las nuevas concesiones o en las prórrogas del contrato vigente”.
329. El Tribunal Arbitral ya ha concluido que toda aplicación del art. 23 de la Ley de Regalías a un período anterior al IV 2007 (Concesión 866) y IV 2012 (Concesión 1727), resulta contradictoria con la propia conducta del Estado y no halla justificación.
330. La cuestión se complica, porque después de esas fechas, aunque el art. 23 de la Ley de Regalías sí resultaba aplicable en la teoría, en la práctica no era posible, porque hasta 2015 no fue desarrollada normativamente la definición del precio FOB a que se refería el art. 23, a través de la Resolución 293. Un desarrollo que la Demandante considera incorrecto (2.2.1.) y, en todo caso, aplicable únicamente prospectivamente (2.2.2.).

**2.2.1. INCORRECCIÓN DEL PRECIO FOB**

331. De la mina Cerro Matoso se extrae un mineral de níquel que se transforma en ferroníquel. De forma simplista, las regalías se calculan aplicando un porcentaje al valor del producto extraído. La dificultad para determinar este valor proviene de que no existe un precio de referencia para el ferroníquel, pues se trata de una *commodity* heterogénea, cuyo valor depende de su contenido de níquel<sup>210</sup>; sí existe, sin embargo, un precio de referencia para el níquel 1, que sí cotiza en mercados regulados. Ante esta realidad, las regalías se calculan aplicando el precio de referencia del níquel puro (níquel 1), a la cantidad de níquel contenida en el ferroníquel<sup>211</sup>.
332. El art. 23 de la Ley de Regalías establece que el precio básico en boca de mina para la liquidación de las regalías generadas por la explotación del níquel tomará como base el promedio ponderado del precio FOB en puertos colombianos.
333. El precio FOB en puertos colombianos fue desarrollado en la Resolución 293 como el precio promedio del níquel en el LME, más el promedio de primas promedio de los mercados asiáticos y norteamericanos.

**A. Posiciones de las Partes**

334. La Demandante presenta una serie de argumentos para sustentar que el desarrollo de la Resolución 293 fue incorrecto y la Demandada los refuta todos:

---

<sup>210</sup> Conclusiones Demandante, para. 12.

<sup>211</sup> Réplica, para. 126.

**Laudo**

335. *Primero*, considera que, siendo CMSA el único productor de níquel en Colombia, la referencia a precio FOB en puertos colombianos sólo podía venir integrada por el precio de venta del ferroníquel de CMSA<sup>212</sup>.
336. Para la Demandante, el hecho de que la Resolución 293 obvie el precio de venta de CMSA y establezca una nueva fórmula con referencia a precios internacionales para estimar este precio FOB, supone una contravención clara del mandato del art. 23 de la Ley de Regalías<sup>213</sup>.
337. Además, en su opinión, es evidente que la Ley de Regalías no pretendía remitir a un precio de referencia internacional en el caso del níquel, pues cuando sí lo pretendía, lo decía expresamente, como hace el art. 16.9 (modificado por la Ley 756 de 2002):
- “El valor de gramo oro, plata y platino en boca de mina para liquidar las regalías, será del 80% del precio internacional promedio del último mes, publicado por la bolsa de mercados de Londres en su versión Pasado Meridiano”.
338. Si el Tribunal Arbitral aceptara que la referencia a precio FOB en puertos colombianos equivale al precio de venta de CMSA, la Demandante defiende que se tome el precio de venta real, incluyendo cualquier descuento (de esta forma, se minoraría el precio base sobre el que calcular las regalías). CMSA vende el ferroníquel a otra empresa del grupo y le aplica un 2% de reducción del precio; la Demandante ha defendido, pues, la corrección de esta deducción<sup>214</sup>.
339. La Demandada arguye que el art. 23 de la Ley de Regalías confiere suficiente discrecionalidad a las autoridades mineras para determinar la metodología de desarrollo del precio FOB en puertos colombianos como consideren adecuado, por lo que la remisión a índices internacionales tiene perfecta cabida en el mandato conferido<sup>215</sup>. Como la Agencia Nacional de Minería explicó en una ronda de consultas públicas<sup>216</sup>:
- “Para establecer un precio FOB, se puede recurrir a distintas metodologías para su cálculo, en el caso de los minerales de exportación, como lo es el carbón, se utilizan índices internacionales”.
340. Además, CMSA estuvo involucrada en el proceso de consultas que llevó, finalmente, a la emisión de la Resolución 293. Y, entre los escenarios que propuso CMSA para la determinación del precio FOB estaba la alternativa 3, que remitía a un precio de referencia equivalente al LME menos costos de transporte y seguros<sup>217</sup>; por tanto, no

---

<sup>212</sup> Réplica, para. 132.

<sup>213</sup> Réplica, para. 139.

<sup>214</sup> Memorial, para. 272.

<sup>215</sup> Dúplica, para. 64.

<sup>216</sup> Doc. R 46.

<sup>217</sup> Doc. R 42, p. 25.

**Laudo**

es cierto que el precio de venta de CMSA sea la única forma de establecer el precio FOB del ferróníquel.

341. Finalmente, si el Tribunal Arbitral aceptara que el precio FOB ha de ser el de venta de CMSA, la Demandada propugna que el descuento del 2% que CMSA aplica al precio de venta debería ser omitido pues *de facto* constituye un coste cuya deducción no está permitida en la Ley de Regalías, que tasa las categorías de coste que pueden ser deducidas<sup>218</sup>.
342. *Segundo*, la Demandante sostiene que el precio FOB desarrollado en la Resolución 293 no es, verdaderamente, un precio FOB.
343. Alega que el precio de referencia internacional fijado en la Resolución 293 nunca podría ser explicativo del precio FOB, pues llevaría implícitos unos costes de transporte y seguro, que no habrían de estar presentes en un precio FOB<sup>219</sup>.
344. Colombia responde que el precio FOB desarrollado en la Resolución 293 sería el precio de destino, menos los costes de distribución, por tanto, sí refleja un precio FOB<sup>220</sup>.
345. *Tercero*, el ferróníquel típicamente vale menos que el níquel, por lo tanto, la estimación de su precio a través del precio del níquel en el LME, debería rebajarse a través de un descuento; y, sin embargo, la Resolución 293 le aplica una prima<sup>221</sup>, referida además al mercado americano, que no resulta relevante para CMSA<sup>222</sup>, yendo incluso en contra de la opinión de sus propios asesores, que sí preveían la aplicación de un descuento<sup>223</sup>.

**B. Posición del Tribunal Arbitral**

346. Ninguno de los argumentos de la Demandante resulta convincente:

**a. Precio FOB equivalente a precio de venta de CMSA**

347. La Demandante entiende que el único “precio FOB en puertos colombianos del níquel” posible, es el precio de venta del ferróníquel por parte de CMSA, pues no hay otros exportadores de níquel en Colombia, aparte de CMSA.
348. El Tribunal Arbitral no está convencido.
349. El art. 23 de la Ley de Regalías establece la forma genérica para la fijación del precio básico en boca de mina para la liquidación de las regalías generadas por la explotación del níquel. A diferencia del art. 16.2 de la Ley de Regalías, que se refería explícita y

---

<sup>218</sup> Memorial, para. 573.

<sup>219</sup> Réplica, para. 153.

<sup>220</sup> Contestación, para. 204.

<sup>221</sup> H 1, p. 129.

<sup>222</sup> H 1, p. 129.

<sup>223</sup> H 1, p. 131.

**Laudo**

únicamente a la mina de Cerro Matoso, el art. 23 resulta de aplicación a toda explotación del níquel.

350. El que, a día de hoy, la única explotación de níquel en Colombia sea la de Cerro Matoso no significa que en el futuro no pueda haber otras explotaciones – así lo ha advertido la Demandada<sup>224</sup>. No tendría sentido, pues, vincular la fórmula para determinar la regalía genérica de explotación del níquel, al precio de venta concreto, de CMSA.
351. Además, en una conversación entre la Agencia Nacional de Minería y CMSA, aquella dijo<sup>225</sup>:

“Las cosas valen lo que el mercado quiera pagar y no lo que la empresa diga”.

352. El Tribunal Arbitral comprende la posición del Estado. Y así, para evitar tener que, simplemente, validar el precio FOB que CMSA informe como (supuestamente) real, el Estado ha optado por “reconstruir” el precio FOB a partir de referencias internacionales.

\* \* \*

353. Habiendo rechazado el Tribunal Arbitral que el precio FOB sea equivalente al precio de venta de CMSA, resulta innecesario adentrarse en la discusión relativa a los diversos conceptos que deben integrar ese precio de venta – más concretamente, si debe o no tenerse en cuenta el 2% de comisión por comercialización que CMSA deduce del precio de venta del ferroníquel.

**b. Precio FOB a través de referencias internacionales**

354. El Tribunal Arbitral no considera que la estimación del precio FOB a partir de precios internacionales de cotización del níquel, que realiza la Resolución 293, vaya en contra del mandato del art. 23 de la Ley de Regalías:
355. *Primero*, la Demandante no ha presentado prueba suficiente de que, cuando la Ley de Regalías remitía al precio FOB, estuviera (implícitamente) excluyendo toda posible referencia a precios internacionales.
356. La Demandante únicamente aporta, como soporte, la redacción del art. 16.9 de la Ley de Regalías referido a las regalías del oro, plata y platino, que remite expresamente al precio internacional publicado por el LME.
357. Pero, a diferencia del art. 23 de la Ley de Regalías, el art. 16.9 no estaba incluido en la versión inicial de la Ley de Regalías, sino que provino de una reforma acometida por la Ley 756 de 2002<sup>226</sup>. De hecho, en la versión de la Ley de Regalías facilitada en el

<sup>224</sup> Conclusiones Demandada, para. 98; HT-EN, Día 3, p. 722, ll. 2-10.

<sup>225</sup> Dúplica, para. 170; Doc. R 26, p. 4.

<sup>226</sup> Doc. C 62.

**Laudo**

expediente<sup>227</sup> no hay ninguna referencia a precios internacionales. Por tanto, el Tribunal Arbitral no puede concluir que, en 1994, cuando Colombia promulgó la Ley de Regalías con su art. 23, refiriéndose a precios FOB, lo hiciera como opción excluyente de un precio internacional.

358. *Segundo*, cuando CMSA fue consultada de forma previa a la emisión de la Resolución 293, la propia CMSA propuso la referencia a precios internacionales como una alternativa para calcular el precio FOB.
359. Efectivamente, cuando CMSA debatió con la Autoridad Minera cómo debía desarrollarse la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías, propuso como escenario 3 utilizar “un precio de referencia que equivale al LME menos [los] costos de transporte marítimo y seguro”<sup>228</sup>. CMSA no veía ninguna contradicción en traducir el precio FOB en un precio internacional de referencia, deducidos ciertos costos – que es, en esencia, lo que hace la Resolución 293.

**c. Resolución 293 no contiene un precio FOB**

360. La Resolución 293 toma un precio de cotización del níquel en mercados internacionales, le resta una serie de costes asociados a su exportación, y así induce el precio FOB. La Demandante considera que el resultado no es un precio FOB.
361. El Tribunal Arbitral no aprecia un absurdo en la fórmula de la Resolución 293; de hecho, tiene cabida en el diagrama, muy gráfico y sencillo, aportado por la Demandante que explica la cadena de valor/costos desde la extracción del mineral hasta su cotización internacional al destinatario, pasando por el precio FOB<sup>229</sup>:



362. Tomándose el precio final (*Destination*) y restándole los costos asociados a su flete, se arriba al precio FOB.
363. La Demandante, no obstante, arguye que la Resolución 293 no refleja un precio FOB porque no deduce los costos asociados al flete correctamente.

<sup>227</sup> Doc. C 14.

<sup>228</sup> Doc. R 41, dispositiva 24.

<sup>229</sup> Réplica, para. 150.

**Laudo**

364. El Tribunal Arbitral constata que la Resolución 293 establece que el precio FOB del níquel será el precio internacional del níquel menos los costos de transporte externo<sup>230</sup>, entendidos éstos como el costo de flete marítimo<sup>231</sup>. No es cierto, por tanto, que la Resolución 293 obvие estos costos en la fórmula de determinación del precio FOB.

**d. Incorrección de la fórmula**

365. Finalmente, la Demandante apunta a un posible error o injusticia en la determinación del precio internacional del níquel, señalado en la Resolución 293.

366. La Resolución 293 estima el precio internacional del níquel como la suma de<sup>232</sup>:

- El precio promedio aritmético mensual de la libra de níquel para ventas a tres meses registrado en el LME;
- El promedio aritmético mensual de las primas de mercado libre de Europa y de América, que corresponde al promedio mensual de las primas pagadas más bajas y más altas, para la compraventa de níquel publicado en *Metal Bulletin*.

367. La Demandante arguye que el ferroníquel no se vende a precios superiores al níquel; por tanto, no es correcto aplicar una prima, como hace la Resolución 293 y, menos aún, referenciada al mercado americano, pues no es un mercado relevante para CMSA.

368. La mayoría del Tribunal Arbitral lo ve distinto<sup>233</sup>:

- La inclusión de primas ya estaba prevista en la fórmula contenida en el Acuerdo 2011, aceptada por CMSA y, además, no es cierto que el valor del ferroníquel siempre se sitúe por debajo del del níquel, y esto lo acepta la propia Demandante<sup>234</sup>; por tanto, la adición de primas no parece ser un concepto errado.
- La cotización del níquel en el mercado americano ha hecho parte de la fórmula del precio de referencia desde el Acuerdo 1985; sea, pues, un mercado relevante o no para CMSA, desde tiempos históricos ésta aceptó incluirlo en el cálculo de la regalía debida.

369. Además, la fórmula establecida en la Resolución 293 es muy similar a la que la propia CMSA propuso en la ronda de consultas como aceptable. No tendría sentido que CMSA hubiera sugerido la implementación de una fórmula incorrecta.

---

<sup>230</sup> Doc. C 28, p. 4.

<sup>231</sup> Doc. C 28, p. 3.

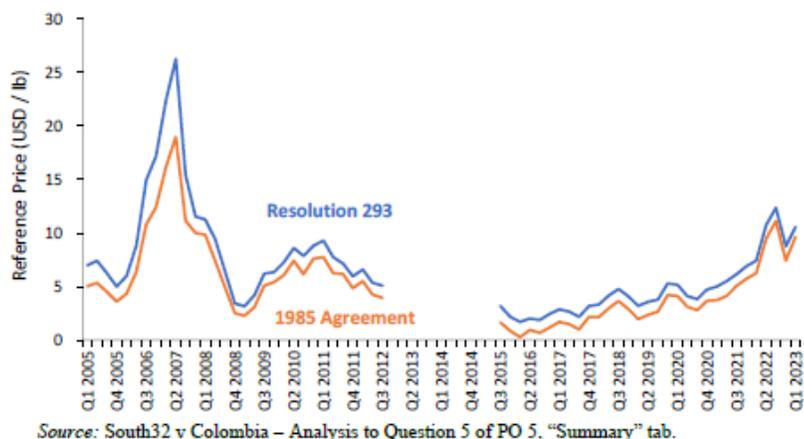
<sup>232</sup> Doc. C 28, p. 3.

<sup>233</sup> El árbitro, D. Guido S. Tawil, disiente del parecer mayoritario por considerar que, tratándose el ferroníquel de un producto de níquel Clase 2, lo que correspondía era aplicar un descuento sobre el precio del níquel catódico de LME y no una prima, tal como lo indicaron oportunamente Corficolombiana y CRU en su informe final de diciembre de 2012 (Doc. R 32, pp. 60-61 del informe, pp.109-110 del PDF).

<sup>234</sup> H 1, p. 128.

**Laudo**

370. Es más, el Tribunal Arbitral pidió a ambos peritos económicos que compararan cómo habría quedado el precio base a partir de 2005, aplicando la Resolución 293 por un lado, y aplicando el Acuerdo 1985 (tal como fue modificado en el Acuerdo 2011) por otro. Éste es el gráfico que aportaron<sup>235</sup>:



371. Ambos peritos reconocen que las dos fórmulas son muy similares y concentran en los costos deducibles el foco de diferencia<sup>236</sup>, pues el Acuerdo 1985 permitía la deducción de costos en un 80% ó un 100% y la Resolución 293 lo reducía a un 75% (y a 0%, incluso, para algunas categorías de costos)<sup>237</sup>:

**Table 1: Deductibility Percentage by Cost Category Under Each Regime<sup>5</sup>**

Cost Categories	Deductibility Percentages	
	1985 Agreement	Resolution 293
Mining	0%	0%
General & Administrative	80%	0%
Marketing	80%	0%
Handling	80%	75%
Auxiliary Installations	80%	75%
Internal Transportation and Port	100%	75%
Processing	100%	75%

Source: 1985 Royalty Agreement, pp. 5-6 (C-13); Mining Agency Resolution 293, pp. 4-8 (C-28).

372. De ahí que la curva de la Resolución 293 quede siempre por encima de la del Acuerdo 1985: bajo la Resolución 293 (aplicando el art. 23 de la Ley de Regalías) los costos deducibles eran siempre menores, luego la magnitud sobre la que calcular la regalía, sería siempre mayor.

<sup>235</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, p. 2.

<sup>236</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, para. 5.

<sup>237</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, p. 2.

**Laudo**

373. Pero la diferencia entre ambas regulaciones, que pueda deberse al distinto tratamiento de los costos deducibles, es indiferente para la discusión frente al Tribunal Arbitral – la Demandante no ha sugerido que, del cambio en el porcentaje de costos deducibles, se depure una responsabilidad internacional<sup>238</sup>.
374. La crítica de la Demandante se centra en el cálculo que la Resolución 293 hace del precio FOB. Recuérdese que este precio FOB resulta de restarle (i) a un promedio de precios internacionales del níquel clase 1 (ii) una serie de gastos de flete. Al respecto, comentan ambos peritos económicos lo siguiente:
375. (i) En cuanto al promedio de precios internacionales<sup>239</sup>:
- El Acuerdo 1985 fija el precio internacional como la media del precio en el LME y las primas del mercado europeo y americano:
  - Mientras que la Resolución 293 toma la media de las primas europea y americana y se la suma al precio del LME.
- Según los peritos, “la diferencia entre las dos metodologías es marginal”<sup>240</sup>.
376. (ii) En cuanto a los gastos de flete<sup>241</sup>:
- El Acuerdo 1985 deducía los costos reales de transporte del ferróníquel;
  - Mientras que la Resolución 293 toma un mínimo entre esos costes reales de flete y los costes teóricos, calculados a partir de un índice internacional.
- En opinión de los peritos, “desde un punto de vista práctico, aunque los costos reales casi siempre resultan ser inferiores a los teóricos, la diferencia es marginal”<sup>242</sup>.
377. Ambos peritos reconocen, por tanto, que la fórmula para determinar el precio de referencia – sea la del Acuerdo 1985, o sea el precio FOB desarrollado en la Resolución 293 – es prácticamente idéntica.
378. Dado que el Acuerdo 1985 fue fruto del pacto de las Partes y estuvo en vigor por 30 años, difícilmente podría sostenerse que su contenido fuera incorrecto o resultara en cifras injustas, como ahora propugna la Demandante respecto de la Resolución 293.

---

<sup>238</sup> Más allá de la discusión en los paras. 270 a 274 *supra* sobre la aplicación del 75% de deducción a la Concesión 1727 en el período IV 2007 a III 2012.

<sup>239</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, nota al pie 4.

<sup>240</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, nota al pie 4. “*The difference between the two methodologies is marginal*”. Traducción libre del Tribunal Arbitral.

<sup>241</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, nota al pie 4.

<sup>242</sup> Opinión conjunta sobre pregunta 5, nota al pie 4. “*from a practical standpoint, actual costs are almost always lower than theoretical costs, thus making any difference marginal*”. Traducción libre del Tribunal Arbitral.

**Laudo**

\* \* \*

379. En conclusión, la mayoría del Tribunal Arbitral no comparte la postura de la Demandante y no aprecia una irregularidad, absurdo o injusticia en las actuaciones por ella apuntadas en la determinación del precio FOB contenida en la Resolución 293.

**2.2.2. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA RESOLUCIÓN 293**

380. La Resolución 293 fue emitida en mayo de 2015. La Resolución 293 desarrollaba el cálculo del precio FOB – uno de los elementos del cálculo de la liquidación de regalías, según el art. 23 de la Ley de Regalías.

381. Y, promulgado el desarrollo del precio FOB, en 2015 la Unidad de Planeación Minero Energética comenzó a publicar los precios base para la liquidación de regalías. La aplicación de estos precios base a las Concesiones no está discutida.

382. Pero en 2017 la Unidad de Planeación Minero Energética también empezó a publicar precios base para reabrir liquidaciones del pasado, concretamente, del período IV 2007 – IV 2012. Esta reapertura seguía las pautas fijadas en el art. 8 (y 9) de la Resolución 293, que preveía la publicación de una serie histórica de precios para reliquidar las liquidaciones del pasado, efectuadas provisionalmente. Y ha habido otras actuaciones estatales que pretendían reabrir liquidaciones también en un período incluso anterior, de II 2005 a III 2007<sup>243</sup>.

383. La discusión de las Partes se centra en la posibilidad de revisar liquidaciones ya efectuadas en el pasado.

**A. Posiciones de las Partes**

384. La Demandante presenta una serie de argumentos, refutados todos ellos por la Demandada, para sostener que el desarrollo de la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías no puede ser aplicada de forma retroactiva a períodos anteriores a la promulgación de la Resolución 293 en 2015:

385. *Primero*, señala que la aplicación retroactiva de una norma<sup>244</sup> – como pretende el propio art. 8 de la Resolución 293 – va en contra del principio de irretroactividad<sup>245</sup>, refrendado en el art. 228 del Código de Minas<sup>246</sup>:

“El monto de regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas serán los vigentes a la época del contrato de concesión y se aplicarán durante toda su vigencia. Las

<sup>243</sup> Ver la Petición Cundinamarca (Doc. C 32).

<sup>244</sup> Réplica, para. 98.

<sup>245</sup> Memorial, para. 88.

<sup>246</sup> Doc. C 19.

**Laudo**

modificaciones que sobre estas materias adopte la ley, sólo se aplicarán a los contratos que se celebren y perfeccionen con posterioridad a su promulgación”.

386. *Segundo*, la Demandante señala que en el Acuerdo 2011 CMSA pactó con el Estado la metodología conforme a la cual debían liquidarse provisionalmente las regalías a partir de marzo de 2005 y hasta que Colombia publicara el precio base de liquidación que hubiera de resultar del desarrollo de la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías<sup>247</sup>. Según la Demandante, no cabe ahora pretender revisar retroactivamente esas liquidaciones hechas conforme a aquel pacto<sup>248</sup>.
387. La Demandada considera que la Demandante confunde el término “provisional” con “temporal”<sup>249</sup>. La fórmula de liquidación de regalías del Acuerdo 2011 se aplicaría de forma “provisional” y, por tanto, las liquidaciones serían revisadas una vez estuvieran publicados los precios base de liquidación<sup>250</sup>. Según la Demandada, en este caso no se trata de pretender aplicar retroactivamente una norma, sino de honrar el acuerdo de las Partes<sup>251</sup>.
388. Además, CMSA nunca pudo crearse la expectativa de que la liquidación de regalías anterior a 2015 era definitiva, pues las propias cartas que acompañaban las liquidaciones advertían de su provisionalidad<sup>252</sup>:
- “Como es de su conocimiento, las liquidaciones correspondientes a las facturas tienen carácter provisional hasta tanto no se acuerde la aplicación definitiva del art. 23 de la Ley de Regalías”.
389. La Demandante no interpreta la supuesta advertencia de igual forma. Para la Demandante se trata simplemente de una confirmación de la temporalidad de la vigencia de la fórmula del Acuerdo 2011<sup>253</sup>. Y, en todo caso, le resta importancia, sosteniendo que era una expresión unilateral de la autoridad y no reflejaba, por tanto, un acuerdo común y, además, no apareció en todas las facturas, sino sólo en algunas y, únicamente, respecto a la Concesión 866<sup>254</sup>. Esta última aseveración Colombia la refuta, sosteniendo que la frase estuvo contenida en 13 liquidaciones<sup>255</sup>.
390. *Tercero*, la Demandante sugiere que el comportamiento de Colombia es contradictorio con la postura que defiende en este arbitraje, pues:

---

<sup>247</sup> Réplica, para. 107.

<sup>248</sup> Réplica, para. 104.

<sup>249</sup> Dúplica, para. 47.

<sup>250</sup> Contestación, para. 126.

<sup>251</sup> Doc. C 107, p. 205.

<sup>252</sup> Contestación, para. 128. Doc. 50.

<sup>253</sup> Réplica, para. 183.

<sup>254</sup> Réplica, para. 182.

<sup>255</sup> Dúplica, para. 48.

**Laudo**

- Tanto las liquidaciones que realizó el Estado (hasta 2012), como las autoliquidaciones efectuadas por CMSA y revisadas por el Estado (entre 2013 y 2015) fueron hechas conforme a la fórmula del Acuerdo 2011<sup>256</sup>;
- El Estado revisó las liquidaciones de regalías hechas conforme a la fórmula del Acuerdo 2011 en dos inspecciones que dieron lugar a dos órdenes de la Contraloría en las que no apreció ninguna irregularidad en los que respecta al precio de referencia aplicado<sup>257</sup>.

391. *Finalmente*, la Demandante trae a colación un laudo doméstico<sup>258</sup> dictado al amparo de la cláusula arbitral contenida en el Contrato 51, en el que el tribunal arbitral resolvió que CMSA y la Agencia Nacional de Minería en ningún momento pactaron el pago provisional y retroactivo de regalías para ningún período; así como que el art. 8 de la Resolución 293 (que obliga a la entrega de información histórica de costos) no resulta aplicable al Contrato 51<sup>259</sup>. *Pro memoria*: el Contrato 51 es aquél en el que, a partir del 1 de octubre de 2012, quedaron integradas ambas Concesiones.

**B. Posición del Tribunal Arbitral**

392. La discusión planteada es compleja: la Demandante considera que el art. 8 (y 9) de la Resolución 293 pretende aplicar el contenido de la Resolución 293 a un período anterior a aquél a partir del cual entró en vigor tal Resolución 293 y eso es cierto; pero la Demandante omite mencionar que el propósito del art. 8 (y 9) es aplicar el desarrollo normativo del art. 23 de la Ley de Regalías desde la fecha en que entró en vigor esa Ley – y no antes.

393. La cuestión, por tanto, es si es posible revisar las liquidaciones de regalías ya efectuadas, aplicando el desarrollo posterior de una Ley vigente, a momentos anteriores a la emisión de tal desarrollo. Y esta cuestión ha sido resuelta en el laudo (ya firme) emitido el 27 de abril de 2022, al amparo de la cláusula arbitral del Contrato 51, en un arbitraje entre CMSA y la Agencia Nacional de Minería [el “**Laudo Precio de Referencia**”]<sup>260</sup> – cuya relevancia no ha sido cuestionada por la Demandada<sup>261</sup>. Nótese que el Laudo Precio de Referencia es la única decisión judicial<sup>262</sup> final adoptada al amparo del Derecho colombiano, aportada al expediente, que trata la cuestión apuntada y, por tanto, el Tribunal Arbitral se basará en sus conclusiones a la hora de acometer su análisis.

394. El Laudo Precio de Referencia hace el siguiente análisis:

---

<sup>256</sup> Memorial, para. 89.

<sup>257</sup> Memorial, para. 89.

<sup>258</sup> Dúplica, para. 50.

<sup>259</sup> Doc. R 83.

<sup>260</sup> Doc. R 83.

<sup>261</sup> Dúplica, paras. 50, 192, 254, 460 y 590; Conclusiones Demandada paras. 58 y 87.

<sup>262</sup> Arbitral, en este caso.

**Laudo**

395. *Primero*, proclama la irretroactividad de la Resolución 293<sup>263</sup>:

“[Las] liquidaciones y pagos son efectos consolidados que no pueden ser modificados ni alterados por ninguna norma posterior, so pena de aplicación retroactiva de la misma y la consiguiente violación de un derecho adquirido, constitucionalmente protegido (art. 58 de la Carta Política) y amparado legalmente (Ley 153 de 1887)”.

396. El Tribunal Arbitral coincide en que el principio general imperante es el de la irretroactividad normativa – principio con el que la Demandada concuerda<sup>264</sup>. Este principio está consagrado:

- En el art. 38 de la Ley 153 de 1887<sup>265</sup>:

“En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al momento de su celebración”.

- Y en el art. 228 del Código de Minas<sup>266</sup>:

“El monto de regalías y el sistema para liquidarlas y reajustarlas, serán los vigentes a la época del contrato de concesión y se aplicarán durante toda su vigencia. Las modificaciones que sobre estas materias adopte la ley, sólo se aplicarán a los contratos que se celebren y perfeccionen a su promulgación”.

397. Consecuentemente, y por lo general, las normas gozan de aplicación prospectiva hacia el futuro, y así lo reconoce la propia Resolución 293 en su art. 12<sup>267</sup>:

“Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación”.

398. A pesar de que la Resolución 293 proclama que únicamente rige a partir de su publicación, en su art. 8 pretende extender sus efectos hacia el pasado, pues se refiere a la publicación de una serie histórica de precios, con la intención de:

“efectuar la reliquidación de regalías que se han causado y pagado de forma provisional [desde la entrada en vigor el art. 23 de la Ley de Regalías]”.

399. Y el art. 9 ordena la presentación de información histórica para elaborar esa serie histórica de precios.

400. *Segundo*, el Laudo Precio Referencia acepta que pudiera darse la retrospectividad de las normas, cuando se aplican, a partir del momento de su vigencia, a situaciones

---

<sup>263</sup> Doc. R 83, p. 70.

<sup>264</sup> Dúplica, para. 396.

<sup>265</sup> Doc. C 43. Citado en la Memorial, para. 28 y en R 84, p. 77.

<sup>266</sup> Doc. C 19.

<sup>267</sup> Doc. C 28.

**Laudo**

jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior. Pero, según la Sentencia de 22 de febrero de 2011 de la Corte Constitucional, la retrospectividad de la norma sólo es posible cuando así esté consagrada y expresamente autorizada<sup>268</sup>.

401. *Tercero*, aplicando esta jurisprudencia, el Laudo Precio de Referencia analiza la Ley de Regalías en busca de una autorización a la aplicación retrospectiva, y no la encuentra<sup>269</sup>:

“[E]n ningún artículo de la Ley [de Regalías] se le dio alcance retrospectivo al pago de las regalías, en otras palabras, en dicha norma no se estableció que cuando la autoridad competente fijara el precio base de liquidación de las regalías, lo que efectivamente ocurrió años después, el precio nuevo se aplicaría de manera retrospectiva y, en consecuencia, debería hacerse la reliquidación correspondiente”.

402. El Tribunal Arbitral comparte esta conclusión. Aunque el art. 19 de la Ley de Regalías permitía al Ministerio de Minas determinar los precios de los minerales para efecto de la liquidación de regalías, la Ley no proclamaba la retrospectividad de dicha determinación.

403. La Demandada argumenta, entonces, que la autorización a la retrospectividad de la Resolución 293 a través del art. 8 (y 9) no ha de ser hallada en la Ley de Regalías, sino en un acuerdo de partes. Colombia se refiere al Acuerdo 2011 que reconoce la aplicación provisional de la fórmula contenida en ese Acuerdo:

“La [fórmula de cálculo de las regalías] ... aplicará provisionalmente desde el mes de marzo del año 2005 hasta el momento en que se fije el precio base de liquidación de regalías por parte de la Unidad de Planeación Minero Energética ... de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 [de la Ley de Regalías], momento en el cual la Autoridad Minera hará efectivo lo que se disponga en los actos administrativos que sean expedidos para el efecto”.

404. El Laudo Precio de Referencia también se ha pronunciado respecto a este argumento defensivo, rechazándolo<sup>270</sup>. El Laudo Precio de Referencia interpreta el término “provisionalmente” empleado en el Acuerdo 2011 de forma contraria a los intereses del Estado:

“El Tribunal entiende que la provisionalidad a que se refiere el [Acuerdo 2011] alude a la aplicación temporal de la fórmula ¿hasta cuándo?, hasta que la UPME fije el precio base de la liquidación de la regalía. No encontramos que del término provisionalidad pactado para los contratos de concesión, pueda entenderse que el pago de las regalías efectuado por el concesionario debía ser revisado al momento

---

<sup>268</sup> Doc. R 83, pp. 77 y 78.

<sup>269</sup> Doc. R 83, p. 78.

<sup>270</sup> Doc. R 83, pp. 49 y 50.

**Laudo**

en que la Autoridad Minera expidiera el precio base de la liquidación de la regalía ...”.

405. Al margen de la apreciación que hace el Laudo Precio de Referencia, el Tribunal Arbitral constata que las propias Partes, en este arbitraje, aceptan que el uso del término “provisionalmente” podía dar lugar a equívocos:
- La Demandada entiende que la aplicación provisional implicaba que sería revisada posteriormente, cuando se fijara el precio base de liquidación;
  - Mientras que la Demandante interpreta la expresión como indicativa de una aplicación temporal (pero definitiva y no revisable) hasta la publicación del precio base de liquidación.
406. Este hecho, en sí mismo, es suficiente para desestimar el argumento defensivo de la Demandada – como ya señalaba el Laudo Precio Referencia – respecto a que el Acuerdo 2011 contiene un pacto con una autorización a la aplicación retrospectiva de la Resolución 293; la ambigüedad de los términos empleados descarta tal existencia de un pacto inequívoco entre las partes que se pueda configurar como una excepción al principio de aplicación prospectiva de dicha Resolución.

Contra-argumento de la Demandada

407. La Demandada insiste en que su interpretación del término “provisionalmente” es la correcta, y lo refuerza en 11 cartas que acompañaban la liquidación de regalías, donde la autoridad minera advertía de lo siguiente:
- “Como es de su conocimiento las liquidaciones correspondientes ... emitidas desde el inicio de la prórroga es decir a partir del primero de octubre de 2007 tienen carácter provisional hasta tanto no se acuerde la aplicación definitiva del art. 23 de la Ley [de Regalías]”.
408. El Tribunal Arbitral constata que la advertencia que realizaba el Estado databa ya del II 2009<sup>271</sup> – una época anterior al Acuerdo 2011. No parece razonable, por tanto, que fuera indicativo de un entendimiento común de las partes sobre la interpretación que debía darse al Acuerdo 2011, como pretende hacer ver la Demandada. A lo sumo, sería indicativo de la voluntad unilateral del Estado, de que el futuro desarrollo del art. 23 de la Ley de Regalías, se aplicara a liquidaciones anteriores a su emisión. Pero tampoco es el caso, como se verá a continuación.
409. Existen varias actas de reuniones entre Ingeominas (antecesora de la Agencia Nacional de Minería) y CMSA, anteriores a la firma del Acuerdo 2011<sup>272</sup>; resulta especialmente interesante el acta n.º 4, en el que un representante de CMSA manifiesta que “el precio [a

<sup>271</sup> Conclusiones Demandante, para. 206.

<sup>272</sup> Doc. C 160.

**Laudo**

ser] fijado por la UPME no puede ser aplicado retroactivamente ...”<sup>273</sup>. Si el Estado hubiera considerado que esa afirmación era incorrecta, hubiera sido esperable que verbalizara su posición. Pero no consta que el Estado contradijera en ese momento a CMSA.

\* \* \*

410. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que la justificación brindada por la Demandada para aplicar retrospectivamente la Resolución 293 a través de su Art. 8 (y 9) – y la resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética que le siguió – no resulta razonable: el empleo del término equívoco “provisionalmente” en el Acuerdo 2011 impide apreciar una voluntad de las partes, que permitiera la aplicación retrospectiva de la Resolución 293 y, además, la conducta del Estado respecto a la interpretación que atribuía al término “provisionalmente” ha sido contradictoria.
411. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**2.3. LAS MEDIDAS SOBRE EL PRECIO DE REFERENCIA DEL NÍQUEL**

412. Las medidas que la Demandante reclama como violatorias del APPRI, relacionadas con la determinación del precio de referencia como base de liquidación de las regalías del níquel, son las siguientes:

**A. Resolución 293**

413. La Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería, de 15 de mayo de 2015<sup>274</sup>, que desarrolló la metodología para determinar el precio FOB, prevista en el art. 23 de la Ley de Regalías, estableciendo la fórmula para fijar el precio base para la liquidación de regalías del níquel.
414. La Demandante considera que la Resolución 293 planteaba irregularidades en su desarrollo del precio FOB y la mayoría del Tribunal Arbitral ha rechazado esa pretensión<sup>275</sup>.
415. El Tribunal Arbitral, sin embargo, ha considerado que los arts. 8 y 9 de la Resolución 293 pretenden su aplicación retroactiva, sin ofrecer para ello una justificación razonable.
416. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

---

<sup>273</sup> Doc. R 19.

<sup>274</sup> Doc. C 28.

<sup>275</sup> Ver para. 379 *supra*.

**Laudo**

**B. Resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética**

417. Se trata de las resoluciones por las que la Unidad de Planeación Minero Energética publicaba los precios base para la liquidación de regalías de níquel, en aplicación del precio FOB, desarrollado en la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería.
418. Han de distinguirse dos grupos dentro de estas resoluciones:
419. *Primero*, las resoluciones que determinaron, retroactivamente, los precios base para el período del IV 2007 al III 2012, tales como la resolución 562<sup>276</sup>, que fue derogada y sustituida por la 293<sup>277</sup>.
420. Si bien en esa fecha ya se había producido la prórroga del plazo del Contrato 866, dando así lugar a la aplicación del art. 23 de la Ley de Regalías y al precio base referido a precios FOB, la Resolución 293 no había entrado aún en vigor. El Tribunal Arbitral ya ha determinado que la justificación dada por el Estado para aplicar retroactivamente la Resolución 293 a través de sus arts. 8 y 9, así como todas las resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética (que, cumpliendo el mandato de dicha Resolución 293, publicaban los precios base) no resultan razonables.
421. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.
422. *Segundo*, las resoluciones que publicaron el precio base para la liquidación de las regalías del níquel, con aplicación a partir del período III de 2015 en adelante, es decir, desde la entrada en vigor de la Resolución 293.
423. La Demandante consideraba que, estando afectada la Resolución 293 de irregularidades, estas resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética debían correr la misma suerte<sup>278</sup>. Pero, habiendo el Tribunal Arbitral rechazado el argumento de la Demandante sobre la presencia de irregularidades en la aplicación prospectiva de la Resolución 293, decae la pretensión respecto de estas resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética igualmente<sup>279</sup>.

**C. Petición Cundinamarca**

424. En la Petición Cundinamarca de 6 febrero de 2018<sup>280</sup> la Agencia Nacional de Minería, solicitó ante el juez que declarara liquidados los Contratos. Lo hizo basándose en el

---

<sup>276</sup> Doc. C 30.

<sup>277</sup> Doc. C 34 – no a confundir con la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería (Doc. C 28).

<sup>278</sup> Memorial, para. 92.

<sup>279</sup> El árbitro, D. Guido S. Tawil, considera que las resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética, que liquidan regalías aplicando una fórmula del precio FOB, a su entender, irregular, están afectadas de la misma irregularidad.

<sup>280</sup> Doc. C 32.

**Laudo**

Auto VSC 351 que hacía balance de los Contratos fijando el adeudo por parte de CMSA de ciertas cantidades.

425. Entre ellas, se encontraban las regalías de níquel no pagadas durante el II 2005 al III 2007, atendiendo (retrospectivamente) al desarrollo del precio FOB, según lo dispuesto en la Resolución 293, más intereses<sup>281</sup>.
426. El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre la irregularidad que rodea a la aplicación de la Resolución 293 al período anterior a 2015 – la Petición Cundinamarca no ofrece ninguna motivación racional para justificar esa aplicación retroactiva, retrotrayéndola al II 2005 – en contradicción, además, con la resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética, que únicamente se retrotrajo a IV 2007.
427. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**D. Resolución 576**

428. La Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería data de 27 de septiembre de 2018<sup>282</sup>, y fue adoptada, como se vio, dentro del proceso de liquidación de los Contratos.
429. La Resolución 576 arguye que los Acuerdos de julio de 2005 suponían una modificación integral de los Contratos y, por tanto, las liquidaciones de regalías hechas desde 2005 en adelante eran provisionales<sup>283</sup> y podían ser revisadas en lo que respecta al precio de referencia utilizado como base para los siguientes periodos:<sup>284</sup>
- IV 2007 – III 2012 para la Concesión 866;
  - IV 2007 – II 2008 y I 2011 para la Concesión 1727<sup>285</sup>.
430. El Tribunal ya ha tachado de irrazonable la justificación que subyace a la aplicación retroactiva de la Resolución 293 para revisar las liquidaciones supuestamente provisionales<sup>286</sup>.
431. Y, nótese también, que la provisionalidad de las liquidaciones hechas fue el argumento dado en la Resolución 576 para aplicar, retroactivamente, la tasa de regalías elevada y el porcentaje de deducción de gastos reducido. Un comportamiento ya tachado de irregular por el Tribunal Arbitral. Aquí, el Tribunal Arbitral simplemente añade que la motivación es abiertamente incongruente: el que la liquidación pudiera o no ser

---

<sup>281</sup> Doc. C 32, p. 45.

<sup>282</sup> Doc. C 35.

<sup>283</sup> Doc. C 35, p. 10.

<sup>284</sup> Doc. C 35, p. 10.

<sup>285</sup> Doc. C 35, p. 11.

<sup>286</sup> Ver para. 410 *supra*.

**Laudo**

provisional porque el precio base para su cálculo no estaba aún publicado, nada tiene que ver con la tasa de regalías libremente escogida por la Demandada.

432. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**E. Auto 63**

433. El Auto 63 recalcula las regalías del período IV 2007 a III 2012, aplicando los precios de referencia publicados por la Unidad de Planeación Minero Energética<sup>287</sup>.
434. Cualquier liquidación realizada conforme a los precios base publicados a partir de 2015 referidos a períodos anteriores, implica una aplicación retroactiva de la Resolución 293 para la que el Tribunal Arbitral no ha hallado una motivación razonable, por parte de la Demandada.
435. Además, el Auto 63 estableció que estas regalías debían calcularse según la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías, es decir, deduciendo el 75% de los costos de procesamiento de horno, de manejo y de transporte y portuarios<sup>288</sup>; pero, estos costos “no fueron claramente demostrados”<sup>289</sup>; CMSA no habría demostrado cada uno de los gastos y costos de producción de níquel deducidos y, aunado a ello, la información contable de los años 2009 a 2012 carecería de utilidad para conciliar las cifras presentadas históricamente para el cálculo de las regalías<sup>290</sup>.
436. Al mismo tiempo, el Auto 63 reconocía que la resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética, que publicó los precios base para el período IV 2007 a III 2012, “tomó como ciertos” los costos indicados por CMSA al momento de liquidar las regalías<sup>291</sup>. El Auto 63, sin embargo, adoptó otra actitud, claramente contradictoria: extrajo del cálculo de la Resolución 293 la información sobre los precios de referencia y a esos precios de referencia les aplicó directamente el porcentaje de regalía, sin deducir ningún coste<sup>292</sup>.
437. La Demandante advierte una clara irregularidad, pues CMSA tenía derecho a la deducción de ciertos gastos<sup>293</sup>.
438. Y el Tribunal Arbitral le da la razón: la fórmula contenida en el art. 23 de la Ley de Regalías establece nítidamente que CMSA tiene derecho a deducir el 75% de ciertos costos y, sobre la magnitud que resulte, se aplicará la tasa de regalías; la Contraloría, sin embargo, ha obviado la única parte de la fórmula que permite rebajar el monto de

---

<sup>287</sup> Doc. C 39, p. 323.

<sup>288</sup> Doc. C 39, p. 319.

<sup>289</sup> Doc. C 39, p. 323.

<sup>290</sup> Doc. C 39, p. 321.

<sup>291</sup> Doc. C 39, p. 321.

<sup>292</sup> Doc. C 39, p. 321.

<sup>293</sup> Réplica, para. 192(e).

**Laudo**

regalías y que, por tanto, opera en contra de los intereses económicos del Estado – constituyendo así un comportamiento abusivo

Contra-argumentos de la Demandada.

439. La Contraloría ha aseverado estar legitimada para omitir la deducción por las siguientes razones:

440. *Primero*, CMSA no habría demostrado cada uno de los gastos y costos.

441. Sin embargo, como señala la Demandante, los empresarios no tienen obligación legal de mantener el soporte documental de sus gastos más allá de 10 años<sup>294</sup>. Así lo establece el art. 28 de la Ley 962 de 2005<sup>295</sup>:

“Los libros y papeles del comerciante deberán ser conservados por un período de 10 años contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante ...”.

442. El Tribunal Arbitral considera que la Demandada no ha justificado razonablemente el porqué de la exigencia de dicha prueba, transcurridos más de 10 años, teniendo en consideración lo señalado por la citada norma.

443. *Segundo*, la información contable allegada carecería de utilidad para conciliar las cifras presentadas en los anexos de los reportes trimestrales empleados para calcular las regalías. El Tribunal Arbitral constata que la información contable fue presentada en la misma forma tradicional<sup>296</sup> y, hasta ese momento, ese formato no había imposibilitado la comprobación de las cifras; es más:

- BDO había auditado los costos deducidos entre 2004 y 2008<sup>297</sup>;
- Como reconoce el propio Auto 63, la Unidad de Planeación Minero Energética había validado el importe de los costos deducidos entre IV 2007 y III 2012 en su resolución 293;
- En el Auto VSC 351, de 1 de noviembre de 2017<sup>298</sup>, la Agencia Nacional de Minería, al recoger el balance de los Contratos 866 y 1727, se pronunciaba de la siguiente forma respecto de la suficiencia de la información contable aportada por CMSA<sup>299</sup>:

“Con las bases de datos entregados por las empresa en los diferentes ejercicios de fiscalización y solicitadas por los funcionarios de la ANM se

---

<sup>294</sup> Réplica, para. 46.

<sup>295</sup> Doc. C 80, p. 4.

<sup>296</sup> HT-BL, Día 1, p. 380, ll-22; p. 381, ll. 1-7.

<sup>297</sup> Doc. C 107, p. 191.

<sup>298</sup> Doc. C 107.

<sup>299</sup> Doc. C 107, p. 185.

**Laudo**

procede a efectuar la trazabilidad aleatoria de los costos que han sido llevados como aplicables a las liquidaciones de regalías, encontrándose que la matriz entregada permite, efectivamente, rastrear los costos reportados en el “Anexo A” adjunto a las liquidaciones de regalías, tanto en la contabilidad de la empresa, como en el sistema ISAP, en el que incluso es posible acceder a una copia digital de los soportes de cada costo. Esta herramienta ha servido de insumo a los funcionarios ... para preparar los ejercicios de revisión que se han realizado ...”.

- El mismo Auto VSC 351 se refería explícitamente a la información de costos provista por CMSA para el período III 2005 a IV 2012 (más amplio que aquél para el cual la Contraloría omite costos por falta de prueba) explicando que CMSA había entregado un CD con la información requerida<sup>300</sup>, utilizando precisamente el formato enviado por la Agencia Nacional de Minería en 2015, que consta de dos anexos y con base en los lineamientos de la Resolución 293<sup>301</sup>; la Agencia Nacional de Minería señaló únicamente que la información del II 2005 hasta II 2007 estaba incompleta<sup>302</sup> – nada dijo entonces la Agencia respecto a una supuesta insuficiencia de la prueba de gastos de IV 2007 a III 2012.

- 444. En definitiva, el Auto 63 resulta contradictorio con el comportamiento anterior del Estado y parte de la aplicación retroactiva de la Resolución 293 para revisar las liquidaciones supuestamente provisionales, careciendo para ello de una justificación razonable.
- 445. Además, obvia de la fórmula del cálculo de regalías el único elemento favorable a los intereses de CMSA, aduciendo una justificación irrazonable, y constituyendo con ello un claro abuso que redundo en inseguridad jurídica.
- 446. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

### **3. COSTOS DEDUCIBLES**

- 447. Primero se muestran los hechos relevantes (3.1.) y, después, la discusión (3.2.).

#### **3.1. HECHOS RELEVANTES**

- 448. Se comenzará con una descripción, como se ha venido haciendo, de la regulación más importante (3.1.1.). Se añadirá un segundo capítulo, para explicar las actuaciones estatales respecto a los costos deducibles (3.1.2.).

---

<sup>300</sup> Doc. C 107, p. 207.

<sup>301</sup> Doc. C 107, p. 208.

<sup>302</sup> Doc. C 107, p. 208.

**Laudo**

**3.1.1. REGULACIÓN**

449. La regulación referida a continuación, no es novedosa – ya ha sido descrita en las secciones anteriores. Pero, esta vez, la narración se centra en lo que atañe a la materia de costes deducibles.

**A. Pactos contractuales (I)**

450. El Acuerdo 1985 establecía en su cláusula 1 que la regalía resultaría de la aplicación de la tasa del 8% al valor, en boca de mina, del producto bruto del mineral de níquel extraído; siendo este valor el resultado de tomar el precio internacional de referencia, convertido a COP, multiplicado por las libras extraídas y restados los costos aplicables.

451. Los costos aplicables venían definidos como:

“Costos de transporte interno y externo, los costos de procesamiento y todos aquellos costos que se causen después de la explotación del mineral”.

452. El Acuerdo 1985 listaba los costos que resultaban deducibles y establecía, a continuación, el porcentaje de deducción, que variaba en un 80% ó un 100%, así:

- Mercadeo y ventas: 80%;
- Transporte externo: 100%;
- Transporte interno: 100%;
- Proceso: 100%;
- Gastos generales y de administración: 80%;
- Instalaciones auxiliares: 80%;
- Primas de seguros: 80%;
- Depreciación de planta de proceso y equipo móvil: 100%;
- Depreciación de edificios de servicios, ciudadela, carreteras, puentes y aeropuerto y muebles y enseres: 80%;
- Amortización de costos diferidos: 80%.

453. Tratándose en una explotación minera, podría sorprender encontrarse con gastos como la depreciación de ciudadela, carreteras, puentes y aeropuertos. Estos gastos provienen de unas obligaciones adicionales, adquiridas por CMSA en la cláusula 14 del Contrato

**Laudo**

866<sup>303</sup> para la construcción de carreteras, embarcaderos, pista de aeropuerto, hospital, obras de saneamiento ambiental y viviendas – todo ello en beneficio de la comunidad de la zona.

**B. Ley de Regalías**

454. El art. 23 de la Ley de Regalías establecía que el precio básico en boca de mina se determinaba como el precio FOB descontando al 75% los costos de procesamiento en horno, los costos de manejo, los costos de transporte y portuarios.

**C. Pactos contractuales (II)**

455. Los Acuerdos de julio de 2005 incorporaban por referencia<sup>304</sup> los factores de cálculo de regalías del Acuerdo 1985.

456. A diferencia del Contrato 866, los Acuerdos de julio de 2005 no incluían las obligaciones de construcción en beneficio de la comunidad. Por eso, cuando las partes firmaron el Acuerdo 2011, este Acuerdo señaló que los costos y gastos relacionados con ciudadelas, clubes, fundaciones educativas, etc. no podían ya ser deducidos para calcular la base de las regalías.

**3.1.2. LAS ACTUACIONES ESTATALES SOBRE COSTOS DEDUCIBLES**

457. Entre 1982 y 2012 la deducción de costos a efectos de determinar la base para las liquidaciones de regalías no planteó ninguna dificultad.

458. En 2012 se produjo una inspección a cargo de la Contraloría que cuestionó, por primera vez, la corrección de liquidaciones de regalías históricas, sobre la base de los gastos deducidos:

459. En 2012 la Contraloría realizó una inspección a CMSA (la llamada “Visita Especial”), con el fin de revisar la liquidación de regalías practicadas entre 1985 y 2013. Las 14 observaciones de la Contraloría fueron trasladadas a la Agencia Nacional de Minería y a CMSA para formular alegaciones.

460. En el expediente figura un memorándum, de 7 de diciembre de 2012, de la Agencia Nacional de Minería, dirigido a la Contraloría [el “**Memorándum**”], resumiendo las actuaciones practicadas y, en el que la Agencia Nacional de Minería da su opinión respecto a la inspección practicada por la Contraloría<sup>305</sup>. El Memorándum se pronuncia sobre las 14 observaciones, de las cuales interesan sólo algunas, agrupadas por la siguiente temática:

---

<sup>303</sup> Doc. C 8.

<sup>304</sup> Cláusula 7.2 (y 6.2).

<sup>305</sup> Doc. C 80.

**Laudo**

461. (i) Ausencia de documentación soporte: al revisar la cuantía del “descuento contractual y transporte externo” aplicada en las liquidaciones de los años 1998 a 2003, la Contraloría evidenció que CMSA no adjuntó los contratos de venta soporte a esos descuentos<sup>306</sup>.
462. CMSA respondió, aportando un contrato de 8 de diciembre de 1999 entre Billiton Marketing and Trading C.V. y CMSA y, respecto a contratos anteriores, aseveró no tener obligación legal de conservar documentación anterior al año 2002, de acuerdo con el art. 28 de la Ley 962 de 2005<sup>307</sup>:
- “Los libros y papeles del comerciante deberán ser conservados por un período de 10 años contados a partir de la fecha del último asiento, documento o comprobante ...”.
463. La Agencia Nacional de Minería no entró a opinar sobre la duración de la obligación de custodia documental; simplemente señaló que, del contrato aportado no se deducían los valores cobrados, sino simplemente el pacto del cobro del precio promedio del flete, aplicándose un descuento del 3%<sup>308</sup>.
464. (ii) Los costos aplicados: la Contraloría señaló que en la liquidación de regalías de los años 1998 a 2003, se descontaron gastos generales y de administración, primas de seguros, depreciaciones de activos no productivos, amortizaciones de diferidos, edificio de servicios y facilidades exteriores – conceptos todos que no hacen parte del costo de producción del ferróníquel<sup>309</sup>. La Contraloría se basaba en el concepto de costo del Decreto 2649 de 1993<sup>310</sup>.
465. CMSA remitió, en su contestación, al Acuerdo 1985 que listaba una serie de costos deducibles, asegurando que éstos habían sido los costos efectivamente deducidos<sup>311</sup>. Y, además, señaló que el Decreto 2649 de 1993 invocado por la Contraloría no existía ni en 1970 (año del Contrato 866) ni en 1985 (año del Acuerdo 1985), estando proscrita la aplicación retroactiva de leyes en virtud de la Ley 153 de 1887, y esto con soporte jurisprudencial<sup>312</sup>.
466. La Agencia Nacional de Minería se posicionó con CMSA y señaló que el pago de regalías venía regulado contractualmente y que la liquidación llevada a cabo por CMSA se ceñía a la metodología pactada en el Acuerdo 1985 – Acuerdo celebrado en vigencia del Decreto Ley 2053 de 1974 y contemplando los principios contables generalmente aceptados en tal momento<sup>313</sup>. Y así, las partes no diferenciaron el concepto de ‘costo’

---

<sup>306</sup> Doc. C 80, p. 3.

<sup>307</sup> Doc. C 80, p. 4.

<sup>308</sup> Doc. C 80, p. 5.

<sup>309</sup> Doc. C 80, p. 19.

<sup>310</sup> Doc. C 80, p. 20.

<sup>311</sup> Doc. C 80, p. 21.

<sup>312</sup> Doc. C 80, p. 23.

<sup>313</sup> Doc. C 80, p. 24.

**Laudo**

del de ‘gasto’, ni lo definieron, ni lo limitaron a un conjunto específico de eventos que dieran lugar a un costo<sup>314</sup> – no circunscribieron, por tanto, los costos a los estrictamente asociados al proceso de producción, como ahora pretendía la Contraloría<sup>315</sup>.

467. Terminaba la Agencia Nacional de Minería afirmando en su Memorándum que<sup>316</sup>:

“La relación de causalidad entre los costos aplicables y el proceso productivo que adelanta CMSA para la producción del ferroníquel es una inferencia que no encuentra sustento en las normas y convenciones que regularon el pago de regalías derivadas de la explotación de níquel para el período auditado por la [Contraloría]”.

468. A partir de esta inspección de la Contraloría surgirían dos líneas de investigación que discurrieron en paralelo: una a cargo de la Autoridad Nacional de Minería (**A.**) y otra a cargo de la Contraloría (**B.**).

**A. La Agencia Nacional de Minería**

469. La Agencia Nacional de Minería emitió dos pronunciamientos que resultan relevantes a efectos del cómputo de los gastos deducibles:

**a. Auto VSC 26**

470. El 12 de marzo de 2015 la Agencia Nacional de Minería emitió el Auto VSC 26<sup>317</sup>.

471. En él, la Agencia Nacional de Minería explicó que, a raíz de la Visita Especial de la Contraloría, fue contratada una auditoría financiera y de costos sobre CMSA para el período 1998 a 2003, que llevó a cabo BDO Audit AGE S.A. [“**BDO**”]<sup>318</sup>. La auditoría terminó en noviembre de 2014, arribando a las siguientes conclusiones (entre otras):

- Que algunos costos y gastos aplicables para el cálculo de las regalías no eran los contemplados en los Contratos 866 y 1727<sup>319</sup> ni en el Acuerdo 1985<sup>320</sup>: (i) por no presentar relación de causalidad con el ingreso de la producción de níquel<sup>321</sup>; (ii) por determinar los costos de transporte externo mediante estimación porcentual en fletes y seguros, recuperación de provisiones y sobre-estimación de depreciaciones<sup>322</sup>;

<sup>314</sup> Doc. C 80, p. 26.

<sup>315</sup> Doc. C 80, p. 26.

<sup>316</sup> Doc. C 80, p. 26.

<sup>317</sup> Doc. C 26.

<sup>318</sup> Doc. C 26, p. 3.

<sup>319</sup> Doc. C 26, p. 3.

<sup>320</sup> Doc. C 26, p. 5.

<sup>321</sup> Doc. C 26, p. 4.

<sup>322</sup> Doc. C 26, p. 4.

**Laudo**

- Que no era posible establecer la exactitud y razonabilidad de los gastos deducidos en las regalías liquidadas entre 1998 y 2001, por no haber suministrado CMSA los soportes documentales<sup>323</sup>.

472. BDO cifraba las regalías dejadas de percibir, en COP 11.210,8 M a valor nominal y, a valor de 30 de junio de 2014, en COP 48.785,53 M<sup>324</sup>. De ese monto, parecería que COP 2.426.895.470 se referiría a los gastos sin soporte documental<sup>325</sup>. El Auto ordenaba a CMSA a realizar el pago de esos importes<sup>326</sup>.
473. Aparentemente, CMSA aceptó la existencia de algunos errores de entidad menor apuntados por BDO, y pagó COP 530 M<sup>327</sup> – de la deuda reclamada, restaban así COP 48.259 M por pagar.

**b. Resolución 576**

474. El 27 de septiembre de 2018 la Agencia Nacional de Minería emitió la Resolución 576<sup>328</sup>. Entre otras materias discutidas, trató la indebida deducción de costos para el cálculo de regalías para el mismo plazo de 1998 a 2003. La Resolución 576 confirmaba que la deuda ascendía a COP 48.259 M más intereses<sup>329</sup>.
475. Se trata del mismo importe ya requerido por la Agencia Nacional de Minería en el Auto VSC 26.

**B. La Contraloría**

476. La Contraloría emitió dos Autos afectados por la revisión de regalías a cuenta de los costos deducibles: el Auto 217 (a.) y el Auto 63 (b.).

**a. Auto 217**

477. El 26 de febrero de 2018 la Contraloría emitió el Auto 217 (de 280 páginas de extensión), dentro del proceso de responsabilidad fiscal CDME 001-2013 que surge a partir de la actuación especial de fiscalización sobre los Contratos 866 y 1727<sup>330</sup>.
478. El Auto 217 menciona, entre sus antecedentes, el Auto de Apertura de dicha actuación fiscalizadora especial, de 17 de mayo de 2013<sup>331</sup>. En el Auto de Apertura la Contraloría determinó que, entre los años 1998 y 2003 CMSA aplicó descuentos en el cálculo de regalías por cuenta de gastos generales y de administración, prima de seguros,

---

<sup>323</sup> Doc. C 26, p. 4.

<sup>324</sup> Doc. C 26, p. 5.

<sup>325</sup> Doc. C 39, pp. 147 y 148.

<sup>326</sup> Doc. C 26, p. 5.

<sup>327</sup> Doc. C 35, p. 9.

<sup>328</sup> Doc. C 35.

<sup>329</sup> Doc. C 26, p. 10.

<sup>330</sup> Doc. C 111.

<sup>331</sup> Doc. C 111, p. 11.

**Laudo**

depreciaciones de activos no productivos, y amortizaciones de diferidos en contravención del Acuerdo 1985<sup>332</sup>, por no acreditarse la relación de causalidad con la explotación del mineral<sup>333</sup>. El Auto de Apertura cifraba el daño patrimonial sufrido por el Estado, a raíz del ingreso de menores regalías a las realmente debidas, en COP 27.429.868.633<sup>334</sup>.

479. El Auto 217 puso fin a ese proceso fiscalizador, con un fallo sobre la responsabilidad fiscal de CMSA (y de otros investigados). Para alcanzar esa conclusión, la Contraloría revisó cada una de las categorías de costos incorrectamente deducidas, según mencionaba el Auto de Apertura, decidiendo si, efectivamente, estaban correctamente deducidas. Y en ese proceso revisor, mudó su parecer y aceptó buena parte de los gastos deducidos, que el Auto de Apertura sin embargo, rechazaba.

480. Efectivamente, la Contraloría permitió la deducción de todos los gastos, excepto los siguientes:

- Dentro de los gastos generales y de administración<sup>335</sup>: rechazó los gastos por vuelos chárter, donaciones, gastos deportivos, entre otros.
- Dentro de las instalaciones auxiliares<sup>336</sup>: la Contraloría reconoció que CMSA había adquirido en la cláusula 14 del Contrato 866 obligaciones de infraestructura con la comunidad, pero una vez comparadas esas obligaciones detalladas, con los gastos deducidos, comprobó que tres partidas de gastos no estaban relacionadas con ninguna obligación de instalaciones auxiliares – se trataba de la oficina de administración, Club Katuma y donaciones en desarrollo de la comunidad.
- Dentro de las primas de seguro<sup>337</sup>: CMSA había contabilizado importes que no eran estrictamente primas de seguro, tales como comisiones, gastos bancarios, impuestos no deducibles, medicina prepagada y bonos tickets.

481. De esta forma, la reliquidación final por parte de la Contraloría (sin indexar) era<sup>338</sup>:

---

<sup>332</sup> Doc. C 111, p. 3.

<sup>333</sup> Doc. C 111, p. 74.

<sup>334</sup> Doc. C 111, p. 13.

<sup>335</sup> Doc. C 111, p. 211.

<sup>336</sup> Doc. C 111, p. 224.

<sup>337</sup> Doc. C 111, p. 226.

<sup>338</sup> Doc. C 111, p. 76.

**Laudo**

CODIGO	DETALLE	COSTO NO PROCEDENTE SEGÚN LA CGR	REGALIAS POR TRANSFERIR (8%)
300	GASTOS GENERALES Y DE ADMINISTRACIÓN	\$ 39.397.460.006	\$ 3.151.796.801
400	INSTALACIONES AUXILIARES (Oficina de Administración – Club KATUMA – Desarrollo de la Comunidad)	\$ 13.923.001.197	\$ 1.113.840.096
705	PRIMA DE SEGUROS	\$ 6.987.591.799	\$ 559.007.344
	TOTAL	\$ 60.308.053.058	\$ 4.824.644.240

482. Las regalías dejadas de percibir, por incorrecta deducción de costos, durante el período de 1998 a 2003, ascendían a COP 4.824.644.240. A valor indexado a 31 de enero de 2018, resultaba COP 9.973.669.358<sup>339</sup>.
483. El Auto fallaba con responsabilidad fiscal contra CMSA (entre otros) por un importe de COP 9.973.669.358, ordenando hacer efectiva caución judicial amparada por póliza de seguros por el mismo importe<sup>340</sup>. CMSA pagó la cantidad reliquidada en el Auto 217<sup>341</sup> y comenzó una acción de nulidad, ante los tribunales contencioso-administrativos de Cundinamarca (alegando, entre otras razones, la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal), que está aún pendiente de resolución<sup>342</sup>.
484. Nótese que el Auto de Apertura cuantificaba la misma responsabilidad fiscal en COP 27.429.868.633, mientras que el Auto 217 lo hacía en COP 4.824.644.240 (ambos valores sin indexar). El Auto 217, por tanto, reducía a una quinta parte, el importe debido por CMSA.

**b. Auto 63**

485. El Auto 63 de 7 de febrero de 2020<sup>343</sup> pretende reliquidar las regalías del níquel no pagadas entre el IV 1982 y el II 2005, a cuenta de los gastos deducidos que no guardan relación causal con la explotación. De esta forma, el Auto 63 excluye los siguientes gastos:
- Dentro del grupo “Gastos Generales y de administración”: Presidencia, Vicepresidencia Técnica, Vicepresidencia de Finanzas, Vicepresidencia Recursos Humanos, Gerencia de Materiales, Entrenamiento y Seguridad Industrial, Servicios Técnicos, Gerencia de Tecnología<sup>344</sup>;
  - Dentro del grupo “Instalaciones Auxiliares”: Ciudadela Vivienda, Fundación Montelíbano, Club Katuma, Club Jagua, Motel, Comisariato y Desarrollo de la

<sup>339</sup> Doc. C 111, p. 275.

<sup>340</sup> Doc. C 111, p. 277.

<sup>341</sup> Doc. C 118, p. 16.

<sup>342</sup> Doc. C 118.

<sup>343</sup> Doc. C 39.

<sup>344</sup> Doc. C 39, pp. 293 y ss.

**Laudo**

Comunidad<sup>345</sup>; así como las “facilidades” (instalaciones) en el sitio, que incluyen, clínica y “facilidades” (instalaciones) médicas, cafetería y vestieres<sup>346</sup>;

- Dentro del rubro “Planta a muelle de Cartagena”: transporte de la proporción de hierro contenida en el ferróníquel<sup>347</sup>.

### **3.2. DISCUSIÓN**

486. Primero se presentarán las posiciones de las Partes (3.2.1.) y, después, el Tribunal Arbitral tomará partido (3.2.2.).

#### **3.2.1. POSICIONES DE LAS PARTES**

487. La Demandante considera que los recálculos de regalías de períodos históricos, para ajustar los gastos deducibles resulta:

- Incoherente: en los 30 años anteriores, Colombia validó los gastos deducibles comunicados y liquidados<sup>348</sup>; y, además, la Agencia Nacional de Minería, en su Memorándum, le había dado la razón a CMSA en no exigir relación causal entre los gastos deducibles y la explotación<sup>349</sup>.
- Incorrecto: exigió la existencia de relación causal entre los gastos y la explotación – cuando se trata de un requisito adicional sin fundamento y nunca exigido en 30 años de relación<sup>350</sup>; además, la Contraloría no tiene jurisdicción sobre CMSA<sup>351</sup>, y de tenerla, la acción habría caducado<sup>352</sup>.
- Irrazonable: porque obvió los gastos de transporte externo y seguros, por carecer de soporte documental, cuando no había obligación legal de mantener dicha prueba<sup>353</sup>.

488. La Demandada niega las anteriores imputaciones; a su entender, el comportamiento del Estado no fue:

- Incoherente: las liquidaciones de regalías estaban basadas en la información suministrada por CMSA, que no iba acompañada de documentación de contraste<sup>354</sup>, siendo el detalle de costes muy simple<sup>355</sup>; por tanto, las

---

<sup>345</sup> Doc. C 39, pp. 295 y ss.

<sup>346</sup> Doc. C 39, pp. 297 y ss.

<sup>347</sup> Doc. C 39, pp. 299 y ss.

<sup>348</sup> Memorial, para. 104.

<sup>349</sup> Memorial, para. 106.

<sup>350</sup> Memorial, para. 106.

<sup>351</sup> Réplica, para. 36.

<sup>352</sup> Réplica, para. 37.

<sup>353</sup> Memorial, para. 105.

<sup>354</sup> Contestación, para. 117.

<sup>355</sup> Contestación, para. 117.

**Laudo**

liquidaciones históricas no validaban la corrección de los datos suministrados. En todo caso, la Contraloría lleva a cabo una supervisión independiente de la de las autoridades mineras<sup>356</sup> y no puede verse vinculada por las conclusiones a que arriben otros entes<sup>357</sup>. Además, la Contraloría sí tiene competencia frente a CMSA<sup>358</sup> y la acción fiscalizadora no estaría caduca<sup>359</sup>.

- Incorrecto: el Acuerdo 1985 sí incluye como requisito la causalidad de los costos al referirse a “los costos ... que se causen después de la explotación del mineral”<sup>360</sup>; por tanto, el mero hecho de que un costo pertenezca a la categoría de costos deducibles listada en el Acuerdo 1985 no permite su deducción, a menos que quede acreditada la relación de causalidad<sup>361</sup>.

### **3.2.2. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

489. El Tribunal Arbitral constata lo siguiente:

490. La Contraloría llevó a cabo una Visita Especial en el año 2012, en la que requirió a CMSA que presentara prueba de los gastos deducidos en la liquidación de regalías entre los años 1985 a 2003; es decir, la Contraloría se retrotrajo 14 años en su investigación y señaló (al menos) dos irregularidades:

- Gastos sin soporte documental;
- Gastos no relacionados con la explotación.

491. Esos indicios de irregularidades dieron lugar a dos investigaciones paralelas: una a cargo de la Agencia Nacional de Minería (**A.**) y otra por la Contraloría (**B.**). Ambas versaban sobre las mismas (supuestas) irregularidades en el mismo período temporal.

#### **A. Agencia Nacional de Minería**

492. La Agencia Nacional de Minería contrató a la empresa auditora BDO, quien señaló en su informe de noviembre de 2014<sup>362</sup> que debían aplicarse ajustes al alza por importe de COP 11.210,8 M (valor nominal) en las regalías del período 1998 a 2003, por<sup>363</sup>:

- La falta de justificación de la parte porcentual en USD de los fletes y seguros (i);
- Los costos y gastos aplicables sin relación causal con el ingreso de la producción de níquel; incluyendo gastos generales de administración, instalaciones

<sup>356</sup> Contestación, para. 107.

<sup>357</sup> Contestación, para. 249.

<sup>358</sup> Dúplica, para. 148.

<sup>359</sup> Dúplica, para. 149 con referencia la Orden 63, p. 51.

<sup>360</sup> Dúplica, para. 126.

<sup>361</sup> Dúplica, para. 127.

<sup>362</sup> Doc. C 84.

<sup>363</sup> Doc. C 84, pp.16 y 41.

**Laudo**

auxiliares, procesos, primas de seguro<sup>364</sup>, depreciaciones<sup>365</sup> e instalaciones exteriores<sup>366</sup> (ii).

493. La Agencia Nacional de Minería aceptó las conclusiones de la auditoría y en el Auto VSC 26 las tradujo en una orden de pago a valor actualizado – el contenido del Auto VSC 26 se repetiría en la Resolución 576. La Demandante tilda el comportamiento de la Agencia Nacional de Minería de incorrecto y contradictorio:
494. (i) Incorrecto, pues obvia los gastos de fletes y seguros por falta de prueba, cuando no había obligación legal de mantener documentación más allá de 10 años, según el art. 28 de la Ley 962 de 2005.
495. El Tribunal Arbitral se siente persuadido: según el Auto VSC 26, la auditoría de BDO comenzó formalmente el 5 de noviembre de 2013, los auditores se instalaron en CMSA el 25 de noviembre de 2013 y el informe se presentaría un año después<sup>367</sup>. El informe no identifica el momento en que BDO solicitó la información contable, pero habiendo iniciado la auditoría en noviembre de 2013, y procediéndose a liquidar las regalías de forma trimestral, CMSA tenía en ese momento obligación de tener soporte documental únicamente respecto a los diez años anteriores (gastos del I 2004 en adelante); es decir, fuera del período auditado (1998 a 2003).
496. El Auto VSC 26 no ofrece motivación o soporte legal para exigir información que la Ley no obliga a conservar y basar en esa ausencia de prueba una orden de pago.
497. (ii) Contradictorio, pues en su Memorándum, la propia Agencia Nacional de Minería se había mostrado favorable a la deducción de los gastos ahora excluidos en razón de su falta de relación con la explotación<sup>368</sup>:

“La relación de causalidad entre los costos aplicables y el proceso productivo que adelanta CMSA para la producción del ferroníquel es una inferencia que no encuentra sustento en las normas y convenciones que regularon el pago de regalías derivadas de la explotación de níquel para el período auditado por la [Contraloría]”.

498. El Tribunal Arbitral se posiciona con la Demandante:
- Las categorías de gastos deducibles cuestionadas por la Contraloría en la Visita Especial, que dio lugar al Memorándum en respuesta, son las mismas que las mencionadas por BDO e incorporadas en el Auto VSC 26 y en la Resolución 576;

---

<sup>364</sup> Doc. C 84, pp. 28 y 29.

<sup>365</sup> Doc. C 84, pp. 30, 31 y 32.

<sup>366</sup> Doc. C 84, p. 32.

<sup>367</sup> Doc. C 26, p. 3.

<sup>368</sup> Doc. C 80, p. 26.

**Laudo**

- La razón de su exclusión en ambos casos fue la falta de relación con la explotación – motivo que la Agencia Nacional de Minería había rechazado por inválido en su Memorándum.

**B. Contraloría**

499. La Demandante considera que tanto el Auto 217 como el Auto 63 están afectados de irregularidades: resultan contradictorios con la conducta anterior del Estado, y entre sí (a.), son el resultado de acciones de responsabilidad fiscal caducas (b.) e iniciadas contra CMSA, un sujeto respecto del cual, la Contraloría no tiene competencia fiscalizadora (c.).

**a. Contradicción**

500. El Tribunal Arbitral analizará por separado ambos Autos.

**i. Auto 217**

501. La Contraloría llevó a cabo un proceso de fiscalización, que concluyó el 28 de febrero de 2018 con el Auto 217<sup>369</sup>.
502. En el Auto 217 la Contraloría explicó que el punto de partida para la deducción de costos era el Acuerdo 1985 que listaba ocho categorías de costos enumeradas de la a) a la h) que representaban los “costos de transporte interno y externo, los costos de procesamiento y todos aquellos costos que se causen después de la explotación del mineral”.
503. Pero no bastaba con que un coste estuviera formalmente contabilizado bajo una de las ocho categorías, sino que había de comprobarse si, efectivamente, se trataba de un coste relacionado con la explotación.
504. Y así, aunque, originariamente en su Auto de Apertura, la Contraloría había cifrado en más de COP 27 millardos, las regalías cobradas de menos, por deducción de costos no relacionados con la explotación, tras un análisis cuidadoso partida a partida, la Contraloría redujo esa cifra en más de un 80%, limitando considerablemente los gastos que debían excluirse.
505. La Demandante se queja de que el Auto 217 entra en clara contradicción con el Auto VSC 26 de la Agencia Nacional de Minería, pues ambas resoluciones revisan los costos deducibles en el mismo período temporal, aplicando la misma base legal y, sin embargo, arriban a distintos resultados – con diferencias abismales<sup>370</sup>.

---

<sup>369</sup> Doc. C 111.

<sup>370</sup> Conclusiones Demandante, para. 139.

**Laudo**

506. La Demandada niega una posible contradicción toda vez la Agencia Nacional de Minería y la Contraloría actúan en distintas esferas de supervisión<sup>371</sup> y las conclusiones de una no vinculan a la otra<sup>372</sup>. Colombia, a la vez, reconoce que esta doble supervisión en paralelo nunca podrá derivar en una doble orden compensatoria en contra de CMSA<sup>373</sup>.
507. El Tribunal Arbitral comprende que, por las particularidades que rodean al sistema de escrutinio público en Colombia, puedan darse situaciones como la presente, en la que dos entes revisen la corrección de las regalías liquidadas en el mismo período temporal. Pero, si la propia Demandada reconoce que esta duplicidad no podrá traducirse en una multiplicidad de compensaciones a favor del Estado, está aceptando que la doble revisión estatal se produce sobre los mismos hechos y por las mismas causas.
508. En este caso, se da, precisamente, eso: se trata de la revisión de la corrección de la liquidación de regalías practicada en el período 1998 a 2003, a cuenta de los costos deducibles, a manos tanto de la Agencia Nacional de Minería como de la Contraloría.
509. Siendo esto así, sería esperable que las conclusiones que alcanzara uno u otro ente estatal fueran congruentes entre sí. Pero no ha sido así:
- El Auto VSC 26 de 12 de marzo de 2015 cuantificó en COP 11.210,8 M (sin actualizar) las regalías recaudadas de menos a cuenta de gastos deducidos en exceso; y
  - El Auto 217 de 26 de febrero de 2018 cifró en COP 4.824,6 M (sin actualizar) – es decir, menos de la mitad – el déficit de regalías cobradas por la deducción indebida de costes.
510. Nótese que la Agencia Nacional de Minería podía haber reaccionado ante la evidencia creada por el Auto 217 de la Contraloría, rectificando su propia cuantificación. Pero lejos de hacerlo, el 27 de septiembre de 2018 aún emitiría la Resolución 576, que mantenía como válido el importe (alto) de reliquidación del Auto VSC 26.
511. La Demandada no ha dado una explicación a por qué dos órganos practicando la misma revisión alcanzan conclusiones distintas sobre la cifra de regalías dejadas de percibir por el Estado indebidamente.
512. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera que Colombia ha incurrido en una conducta contradictoria.

---

<sup>371</sup> Contestación, paras. 107 y 110.

<sup>372</sup> Contestación, para. 249.

<sup>373</sup> Contestación, para. 107.

**Laudo**

**ii. Auto 63**

513. El Auto 63 de la Contraloría de 7 de febrero de 2020 reliquida, entre otras, las siguientes regalías<sup>374</sup>
- Regalías del níquel no pagadas entre el IV 1982 y el II 2005 (COP 9.672.273.392): el Auto 63 depura los costos deducidos en ese período, aplicando criterios de relación causal y pertinencia con la explotación del níquel<sup>375</sup>.
  - Regalías del níquel no pagadas entre el III 2005 y el III 2007 (COP 221.213.740.897): el Auto 63 depura los costos deducidos excluyendo todos aquéllos que no guardan relación de causalidad con la explotación del níquel<sup>376</sup> – tales como, dentro del grupo “Instalaciones Auxiliares”, las instalaciones en el sitio, que incluyen, clínica e instalaciones médicas,
514. La Demandante destaca la contradicción del Auto 63 respecto a dos decisiones anteriores de la Contraloría<sup>377</sup>: el Auto 1334 y el Auto 217.
515. El *Auto 1334* de la Contraloría, de 9 de agosto de 2017<sup>378</sup> ordenaba el archivo del proceso ordinario de responsabilidad fiscal contra CMSA por una investigación del período de octubre de 2002 a septiembre de 2012 sobre el costo de transporte; en concreto sobre si podía o no deducirse el costo de transporte asociado al hierro contenido en el ferroníquel.
516. El Tribunal Arbitral no está convencido de la contradicción pretendida.
517. El mero hecho de que tanto el Auto 63 como el Auto 1334 tengan por objeto de revisión el mismo período, no los torna en contradictorios. Como bien apunta la Demandada<sup>379</sup>, el Auto 1334 se limitó a comprobar si el coste de transporte asociado al hierro era deducible y no analizó el requisito de causalidad del gasto deducible – que es el punto central de revisión del Auto 63.
518. Sin embargo, donde el Tribunal Arbitral sí aprecia una contradicción manifiesta es, precisamente, en las conclusiones que alcanzan uno y otro Auto respecto de ese costo de transporte asociado al hierro:
- Auto 1334: considera que el níquel no se encuentra puro en la naturaleza, sino en combinación directa con el hierro, lo que obliga a procesar el mineral de níquel extraído y transformarlo en ferroníquel; siendo lógico y conforme a los Contratos

---

<sup>374</sup> Doc. C 39.

<sup>375</sup> Doc. C 39, p. 313.

<sup>376</sup> Doc. C 39, pp. 317 y 318.

<sup>377</sup> Réplica, para. 192(c).

<sup>378</sup> Doc. C 103.

<sup>379</sup> Dúplica, para. 262.

**Laudo**

y al Acuerdo 1985, que la deducción de costes de transporte interno se calcule sobre el ferróniquel, pues éste es el producto que permite su comercialización internacional – no hay daño patrimonial al Estado por haber descontado el valor del transporte interno del ferróniquel, sin deducir la parte proporcional de hierro<sup>380</sup>.

- Auto 63: CMSA dedujo costos por transporte interno del ferróniquel que incluían la proporción del transporte del hierro contenido en el ferróniquel, siendo esto improcedente<sup>381</sup> y resultando un daño patrimonial de COP 9.417.649.515, que fueron deducidos de más<sup>382</sup>.

519. Como se vio recién, el *Auto 217* de 26 de febrero de 2018 analizó el período entre 1998 y 2003, revisando los costos deducidos, debido a la falta de relación causal<sup>383</sup>. Esta vez sí coincide con el Auto 63 tanto en el período como en el objeto material de revisión.

520. El Auto 217 resulta muy interesante. A través de él la Contraloría dio por concluido el proceso de responsabilidad fiscal; dentro de ese proceso, la propia Contraloría había emitido un Auto de Imputación que cuantificaba el daño patrimonial sufrido en COP 27.429.868.633<sup>384</sup>. El Auto 217 terminaba cuantificando el daño en únicamente COP 4.824.644.240 – la reducción es llamativa y se debe a que la propia Contraloría, tras un análisis más detallado, consideró que había gastos que (contrario a lo inicialmente señalado) sí estaban correctamente deducidos. La Contraloría aceptó que CMSA dedujera en el cálculo de las regalías las categorías contables mencionadas en el Acuerdo 1985<sup>385</sup>. Lo que argüía la Contraloría es que CMSA incluyó conceptos en esas partidas erróneamente. Así:

- Los gastos de donaciones, deportivos, vuelos chárter, etc. no deberían haber sido contabilizados como gastos generales y de administración<sup>386</sup>.
- Bajo el concepto de primas de seguro (que sí son deducibles), la Contraloría consideró que había contabilizados otros gastos que no eran primas de seguro<sup>387</sup>.
- En cuanto a las instalaciones auxiliares, que son gastos no relacionados con la explotación, pero a los que CMSA se obligó a incurrir a través de la cláusula 14 del Contrato 866<sup>388</sup>, la Contraloría aceptó, en principio, su deducción<sup>389</sup>. La Contraloría, después, comprobó que en tres casos (oficina de administración,

---

<sup>380</sup> Doc. C 103, p. 41.

<sup>381</sup> Doc. C 39, p. 299.

<sup>382</sup> Doc. C 39, p. 302.

<sup>383</sup> Doc. C 111.

<sup>384</sup> Doc. C 111, p. 201.

<sup>385</sup> Doc. C 111, p. 210.

<sup>386</sup> Doc. C 111, p. 211.

<sup>387</sup> Doc. C 111, p. 226.

<sup>388</sup> Doc. C 111, p. 219.

<sup>389</sup> Doc. C 111, p. 221.

**Laudo**

Club Katuma y unas donaciones) no había tal obligación contractual expresa y, por tanto, decidió eliminar ese gasto del cómputo de las regalías<sup>390</sup>, pero aceptó la deducción del resto de gastos, al comprobar que las instalaciones a que se referían los gastos comprometidos, efectivamente, existían<sup>391</sup>.

521. Comparando los Autos 217 y 63, el Tribunal Arbitral aprecia las siguientes incongruencias en su tratamiento del grupo de gastos “Instalaciones Auxiliares”:

- El Auto 217 no detectó ninguna irregularidad en los conceptos clínica y facilidades médicas, cafetería, ni vestieres – el Auto 63, sin embargo, sí, en un importe de gastos de COP 26.867.230.921<sup>392</sup>.
- El Auto 217 consideró que la Ciudadela Vivienda entraba dentro de las obligaciones de construcción de viviendas para trabajadores y familias, a que se comprometió CMSA<sup>393</sup> y en inspección ocular comprobó que tales instalaciones, efectivamente, existían<sup>394</sup>, y la Fundación Colegio Montelíbano correspondía a la obligación de construcción y mantenimiento de escuelas para trabajadores y familia y el colegio existía y estaba en funcionamiento<sup>395</sup>; sin embargo, el Auto 63 excluye los gastos de ambos rubros<sup>396</sup>.

522. Resulta también llamativo lo siguiente: CMSA pagó la cantidad fijada en el Auto 217 de la Contraloría, por el cual ésta reliquidaba las regalías del período 1998 a 2003, a cuenta de los gastos no deducibles por no guardar relación causal (si bien reclamó judicialmente contra el Auto 217, arguyendo entre otros, su caducidad); a pesar de haber pagado esta reliquidación, el Auto 63 vuelve a reclamar la reliquidación de regalías por el mismo período y la misma causa – la conculcación de la seguridad jurídica es manifiesta.

\* \* \*

523. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que los Autos 217 y 63 resultan incongruentes entre sí y contradictorios con el comportamiento anterior del Estado.

524. El Tribunal Arbitral valorará esta conducta irregular en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

---

<sup>390</sup> Doc. C 111, pp. 223 y 224.

<sup>391</sup> Doc. C 111, p. 222.

<sup>392</sup> Doc. C 39, pp. 297 y 298.

<sup>393</sup> Doc. C 111, p. 221.

<sup>394</sup> Doc. C 111, p. 222.

<sup>395</sup> Doc. C 111, p. 222.

<sup>396</sup> Doc. C 39, p. 295.

**Laudo**

**b. Caducidad**

525. Según el art. 9 de la Ley 610 de 2000, la Contraloría tiene cinco años desde la comisión del acto perjudicial para iniciar el procedimiento de responsabilidad fiscal.
526. La Demandante considera que la Contraloría tendría vedado comenzar las acciones fiscales que resultaron en el Auto 217 (i.) y en el Auto 63 (ii.), porque recaerían sobre actos acontecidos hace más de cinco años<sup>397</sup>. La Demandada lo niega, invocando, de nuevo, la propia opinión de la Contraloría<sup>398</sup>.
527. Efectivamente, el art. 9 de la Ley 610 de 2000 pone cotas temporales a la acción fiscal: ésta caducará si, transcurridos cinco años desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público, no se ha proferido auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

**i. Auto 217**

528. El Auto 217 relata en sus antecedentes que el Auto de Apertura, por el que inició el proceso de responsabilidad fiscal, fue de 17 de mayo de 2015<sup>399</sup>; por tanto, en aplicación del art. 9 de la Ley 610 de 2000, la Contraloría sólo podía depurar la responsabilidad fiscal de CMSA respecto a actos cometidos en los cinco años anteriores: es decir, hasta el 17 de mayo de 2010 – contabilizado por trimestres, la primera liquidación de regalías que podía ser objeto de acción fiscal sería la del III 2010.
529. El Auto 217, sin embargo, revisa las liquidaciones de regalías por años completos desde 1998 hasta 2003.

**Contra-argumento de la Demandada**

530. El propio Auto 217 defiende que la acción de responsabilidad fiscal no se halla caduca. Al respecto, el Auto 217 destaca la última frase del art. 9 de la Ley 610 de 2000<sup>400</sup>:

“Este término empezará a contarse para los hechos o actos instantáneos desde el día de su realización, y para los complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado desde la del último hecho o acto”.

531. El Auto 217 considera que ninguna liquidación de regalías de los Contratos es definitiva, por cuanto el contrato de concesión es de tracto sucesivo, cumpliéndose las obligaciones en el tiempo, y sólo al final se hace un balance de todo lo ocurrido en el contrato<sup>401</sup>, de las sumas pagadas y los saldos a favor de cada una de las partes, y ahí

<sup>397</sup> Doc. C 118, p. 36. Réplica, para. 37.

<sup>398</sup> Dúplica, para. 148.

<sup>399</sup> Doc. C 111, pie de página 15.

<sup>400</sup> Doc. C 111, p. 252.

<sup>401</sup> Doc. C 111, p. 252.

**Laudo**

se hacen efectivas<sup>402</sup>. Cualquier pago hecho durante la vigencia del contrato es provisional, sujeto a poder ser revisado<sup>403</sup>. Continúa señalando que, en este caso, los Contratos han estado vigentes hasta el 30 de septiembre de 2012 y, adicionalmente, aún no se ha procedido a su liquidación<sup>404</sup>. Por tanto, la Contraloría puede revisar todo lo ocurrido en su ejecución, al momento de la terminación o en la etapa de liquidación del contrato<sup>405</sup>.

532. Y el Auto 217 aclara también que no es necesario esperar a la liquidación del contrato para determinar un daño y consiguiente responsabilidad, pues el daño puede haber surgido en cualquier momento anterior<sup>406</sup>.
533. De hecho, el Auto 217 identifica el hecho lesivo para el patrimonio estatal, como la inclusión de partidas que no tenían relación de causalidad con la explotación del mineral<sup>407</sup>
534. El Tribunal Arbitral no es capaz de seguir la razonabilidad de la argumentación esbozada por la Contraloría, según se ha mostrado en los párrafos anteriores:
535. El art. 9 determina con claridad que el plazo de caducidad de cinco años comienza a contar desde la ocurrencia del hecho generador del daño al patrimonio público. El propio artículo especifica que, tratándose de hechos complejos, de tracto sucesivo, de carácter permanente o continuado, el plazo contará desde el último hecho – entendiéndose, con ello, que en este tipo de actos no es posible determinar si, efectivamente, ha habido un hecho lesivo, hasta que no termina de producirse el hecho complejo.
536. No es el caso de las Concesiones, como ha reconocido la propia Contraloría: cualquier daño ocurrido antes de la liquidación o terminación del contrato constituye un evento cierto<sup>408</sup>. Es más, la Contraloría no ha tenido dificultades en identificar el hecho lesivo: la inclusión de partidas que no tenían relación de causalidad con la explotación del mineral<sup>409</sup> – un hecho que ocurrió (a su entender) con cada liquidación trimestral de regalías entre los años 1998 y 2003.
537. Lo que la Contraloría no logra explicar razonablemente es por qué, si el daño se produjo entre 1998 y 2003 y se trata de un daño cierto, la acción de responsabilidad fiscal no se inició hasta casi 20 años después.

---

<sup>402</sup> Doc. C 111, p. 253.

<sup>403</sup> Doc. C 111, p. 253.

<sup>404</sup> Doc. C 111, p. 252.

<sup>405</sup> Doc. C 111, p. 254.

<sup>406</sup> Doc. C 111, p. 243.

<sup>407</sup> Doc. C 111, p. 253.

<sup>408</sup> Doc. C 111, p. 253.

<sup>409</sup> Doc. C 111, p. 253.

**Laudo**

**ii. Auto 63**

538. La Demandante señala que, asumiendo que el último acto perjudicial hubiera acaecido, como muy tarde, con la finalización de los Contratos, para el 1 de octubre de 2017 tendría que haberse producido la decisión de apertura, pero ésta no ocurriría hasta el 7 de febrero de 2020 con la emisión de este Auto 63<sup>410</sup>.
539. La Demandada lo ve distinto: como indica el propio Auto 63, el último acto habría acontecido con la emisión de la Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería, el 27 de septiembre de 2018<sup>411</sup>.
540. El Tribunal Arbitral se posiciona con la Demandante.
541. En el Auto 63 la Contraloría considera que hubo regalías no pagadas, causando así un daño patrimonial al Estado, en períodos de 1982 a 2012, 2005 a 2007 y 2007 a 2012. Aun tomando el último año únicamente, parecería que la acción debiera haberse iniciado cinco años después, en 2017 y, sin embargo, esto sólo aconteció en 2020.

Contra-argumentos de la Demandada

542. La Demandada remite a la propia opinión de la Contraloría, contenida en el Auto 63, que da dos razones para defender la temporaneidad de la acción:
543. *Primero*, el Auto 63 señala que los Contratos son contratos complejos, de tracto sucesivo, en los que el último acto administrativo proferido es la Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería<sup>412</sup>.
544. El Tribunal Arbitral no termina de entender cómo un acto administrativo tal como la Resolución 576 pueda resultar relevante a los efectos de determinar el inicio del plazo para incoar la acción de fiscalización. Según el art. 9 de la Ley 610 de 2000 lo relevante para determinar ese *dies a quo* es la generación de un daño al Estado. El acto administrativo del Estado relacionado con la liquidación de los Contratos está totalmente desvinculado del hecho generador de daño al Estado y, por tanto, resultaría de todo punto irrelevante para determinar la caducidad de la acción de responsabilidad fiscal.
545. *Segundo*, el Auto 63 continúa, sosteniendo que el inicio del plazo de caducidad de la acción fiscal aún no se ha producido, dado que no se han proferido las respectivas liquidaciones de los Contratos<sup>413</sup>.
546. El argumento es difícil de comprender: la acción de responsabilidad fiscal se incoa porque el Estado ha sufrido un daño y la ocurrencia de ese daño causa el inicio del

---

<sup>410</sup> Réplica, para. 37.

<sup>411</sup> Dúplica, para. 149 con referencia la Orden 63, p. 51.

<sup>412</sup> Doc. C 39, p. 51.

<sup>413</sup> Doc. C 39, p. 51.

**Laudo**

plazo de caducidad – acontecido el daño, la Contraloría tiene cinco años para iniciar la acción de responsabilidad fiscal correspondiente. No resulta razonable que la Contraloría sostenga al mismo tiempo que sí existe un daño perseguible, pero al mismo tiempo pretenda que no ha comenzado aún el plazo de caducidad. La postura es manifiestamente contradictoria.

\* \* \*

547. En vista de lo anterior, la justificación dada para considerar que el Auto 217 y el Auto 63 dieron comienzo a una acción de responsabilidad fiscal iniciada dentro del período de caducidad, no resulta razonable conforme a los propios parámetros técnicos utilizados por la autoridad para dicha justificación.
548. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**c. Incompetencia**

549. Según la Demandante, la Contraloría carece de competencia para fiscalizar las acciones de CMSA, que es un privado sin poder de decisión sobre bienes o fondos públicos<sup>414</sup>; así lo habría confirmado la Corte Constitucional<sup>415</sup>. La Demandada lo niega y se basa para ello en la propia opinión de la Contraloría<sup>416</sup>.
550. La acción fiscalizadora de la Contraloría está regulada en la Ley 610 de 2000<sup>417</sup>. Ésta define el proceso de responsabilidad fiscal, en su art. 1, de la siguiente forma:

“El conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”.

551. La Contraloría fiscaliza, por tanto, no sólo la responsabilidad de los servidores públicos, sino también la de los particulares, cuando éstos interactúen con la gestión fiscal; entendida ésta, en el art. 3, como:

“El conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos ...”.

---

<sup>414</sup> Réplica, para. 36.

<sup>415</sup> Doc. C 61.

<sup>416</sup> Dúplica, para. 148.

<sup>417</sup> Doc. C 59.

**Laudo**

552. La propia Contraloría considera que CMSA ostenta la calidad de gestor fiscal, justificándolo en que la liquidación de las regalías a ser arcadas por el Estado dependía del reporte de información que daba CMSA<sup>418</sup>.
553. Para desacreditar esta conclusión, la Demandante remite a una Sentencia de la Corte Constitucional: la competencia de la Contraloría no es universal<sup>419</sup>, sino que se ciñe a aquellos sujetos que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición y que, al hacerlo, causen un detrimento al Estado<sup>420</sup>.
554. El Tribunal Arbitral no ve necesario pronunciarse sobre la competencia de la Contraloría para iniciar una acción contra CMSA, debido a que, en todo caso, como se ha visto *supra*, las actuaciones de la Contraloría traídas a este arbitraje muestran en su contenido irregularidades significativas que permitirán apreciar la concurrencia de un ilícito internacional.

**4. REGALÍA DEL HIERRO**

555. La mina de Cerro Matoso es un yacimiento de níquel.
556. El níquel, hasta donde se conoce, está presente en dos tipos de minerales: sulfúricos y lateríticos. Dentro de los lateríticos, hay de nuevo dos categorías: asociadas a óxidos o a sulfatos<sup>421</sup>. El depósito de Cerro Matoso es laterítico asociado a óxidos<sup>422</sup>. En concreto, el mineral extraído a boca de mina contiene de 1-2% de níquel, roca estéril, óxido de hierro y otros minerales<sup>423</sup>.
557. El tipo de mineral en que está contenido el níquel determinará el tipo de procesamiento a que pueda someterse. Para una laterita basada en óxidos, el único proceso productivo probado es el llamado RKEF<sup>424</sup>. Se trata de una combinación de un proceso de calcinación con un proceso de fundición a muy altas temperaturas; así se consigue que el mineral se licúe. Como en este mineral el níquel y el hierro están en liga íntima a nivel molecular, hacen parte de la misma estructura y, al ser elementos con características fisicoquímicas muy parecidas, durante la reducción y fusión se comportan de forma semejante – en otras palabras, no es posible reducir el níquel sin reducir a la vez el hierro<sup>425</sup>.
558. Tras someter el mineral extraído a este proceso pirometalúrgico en horno a altas temperaturas, se obtiene ferroníquel. Y el único producto procesado de posible

---

<sup>418</sup> Doc. C 39, pp. 355 y 356.

<sup>419</sup> Sentencia C-840/01, Doc. C 61, p. 18.

<sup>420</sup> Sentencia C-840/01, Doc. C 61, p. 28.

<sup>421</sup> Doc. R 83, p. 85.

<sup>422</sup> Doc. R 83, p. 85.

<sup>423</sup> HT-BL, Día 1, p. 29, ll. 19-22.

<sup>424</sup> *Rotary Kiln Electric Furnace* (horno rotatorio eléctrico Kiln).

<sup>425</sup> Doc. R 83, pp. 85 y 86.

**Laudo**

obtención a partir del mineral del yacimiento de Cerro Matoso, es el ferroníquel<sup>426</sup>. El ferroníquel se compone, principalmente, de níquel y hierro, en una proporción aproximada de 30% y 70%, respectivamente<sup>427</sup>.

559. Conviene destacar que, aunque el ferroníquel:

- Contenga menor porcentaje de níquel que el níquel puro (o níquel 1), y
- Por su composición tenga más hierro que níquel,

El ferroníquel sigue considerándose un producto de níquel<sup>428</sup> – no hay discusión al respecto; en concreto, es el llamado níquel 2.

560. La Demandante ha confirmado que el mineral extraído de la mina es un mineral de níquel, y no un mineral de hierro. Para producir hierro sería necesario que el mineral extraído tuviera un contenido de óxido de hierro que el mineral de la mina Cerro Matoso no llega a alcanzar<sup>429</sup>.

561. Por casi 40 años CMSA pagó regalías correspondientes al níquel, únicamente – primero en una tasa del 8% y después al 12%. En 2017, con motivo de la liquidación de los Contratos, la Agencia Nacional de Minería planteó por primera vez el devengo de regalías sobre el hierro para el período histórico de 1982 a 2012<sup>430</sup>. Y a partir de 2019 el Estado reclamó ya el pago de regalías trimestrales sobre el hierro, al 5%, que es el porcentaje de regalías previsto en la Ley de Regalías para el hierro, devengándose así desde IV 2012.

562. En 2020 CMSA pagó las regalías sobre el hierro del período IV de 2012 a I de 2020, bajo protesta; así como en los años 2021 y 2022<sup>431</sup>. CMSA inició, no obstante, un arbitraje cuestionando la legitimidad de esa reclamación y ganó, según reconoció el laudo de 11 de mayo de 2022, entre CMSA y la Agencia Nacional de Minería<sup>432</sup> [el “**Laudo Hierro**”]. El Laudo Hierro está siendo revisado en un proceso de nulidad, sin concluir y, por tanto, no ha adquirido firmeza<sup>433</sup>.

563. El Tribunal Arbitral planteará la discusión primero (4.1.) y después analizará las medidas estrictamente vinculadas a la regalía del hierro (4.2.).

---

<sup>426</sup> Doc. R 83, pp. 85 y 86.

<sup>427</sup> Contestación, para. 69.

<sup>428</sup> Réplica, para. 196.

<sup>429</sup> HT-BL, Día 1, p. 29, ll. 10-16.

<sup>430</sup> Doc. C 107.

<sup>431</sup> Memorial, para. 132.

<sup>432</sup> Doc. R 84.

<sup>433</sup> Dúplica Jurisdicción, nota al pie 177.

**Laudo**

**4.1. DISCUSIÓN**

564. A continuación, se muestran las posiciones de las Partes (A.) y el posicionamiento del Tribunal Arbitral (B.).

**A. Posiciones de las Partes**

565. La Ley de Regalías establece regalías para el níquel y regalías para el hierro.

566. Colombia constata que CMSA vende ferroníquel, que es níquel y hierro – CMSA no separa el níquel (30%) del hierro (70%)<sup>434</sup>; sin embargo, CMSA pretende pagar regalías sólo por el 30% de su producción minera<sup>435</sup>, cuando lo correcto sería aplicar ambas regalías y así gravar la producción total<sup>436</sup>.

567. La Demandante se niega a pagar regalías sobre el hierro, sobre la base de los siguientes argumentos, que son refutados por el Estado:

568. *Primero*, la Demandante señala que el devengo de regalías por la explotación de recursos naturales es una obligación con base en el art. 360 de la Constitución, que únicamente surge por la explotación y no por la mera extracción del mineral<sup>437</sup>. Y, en este caso, CMSA nunca explotó comercialmente el hierro de forma separada<sup>438</sup>. No hay, pues, obligación legal de pago de regalías por el hierro.

569. Colombia considera este argumento de todo punto irrelevante: efectivamente, el devengo de regalías no se produce por la mera extracción, exigiéndose, por tanto, una explotación; pero aquí se da la explotación del hierro, dentro del ferroníquel<sup>439</sup>. De hecho, CMSA tampoco obtiene beneficio económico separado del níquel y, sin embargo, nadie discute que tenga que pagar regalías por él<sup>440</sup>.

570. *Segundo*, la Demandante no considera que el pago de regalías sobre el hierro pueda surgir de una obligación contractual, tampoco: las Concesiones reconocen que la explotación de ferroníquel es del mineral de níquel<sup>441</sup>. CMSA paga regalías sobre el valor en boca de mina del níquel, que simplemente también resulta contener hierro<sup>442</sup>.

---

<sup>434</sup> Contestación, para. 70.

<sup>435</sup> Contestación, para. 69.

<sup>436</sup> Contestación, para. 70.

<sup>437</sup> Memorial, para. 123.

<sup>438</sup> Memorial, para. 123.

<sup>439</sup> Dúplica, para. 168.

<sup>440</sup> Contestación, para. 75.

<sup>441</sup> Réplica, para. 211.

<sup>442</sup> Réplica, para. 199.

**Laudo**

571. En respuesta, la Demandada destaca que los Contratos reconocen un derecho de CMSA a explotar níquel y los demás minerales. De hecho, el Contrato 51 lista el hierro como un mineral asociado o en liga al níquel<sup>443</sup>.
572. *Tercero*, la Demandante arguye que, en casi 40 años de operatividad anterior, el Estado nunca reclamó regalías sobre el hierro<sup>444</sup>, a pesar de las auditorías e investigaciones llevadas a cabo<sup>445</sup>. En especial, llama la atención el Auto 1334 de la Contraloría que dio por cerradas las investigaciones sobre las regalías del período 2002-2012, por no haber irregularidades<sup>446</sup>.
573. El Estado, en cambio, no considera que la reclamación de regalías sobre el hierro pueda resultar sorpresiva, pues durante las negociaciones en 2011 de enmienda del Contrato 51 para incorporar a él las Concesiones, las partes discutieron las regalías sobre el hierro<sup>447</sup>. También hay un acta de reunión con Ingeominas debatiendo la cuestión de las regalías sobre el hierro<sup>448</sup>. Y la propia Contraloría había tratado también el devengo de esta regalía<sup>449</sup>.
574. *Por último*, la Demandante tacha la liquidación de regalías sobre el hierro de incorrecta, al tomar como referencia de precio a un productor local y no aplicar deducciones de costos<sup>450</sup>.

**B. Posición del Tribunal Arbitral**

575. En este punto, el Tribunal Arbitral se posiciona con la Demandante.
576. Cerro Matoso fue siempre una mina de níquel cuyo mineral, procesado, se comercializaba como ferroníquel. Esto es un hecho notorio, conocido por el Estado. Y el Estado, durante casi 40 años, decidió gravar la explotación del ferroníquel únicamente por el níquel contenido en el ferroníquel. Así lo expresaron tanto los Contratos (a.), como la Ley de Regalías (b.).

**a. Los Contratos**

577. El Contrato 866 mencionaba que su objeto era obtener el aprovechamiento económico de los depósitos de níquel y demás minerales que se encontraran en el terreno<sup>451</sup>. El

---

<sup>443</sup> Contestación, para. 72.

<sup>444</sup> Memorial, para. 125.

<sup>445</sup> Memorial, para. 126.

<sup>446</sup> Réplica, para. 221.

<sup>447</sup> Contestación, para. 158.

<sup>448</sup> Contestación, para. 159. Doc. R 24.

<sup>449</sup> Contestación, nota al pie 151.

<sup>450</sup> Memorial, para. 131.

<sup>451</sup> Doc. C 8, cláusula 1.

**Laudo**

Contrato 1727 contenía una expresión parecida: obtener el aprovechamiento total de los yacimientos de níquel que se encontraran en el terreno<sup>452</sup>.

578. Según la cláusula 1 del Acuerdo 1985, la regalía resultaba pagadera sobre el valor, en boca de mina, del producto bruto del mineral de níquel extraído.
579. El Contrato 51 tenía como objeto la exploración, explotación y procesamiento del mineral del níquel, y de los minerales que estén asociados, o en liga íntima, o se obtengan como subproductos de dicho mineral<sup>453</sup>. La cláusula 11 establecía que las regalías a pagar por ello:
- Para el área de las Concesiones: serían las contempladas en la cláusula 16 del Contrato 866, interpretadas en armonía con lo previsto en la Ley de Regalías, pagaderas en la forma contemplada en dicho Contrato y en la ley, según los textos vigentes en la fecha de la firma del Contrato 51;
  - Para el resto del área del Contrato 51: si se descubrieran y explotaran nuevos yacimientos, las regalías serán las previstas en la Ley de Regalías según el texto vigente en la fecha de la firma del Contrato 51.
580. Y el otrosí n.º 4 al Contrato 51, firmado en 2011 con motivo de la inminente incorporación de las áreas de las Concesiones a dicho Contrato 51, contenía la cláusula 10.c) que establecía que:
- “En caso de que Cerro Matoso inicie el aprovechamiento de minerales distintos al que venía explotando bajo las Concesiones, y que sean parte del objeto del Contrato, pagará las regalías correspondientes según se establezca en la Ley [de Regalías] ...”.
581. Ya el Contrato 866 contenía una regulación semejante cuando explicaba, en la cláusula 1, que el mineral de níquel sería procesado hasta transformarlo, por lo menos, en ferróníquel; y, si llegase a comprobarse que cualquiera de los demás minerales que se encontraban en la zona era técnica y económicamente explotable mediante su separación del níquel, CMSA asumiría – previo acuerdo con el Ministerio de Minas – cualquiera de las obligaciones del art. 6 del Decreto 292 de 1968 (realizar en Colombia la transformación de minerales y vender los productos en Colombia para su utilización en la industria nacional como materia prima).
582. De lo anterior resulta lo siguiente:
583. No parece haber dudas de que el aprovechamiento de los minerales de la mina Cerro Matoso ha venido siendo el mismo desde 1982: mineral de níquel transformado en ferróníquel, que daba lugar al pago de regalías del níquel. Para que el Estado pudiera

---

<sup>452</sup> Doc. C 9, cláusula 1.

<sup>453</sup> Doc. C 17.

**Laudo**

reclamar otras regalías, adicionales, CMSA debía (i) lograr separar los demás minerales del mineral de níquel extraído y (ii) explotar económicamente esos minerales.

584. Contractualmente, las partes reconocieron, por tanto, que la explotación del ferroníquel únicamente daba lugar al pago de regalías sobre el níquel. Para que CMSA también pagara regalías por el hierro, debía separar el hierro del mineral de níquel y comercializarlo individualmente – algo que no ha ocurrido. Ni podrá ocurrir, pues, como reconoció el Ministerio de Minas, las áreas que explota CMSA no contienen yacimientos económicamente explotables diferentes al mineral de níquel y, explícitamente, señaló que el hierro no es un mineral explotable en esa mina<sup>454</sup>.

**b. Ley de Regalías**

585. La Ley de Regalías establece en su art. 16 que la explotación de níquel y la de hierro daría lugar al pago de regalías mínimas, al 12% y 5%, respectivamente. Se trata de una regulación genérica.
586. A continuación, el art. 16.2 se refiere específicamente a la mina de Cerro Matoso. Sabiendo que el producto que CMSA vende es el ferroníquel, la Ley de Regalías se refiere a “la explotación de níquel en las minas de níquel en cerromatoso”.
587. Si, como ahora sugiere la Demandada, la base jurídica para requerir regalías sobre el hierro, es la Ley de Regalías, resulta inexplicable que ésta no hubiera previsto en el art. 16.2, al referirse al supuesto específico de la mina de Cerro Matoso que, tratándose de la comercialización de ferroníquel, se devengaban regalías tanto por el níquel como por el hierro. Pero no fue así: sólo se refirió a la regalía del níquel.

\* \* \*

588. En definitiva, el Estado colombiano, tanto en su regulación contractual con CMSA, como en su regulación legal, consideró que la explotación de la mina de Cerro Matoso era de un mineral de níquel, y que:

- Tanto el contenido (mínimo) de hierro en ese mineral de níquel extraído;
- Como el (mayoritario) contenido de hierro en el ferroníquel procesado y comercializado,

eran elementos de escasa relevancia a efectos del pago de regalías.

589. Y esto tiene todo el sentido económico:

590. El valor del ferroníquel viene marcado por la cantidad de níquel que contiene. Es, por ello, que los Contratos y la Resolución 293 fijan el precio de referencia para el pago de

---

<sup>454</sup> Decisión de 5 de julio de 1984, citada en Doc. C 39, pp. 136 y 137.

**Laudo**

regalías por el ferroníquel a través del precio del níquel puro, cotizado en mercados internacionales.

591. Todos los peritos y testigos confirmaron en la Audiencia que, asumiendo una proporción en el ferroníquel de 30% de níquel y 70% de hierro, 100 kg de ferroníquel tenían, en términos generales, **menos valor** que 30 kg de níquel puro.<sup>455</sup>

592. Esto demuestra que:

- El hierro en el ferroníquel no añade valor; de hecho, uno de los expertos consultados por el Estado en el proceso de adopción de la Resolución 293 confirmó que “el impacto del valor del hierro en el precio de ferroníquel es marginal”<sup>456</sup> y la propia CMSA explicó que, cuando el porcentaje de hierro pasa del 70%, tiene una penalidad en el precio de mercado<sup>457</sup>.
- No habiendo explotación separada del hierro, el valor que pudiera tener el ferroníquel estaba completamente gravado con una regalía sobre el níquel, utilizando como base de gravamen el precio internacional del níquel puro; la alegación de la Demandada señalando que CMSA se está aprovechando económicamente de la explotación del hierro sin pagar regalías por ello, no es cierta: CMSA paga regalías por el valor completo del ferroníquel que vende (la Demandante incluso arguye que paga por más valor del que realmente tiene el ferroníquel).

593. Y así lo ha confirmado el Laudo Hierro. Este laudo señala que la Agencia Nacional de Minería, al exigir regalías del hierro<sup>458</sup>:

“[A]demás de desconocer las normas como la Ley [de Regalías] ... también desconocen el Contrato en el que se pactó una regalía por la explotación de que trata dicho objeto contractual”.

594. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que el cambio de parecer del Estado sobre cuál es el mineral explotado en la mina Cerro Matoso, a efectos del cálculo de regalías, carece de soporte jurídico y económico y resulta contradictorio con su conducta anterior.

595. Además, el Tribunal Arbitral comprueba que, con la recaudación de las regalías del níquel, el Estado ha obtenido regalías sobre el valor completo del producto obtenido a partir del mineral; resultaría, pues, abusivo gravar doblemente ese valor.

---

<sup>455</sup> HT-BL, Día 2, p. 55, ll. 13-22; p. 56, ll. 1-20.

<sup>456</sup> Doc. CLEX 6, p. 29.

<sup>457</sup> Doc. R 26, p. 3.

<sup>458</sup> Doc. R 84, p. 80.

**Laudo**

596. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**4.2. LAS MEDIDAS SOBRE REGALÍA DEL HIERRO**

597. De todas las medidas que la Demandante considera violatorias del APPRI, las que ven afectadas por la regalía del hierro son:

**A. Petición Cundinamarca**

598. En la Petición Cundinamarca de 6 febrero de 2018<sup>459</sup> la Agencia Nacional de Minería pretendía reliquidar las regalías sobre el hierro para el período 1982 a 2012, en un monto de COP 2.426.895.470, más intereses<sup>460</sup>.

**B. Auto 63**

599. El Auto 63 de 7 de febrero de 2020 liquidaba regalías sobre el hierro, devengadas en el mismo período IV 1982 a III 2012 en COP 2.426.895.470<sup>461</sup>.

**C. Auto VSC 206**

600. En el Auto VSC 206 de 23 de agosto de 2019<sup>462</sup> la Agencia Nacional de Minería reclamó a CMSA los formularios de declaración y pago de regalías por el hierro de los períodos comprendidos entre IV 2012 hasta II 2019.

**D. Auto VSC 62**

601. Mediante el Auto VSC 62 de 11 de marzo de 2020<sup>463</sup> la Agencia Nacional de Minería reiteró la anterior petición y la extendió a III y IV de 2019.

\* \* \*

602. Habiendo el Tribunal Arbitral determinado que la exigencia de regalías sobre el hierro contenido en el ferroníquel es un proceder irregular del Estado colombiano, por consistir en un cambio de posición injustificado y contradictorio, que lleva a gravar doblemente el mismo valor, esas cuatro medidas que liquidan regalías por el hierro están igualmente teñidas en dicho respecto de irregularidad por las mismas razones.

603. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

---

<sup>459</sup> Doc. C 32.

<sup>460</sup> Doc. C 32, p. 45.

<sup>461</sup> Doc. C 39, p. 330.

<sup>462</sup> Doc. C 124.

<sup>463</sup> Doc. C 129.

**Laudo**

**5. LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS**

604. Primero se presentan los antecedentes fácticos de la cuestión (5.1.) y después las medidas afectadas (5.2.).

**5.1. ANTECEDENTES FÁCTICOS**

605. Los Acuerdos de julio de 2005 prevén lo siguiente<sup>464</sup>:

“1. A la terminación del presente contrato por cualquier causa, las partes suscribirán un Acta en la cual deberá constar detalladamente la liquidación definitiva del mismo y el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo del Concesionario, en especial de las siguientes:

(a) El recibo por parte de la Concedente del área objeto del contrato y de la mina, indicando las condiciones técnicas, físicas y ambientales en que se encuentra. Estas últimas de acuerdo con lo que establezca la autoridad ambiental competente.

(b) Las pruebas por parte del Concesionario del cumplimiento de todas sus obligaciones laborales, o la constancia de su no entrega.

(c) El cumplimiento de todas las obligaciones consignadas en la cláusula 7.[1.d], dejando constancia de las condiciones de cumplimiento y del detalle de las obligaciones incumplidas, sobre las cuales la Concedente tomará las acciones que procedan.

2. Si el Concesionario no comparece a la diligencia en la cual se habrá de levantar el Acta de Liquidación, la Concedente suscribirá el acta y se harán efectivas las garantías correspondientes si procediere. La no comparecencia del Concesionario no es por sí sola causal para hacer efectiva las garantías”.

606. La cláusula 7.1.d) referida en el apartado c) dice así:

“Pagar las regalías mínimas de que trata el artículo 16.2 de la Ley [de Regalías] ...”.

607. Resulta indubitado que los Contratos 866 y 1727 finalizaron el 30 de septiembre de 2012 y que, a 1 de octubre de 2012, las Concesiones se integraron en el Contrato 51.

608. En algún momento, presumiblemente, hacia finales de 2015, la Agencia Nacional de Minería tomó contacto con CMSA para tramitar el acta de liquidación de los Contratos – aquélla a la que se referían los Acuerdos de julio de 2005. En el expediente consta que las partes fijaron por escrito un plazo máximo hasta el 15 de enero de 2016 para

---

<sup>464</sup> Doc. C 20, cláusula 21 y Doc. C 21, cláusula 20 (con referencia interna a la cláusula 6.1.d).

**Laudo**

suscribir tal acta<sup>465</sup> – plazo que fue prorrogado el 14 de enero de 2016 en tres meses<sup>466</sup>, pero a su término las partes tampoco habían logrado firmar el acta de liquidación<sup>467</sup>.

609. El 1 de noviembre de 2017 la Agencia Nacional de Minería emitió el Auto VSC 351 recogiendo el balance de los Contratos 866 y 1727<sup>468</sup>, señalando que había obligaciones a cargo de CMSA cuyo cumplimiento estaba pendiente de verificación – entre otras:
- Posibles saldos por regalías entre los años 1982 a 1997 y de 2009 a 2012<sup>469</sup>;
  - Pago de regalías definitivas entre 2005 y 2007 en atención a la Resolución 293<sup>470</sup>; y
  - Cobro de regalías por la explotación del hierro<sup>471</sup>.
610. Y el 6 de febrero de 2018 la Agencia Nacional de Minería inició una acción judicial para liquidar los Contratos<sup>472</sup> (la llamada ‘Petición Cundinamarca’), reabriendo los pagos de regalías en la forma señalada en el Auto VSC 351.
611. El mismo año, el 27 de septiembre, la misma Agencia Nacional de Minería emitió la Resolución 576<sup>473</sup>, saldando las regalías pendientes de pago, según reliquidaciones practicadas.
612. Dos años más tarde, la Contraloría emitiría el Auto 63<sup>474</sup> conteniendo una reapertura de liquidaciones de regalías de alcance semejante, tomando como antecedentes las anteriores actuaciones.

## **5.2. LAS MEDIDAS DE LIQUIDACIÓN Y TRASVERSALES**

613. De todas las medidas que la Demandante tilda como vulneradoras del APPRI, hay tres que afectan, transversalmente, a dos o más de las anteriores cuatro materias discutidas (a saber: la tasa de regalías y porcentaje de costes deducible, el precio de referencia, los costos deducibles y la regalía sobre el hierro) a raíz de la liquidación de los Contratos: la Petición Cundinamarca (5.2.1.), la Resolución 576 (5.2.2.) y el Auto 63 (5.2.3.)

---

<sup>465</sup> Doc. C 32, p. 28.

<sup>466</sup> Doc. C 32, p. 29.

<sup>467</sup> Doc. C 32, p. 30.

<sup>468</sup> Doc. C 107.

<sup>469</sup> Doc. C 32, p. 32.

<sup>470</sup> Doc. C 32, p. 42.

<sup>471</sup> Doc. C 32, p. 87.

<sup>472</sup> Doc. C 32.

<sup>473</sup> Doc. C 35.

<sup>474</sup> Doc. C 39.

**Laudo**

**5.2.1. PETICIÓN CUNDINAMARCA**

614. En la Petición Cundinamarca de 6 febrero de 2018<sup>475</sup> la Agencia Nacional de Minería, basándose en el Auto VSC 351 que hacía balance de los Contratos, solicitó la declaración judicial de liquidación de los Contratos<sup>476</sup> y, a raíz de ésta, el adeudo por parte de CMSA de:

- Regalías de níquel no pagadas durante el II 2005 al III 2007, atendiendo (retrospectivamente) al desarrollo del precio FOB, según lo dispuesto en la Resolución 293, más intereses<sup>477</sup>;
- Regalías del níquel del IV 1982 al IV 1997 y del I 2009 al III 2012, con intereses<sup>478</sup>; la Agencia Nacional de Minería señaló que estos períodos no habían sido objeto de auditoría respecto a los gastos deducidos, debido a la falta de entrega de información por parte de CMSA, por lo que pedía la práctica de prueba contable para comprobar que no hubiera costos erróneos o que no tuvieran relación causal<sup>479</sup>;
- Regalías sobre el hierro entre los años 1982 a 2012, en un monto de COP 2.426.895.470, más intereses<sup>480</sup>.

615. El Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre las irregularidades que afectan al fondo de estas peticiones de reliquidación de regalías.

616. Pero, al margen de ello, la Demandante cuestiona la legitimidad de las pretensiones liquidatorias contenidas en la Petición Cundinamarca (**A.**) y, en todo caso, asevera que la acción judicial se incoó estando ya caduca (**B.**).

**A. Procedencia de la liquidación contractual**

617. Primero se presentan las posiciones de la Partes (**a.**) y después la del Tribunal Arbitral (**b.**).

**a. Posiciones de las Partes**

618. La Demandante considera que la liquidación de los Contratos que pretende realizar ahora Colombia es totalmente artificial, pues la explotación de las dos Concesiones continúa bajo el Contrato 51<sup>481</sup>.

---

<sup>475</sup> Doc. C 32.

<sup>476</sup> Doc. C 32, p. 46.

<sup>477</sup> Doc. C 32, p. 45.

<sup>478</sup> Doc. C 32, p. 44.

<sup>479</sup> Doc. C 32, p. 35.

<sup>480</sup> Doc. C 32, p. 45.

<sup>481</sup> Réplica, para. 48.

**Laudo**

619. Y, de hecho, sólo ha servido como pretexto para reabrir liquidaciones de regalías, retrotrayéndose 40 años<sup>482</sup>. Ése no debería ser el propósito de un acto de liquidación de contrato; un acto así está diseñado para dar finalización formal a obligaciones medioambientales y procurar la reversión al Estado de los bienes públicos<sup>483</sup>.
620. La Demandada se basa en la cláusula 21.1.c) de los Acuerdos de julio de 2005 para justificar su derecho a utilizar el trámite de liquidación contractual para comprobar el cumplimiento de las obligaciones de CMSA, incluyendo el pago de regalías<sup>484</sup>.
621. Y también sostiene que el pago de regalías es una obligación constitucional imprescriptible e inevitable<sup>485</sup> y se basa en dos decisiones judiciales colombianas para sustentar tal afirmación<sup>486</sup>.
622. La Demandante no lo ve así, y cuestiona esa supuesta imprescriptibilidad de la reclamación de regalías. A falta de plazo específico para ello contenido en el Código de Minas, resultará aplicable el plazo genérico de 10 años del Código Civil<sup>487</sup>. La Demandante asevera que Colombia tuvo a su alcance – y de hecho ejerció – sus derechos de supervisión y auditoría sobre los Contratos<sup>488</sup>; el que ahora parezca alegar que los ejerció de forma insuficiente, no justifica que se desvincule del período de prescripción y reclame lo que entonces no pidió<sup>489</sup>.

**b. Posición del Tribunal Arbitral**

623. La discusión de las Partes es, realmente doble: *primero*, si el acto de liquidación del contrato administrativo puede tener como objeto la reapertura de liquidaciones pasadas y, *segundo*, si, aunque fuera posible, la acción de reclamación de regalías habría caducado.
624. *Primero*, la Demandada invoca a través de la cláusula 21.1.c) de los Acuerdos de julio de 2005 su derecho a revisar a través del acta de liquidación el cumplimiento de todas las obligaciones de pago de regalías, dejando constancia de las condiciones de cumplimiento y del detalle de las incumplidas.
625. La Demandante no niega que ése sea el literal de los Acuerdos de julio de 2005, pero asevera que no cabe reclamar, a cuenta de la liquidación, incumplimientos nunca antes advertidos.

---

<sup>482</sup> Réplica, para. 49.

<sup>483</sup> Réplica, para. 42 con referencia al Doc. C 165 con sentencia del Consejo de Estado.

<sup>484</sup> Contestación, para. 131.

<sup>485</sup> Contestación, para. 74.

<sup>486</sup> **Docs. RL 106 y 115.**

<sup>487</sup> Réplica, para. 21.

<sup>488</sup> Réplica, para. 30.

<sup>489</sup> Réplica, para. 27.

**Laudo**

626. Respecto al acto de liquidación, ambas Partes han invocado el mismo artículo doctrinal “La liquidación del contrato estatal”<sup>490</sup>, y la jurisprudencia en él citada, como apoyo de sus respectivas posiciones. Por lo tanto, ambas Partes aceptan que la opinión doctrinal contenida en tal artículo sirva de referente para la toma de posición del Tribunal Arbitral.
627. El Tribunal Arbitral considera que el artículo doctrinal parece darle la razón a la Demandante cuando establece que, por su propia naturaleza, la liquidación del contrato no comporta para la entidad la facultad de establecer unilateralmente la responsabilidad por un incumplimiento, pues ello debió haberse hecho con anterioridad, en la forma autorizada por la ley – así, por ejemplo, mediante el acto administrativo que declara el incumplimiento<sup>491</sup>.
628. Por lo tanto y según establece la doctrina, cualquier incumplimiento de CMSA respecto a sus obligaciones contractuales, tales como el pago de regalías conforme a lo pactado, debía haberse reclamado al momento de haberse producido el incumplimiento. El acta de liquidación simplemente dejaría constancia, al término contractual, de si aquel incumplimiento había sido remediado o no.
629. Pero esto no es lo que ocurrió aquí. El Estado, recién con motivo de la liquidación del Contrato, decidió revisar *ex novo* todos los pagos de regalías realizados en el pasado, comenzando desde el primer día de explotación, allá en 1982.
630. *Segundo*, la Demandante plantea que, aun si cupiera reliquidar regalías pagadas en el pasado, a cuenta de la liquidación del contrato, esa reclamación habría caducado.
631. La Demandante señala que el plazo de caducidad aplicable, a falta de uno específico en el Código de Minas, sería el genérico de 10 años. La Demandada no cuestiona que, de ser aplicable un plazo de caducidad, fuera ése, pero niega la premisa mayor: que la acción de reclamación de regalías esté sujeta a plazo de caducidad alguno.
632. La Demandada ha aportado en apoyo a su argumentación defensiva una respuesta de la Agencia Nacional de Minería a una consulta<sup>492</sup> y una sentencia<sup>493</sup>. Esta prueba señala que los bienes del estado son inajenables e imprescriptibles, lo que impide a los particulares hacerse con el dominio de los mismos a través de la usucapión<sup>494</sup>. Las acciones vinculadas al subsuelo y los derechos vinculados a él no prescriben<sup>495</sup>. Y las regalías, en tanto que contraprestación por la explotación de los recursos naturales no renovables, también son imprescriptibles<sup>496</sup>.

---

<sup>490</sup> **Doc. RL 129.**

<sup>491</sup> **Doc. RL 129**, p. 6.

<sup>492</sup> **Doc. RL 106.**

<sup>493</sup> **Doc. RL 115.**

<sup>494</sup> **Doc. RL 106**, p. 5.

<sup>495</sup> **Doc. RL 106**, p. 5.

<sup>496</sup> **Doc. RL 106**, p. 6. **Doc. RL 115**, p. 35.

**Laudo**

633. El Tribunal Arbitral no considera que la prueba aportada por la Demandada ayude realmente a dilucidar la cuestión: no se trata de saber si el Estado pierde, por el transcurso del tiempo, el derecho a reclamar una regalía, como prestación por la explotación de un recurso del que es titular – aquí el Estado de hecho, ha cobrado regularmente durante 40 años la regalía por la explotación de la mina de Cerro Matoso.
634. Por su parte, la Demandante ha presentado también una sentencia judicial<sup>497</sup> que distingue entre bienes fiscales (imprescriptibles) y los bienes de uso público y baldíos (imprescriptibles e inajenables). Respecto de los bienes fiscales, el dominio se ejerce de la misma forma que la propiedad privada<sup>498</sup> y cualquier acción al respecto sí está sujeta a las normas de la caducidad de acciones de reparación del art. 44 de la Ley 446 de 1998<sup>499</sup>. En el caso analizado en la sentencia, se trataba de una reclamación de la compañía eléctrica contra el Estado por la parte pendiente de pago de la tarifa eléctrica subsidiada, que el Estado se había comprometido a pagar y no hizo. La compañía eléctrica aseveraba que cualquier acción relacionada con ese subsidio, que es un bien del Estado, no prescribía y la sentencia le quitó la razón por tratarse de un bien fiscal que, aunque imprescriptible, no era inajenable – sólo los bienes imprescriptibles e inajenables escapaban de la caducidad de acciones<sup>500</sup>.
635. Esta sentencia se acerca más al caso presente, en el que el Estado reclama el pago que considera faltante de una regalía pasada ya efectuada. Una regalía que se traduce en una compensación monetaria ejecutada de manera parcial – que, como activo fungible es un bien fiscal enajenable, según reconoce la sentencia – y, por ello, la acción correspondiente sí estaría sujeta a los principios de caducidad.
636. Es más, la propia Agencia Nacional de Minería, en la prueba referida por la Demandada, reconoce que en el ejercicio de la función de recaudo de las contraprestaciones emanadas de los títulos mineros (regalías), la autoridad minera está sujeta a las previsiones de los procedimientos de cobro coactivo y gestión de cartera de la Ley 1066 de 2006<sup>501</sup>, que es de cinco años desde el vencimiento del plazo para declarar<sup>502</sup>. Que el plazo de caducidad sea de cinco años o de diez, como sostiene la Demandante, es un tanto irrelevante, toda vez que la Petición Cundinamarca es de 2018 y pretende reabrir liquidaciones desde 1982.
637. Por tanto, la prueba aportada por ambas Partes parece indicar que una reclamación por regalías adicionales a las ya abonadas en el pasado, sería una acción cuyo ejercicio está sujeto a plazos de caducidad.
638. Sea como fuere, el Tribunal Arbitral no puede perder de vista que la discusión se centra en si el Estado tiene un plazo máximo para reclamar contra CMSA por una liquidación

---

<sup>497</sup> Doc. C 151.

<sup>498</sup> Doc. C 151, p. 2.

<sup>499</sup> Doc. C 151, p. 5.

<sup>500</sup> Doc. C 151, p. 4.

<sup>501</sup> **Doc. RL 106**, p. 9.

<sup>502</sup> **Doc. RL 106**, p. 10.

**Laudo**

de regalías abonadas en el pasado, que ahora considera ser parcialmente incorrecta. El Tribunal Arbitral no ve razones para que esta acción no estuviera sujeta a un período de caducidad que permita otorgar certeza a las relaciones entre las Partes en circunstancias tales como aquéllas en que ha existido ejecución del contrato. De lo contrario, y como señala la Demandante<sup>503</sup>, el Estado estaría atentando contra el principio de seguridad jurídica: el titular minero habría pagado trimestralmente las regalías según la liquidación realizada por el Estado y, sin embargo, carecería de certeza respecto a si esa liquidación en algún momento pasaba a ser definitiva o podía ser reabierta en cualquier momento por el Estado – incluso 40 años después.

Contra-argumento de la Demandada

639. La prueba invocada por la Demandada sostiene que cualquier titular minero debe saber que, durante todo el término de ejecución del contrato, tiene como obligación a su cargo satisfacer la contraprestación económica en la forma y plazo con que cuenta para efectuar los pagos y, por tanto, la Autoridad Minera estaría facultada para requerir cualquier regalía adeudada<sup>504</sup>.
640. Aun asumiendo que así fuera, la anterior premisa sólo sería predicable respecto de las liquidaciones trimestrales de regalías. Efectivamente, de acuerdo con el Decreto 145 de 1995 y el Decreto 0600 de 1996 que reglamentan la Ley de Regalías, el pago de regalías debe hacerse durante los diez días hábiles siguientes a la finalización del trimestre que corresponda<sup>505</sup>. Hasta ahí alcanza la previsibilidad exigible a cualquier titular minero: si explota un recurso natural del Estado es esperable que el Estado le reclame la regalía correspondiente. Pero debería ser igualmente esperable que, si el titular minero paga regularmente su regalía trimestral conforme a una liquidación que es conocida por el Estado, ese titular pueda tener la certeza de que, transcurrido un período de tiempo reglado, el Estado no podrá reclamar nuevos pagos a cuenta de regalías ya liquidadas y aceptadas sin objeción por el Estado.

\* \* \*

641. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera, con sustento que incluye la doctrina invocada por ambas Partes, que la decisión del Estado de reabrir regalías del pasado a raíz de un proceso de liquidación de los Contratos, incluso más allá del tiempo establecido para que dichas liquidaciones puedan considerarse definitivas, no halla una justificación razonable.
642. La postura defendida por la Demandada tiene como consecuencia la conculcación de la seguridad jurídica, pues el titular minero que abona regularmente la contraprestación

---

<sup>503</sup> H 1, p. 172.

<sup>504</sup> **Doc. RL 106**, p. 9.

<sup>505</sup> **Doc. RL 106**, p. 4.

**Laudo**

por la explotación del recurso natural nunca tendría certeza sobre la suficiencia y carácter definitivo del pago realizado.

643. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**B. Caducidad de la acción para demandar judicialmente la liquidación**

644. El Tribunal Arbitral mostrará las posiciones de las Partes (a.) y, después, la suya propia (b.).

**a. Posiciones de las Partes**

645. La Demandante explica que los Contratos no son contratos administrativos corrientes, sujetos a la legislación administrativa, sino que son contratos mineros, regidos por el Código de Minas; y el Código de Minas no prevé el trámite de la liquidación del contrato, ni un plazo, por tanto, para ello<sup>506</sup>. Pero, siendo un trámite pactado en los Acuerdos de julio de 2005, la Demandante acepta que debía llevarse a cabo<sup>507</sup>.

646. El art. 297 del Código de Minas remite a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo<sup>508</sup> en lo relativo al procedimiento gubernativo y acciones judiciales; siendo relevante el art. 164.2.j.v<sup>509</sup>:

“La demanda deberá ser presentada (so pena de que opere la caducidad) ... en dos años que se empezarán a contar ... en los [contratos] que requieran de liquidación, ... [al] término de dos meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, [al] término de los cuatro meses siguiente a la terminación del contrato”.

647. Habiendo terminado los Contratos el 30 de septiembre de 2012, la Demandante suma cuatro meses para llegar a un acuerdo bilateral, y dos meses más para que la autoridad minera liquidara unilateralmente los Contratos, y ahí añade dos años, lo que lleva al 6 de abril de 2015 como fecha a partir de la cual estaría caduca la acción judicial para pedir la liquidación<sup>510</sup>.

648. La Demandada se basa en otra Ley<sup>511</sup>. Colombia invoca el art. 11 de la Ley 1150/2007 con disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos<sup>512</sup>. El art. 11 trata el plazo para la liquidación de los contratos, que será el pactado y, de no existir

<sup>506</sup> Conclusiones Demandante, para. 236.

<sup>507</sup> Conclusiones Demandante, para 236.

<sup>508</sup> Doc. C 200.

<sup>509</sup> Conclusiones Demandante, para. 240.

<sup>510</sup> Conclusiones Demandante, para. 241.

<sup>511</sup> Conclusiones Demandada, para. 44.

<sup>512</sup> Parece que la Demandada se está refiriendo a la Ley 1150/2007 por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

**Laudo**

acuerdo, los cuatro meses siguientes a la expiración del contrato. A falta de acuerdo sobre la liquidación, la entidad estatal tendrá dos meses para liquidar de forma unilateral el contrato. Vencido este plazo, la petición de liquidación judicial podrá presentarse en cualquier momento dentro de los siguientes dos años.

649. Colombia destaca el haber alcanzado un acuerdo con CMSA para liquidar de mutuo acuerdo hasta el 15 de abril de 2016, fecha a la cual le suma los dos meses para la liquidación unilateral (15 de junio de 2016), y el plazo de dos años para liquidar vencería así el 15 de junio de 2018 – habiéndose presentado la demanda judicial de liquidación en febrero de 2018, ésta resultaría temporánea<sup>513</sup>.
650. La Demandante le resta relevancia al pacto alcanzado para liquidar los Contratos de mutuo acuerdo, pues considera que, habiendo vencido el plazo de caducidad un año antes, ese pacto no podía revivir una acción liquidatoria que ya había caducado<sup>514</sup>.

**b. Posición del Tribunal Arbitral**

651. Aunque las Partes han invocado normas distintas para el cálculo del término legal para llevar a cabo la liquidación de los Contratos, los plazos manejados por cada Parte son similares: los Contratos no preveían plazo para liquidar, por tanto, legalmente habría cuatro meses para liquidar de mutuo acuerdo tras la terminación, dos meses más para hacerlo unilateralmente la Administración, y, finalmente, dos años para poder pedirlo judicialmente cualquiera de las partes. Este plazo lleva, según calcula la Demandante, al 6 de abril de 2015. A esa fecha habría caducado la acción judicial para liquidar los Contratos y no hay discusión sobre el hecho de que, a esa fecha, ni el Estado ni CMSA había iniciado tal acción judicial.
652. La Demandada obvia todo ese cálculo porque sostiene que la premisa es errónea, pues, en este caso, sí había un acuerdo sobre el plazo para liquidar: a los pocos días de, supuestamente, haber caducado la acción, CMSA y la Agencia Nacional de Minería convinieron liquidar de mutuo acuerdo los Contratos, en un plazo hasta el 15 de abril de 2016. Algo que no se alcanzó. Y, a partir de ahí se sumaría el plazo de liquidación unilateral y los dos años para iniciar la acción judicial. Según esta visión, la Petición Cundinamarca se habría presentado a tiempo.
653. La cuestión debatida entre las Partes es si el acuerdo entre las partes podría reabrir los plazos legales para permitir accionar la liquidación judicial, cuando la acción había ya caducado. La Demandada ha presentado el artículo doctrinal “La liquidación del contrato estatal”<sup>515</sup>, como apoyo a su posición y, curiosamente, la Demandante también ha hallado en la misma doctrina soporte a su posición<sup>516</sup>. Por lo tanto, ambas Partes

<sup>513</sup> Conclusiones Demandada, para. 45.

<sup>514</sup> Conclusiones Demandante, para. 244.

<sup>515</sup> **Doc. RL 129.**

<sup>516</sup> Conclusiones Demandante, nota al pie 477.

**Laudo**

aceptan que la opinión doctrinal contenida en tal artículo sirva de referente para la toma de posición del Tribunal Arbitral.

654. El artículo doctrinal da respuesta clara a la discusión de las Partes, con apoyo jurisprudencial:

“[D]ebe quedar claro que, transcurridos dos años desde la terminación del contrato, ni el contratista podrá exigir la liquidación y/o los perjuicios, ni la administración efectuarlo, pues en tal caso habrá caducado cualquier acción (o mejor, proceso), que las partes pudieran promover con fundamento en el contrato”<sup>517</sup>.

“Pueden practicar [la liquidación] los contratantes por mutuo acuerdo o la administración unilateralmente, ya que el fin último es que el contrato se liquide y se definan las prestaciones a cargo de las partes. Debe advertirse, sin embargo, que ... esa facultad subsiste sólo durante los dos años siguientes al vencimiento de esa obligación, que no es otro que el término de caducidad para el ejercicio de la acción contractual”<sup>518</sup>.

655. La determinación principal es que, transcurrido el plazo de caducidad de dos años, no cabe iniciar una acción judicial de liquidación del Contrato, ni aun si tras esos dos años las partes hubieran tratado de conciliar la liquidación – extinto el plazo de caducidad, no se reabre por ello.
656. El mismo artículo doctrinal cita también al Consejo de Estado, que se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los plazos de liquidación, advirtiendo que su inobservancia creaba incertidumbre jurídica<sup>519</sup>.
657. Parecería, por tanto, que, conforme a la opinión doctrinal citada por ambas Partes como fuente de referencia, la acción judicial para liquidar los Contratos habría caducado el 6 de abril de 2015, y esto con independencia de los pactos posteriores a que hubieran llegado las partes. Se trata de una fecha muy anterior a la Petición Cundinamarca, por la que da inicio la acción judicial para la liquidación de los Contratos.
658. Todo lo anterior lleva al Tribunal Arbitral a concluir que el Estado, ni en su acervo alegatorio ni el probatorio, ha justificado adecuadamente bajo criterios objetivos que la acción judicial para liquidar los Contratos no había caducado.
659. Esta situación será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

<sup>517</sup> Sentencias de 29 de enero de 1988 y de 16 de noviembre de 1989, citadas en **Doc. RL 129**, p. 9.

<sup>518</sup> Sentencia de 16 de agosto de 2001, citada en **Doc. RL 129**, pp. 10 y 11.

<sup>519</sup> Con referencia a la Sentencia de 3 de mayo de 1990. **Doc. RL 129**, nota al pie 11.

**Laudo**

**5.2.2. RESOLUCIÓN 576**

660. La Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería data de 27 de septiembre de 2018<sup>520</sup>. La resolución narra entre sus antecedentes el balance de los Contratos que realizó la Vicepresidencia de la Agencia Nacional de Minería el 1 de noviembre de 2017 y que quedó integrada en la Petición Cundinamarca<sup>521</sup>. Y, tras ello, la resolución “procede a declarar y cobrar aquellas obligaciones económicas derivadas de la ejecución de los Contratos”<sup>522</sup>.
661. En este ejercicio de reliquidación, la Agencia Nacional de Minería reclama regalías del período<sup>523</sup>:
- IV 2007 a II 2008 y I 2011 por la aplicación de la tasa del 12% de regalías y deducción del 75% de los costos, para la Concesión 1727;
  - IV 2007 – III 2012 aplicando el precio de referencia según desarrollo del precio FOB de la Resolución 293;
  - I 1998 – IV 2003 revisando los costos deducibles que no guardan relación causal;
662. El Tribunal Arbitral ya ha apuntado *supra* que el tratamiento que la Resolución 576 da a las cuestiones de fondo muestra irregularidades.
663. Esta conducta irregular será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

**5.2.3. AUTO 63**

664. El Auto 63 de la Contraloría lleva fecha de 7 de febrero de 2020 y muestra una extensión de 410 páginas<sup>524</sup>.
665. El Auto 63 tiene como finalidad cerrar la indagación preliminar y dar apertura al proceso ordinario de responsabilidad fiscal, vincular como presuntos responsables fiscales – entre otros – a CMSA, y determinar el detrimento patrimonial fiscal de Colombia en COP 619.680.857.421<sup>525</sup>. Esta cifra se descompone en los siguientes conceptos<sup>526</sup>:
- Regalías del níquel no pagadas entre el III 2005 y el III 2007 (COP 221.213.740.897): el Auto 63 depura los costos deducidos en ese período, aplicando el 12% de tasa de regalías excluyendo todos aquéllos que no guardan

---

<sup>520</sup> Doc. C 35.

<sup>521</sup> Doc. C 35, p. 7.

<sup>522</sup> Doc. C 35, p. 8.

<sup>523</sup> Doc. C 117, p. 12.

<sup>524</sup> Doc. C 39.

<sup>525</sup> Doc. C 39, p. 407.

<sup>526</sup> Doc. C 39, p. 330.

**Laudo**

relación de causalidad con la explotación del níquel<sup>527</sup> (tales como, dentro del grupo “Instalaciones Auxiliares”, las instalaciones en el sitio, que incluyen, clínica e instalaciones médicas, cafetería y vestieres<sup>528</sup>, y permitiendo únicamente la deducción del 75% de esos costos<sup>529</sup>).

- Regalías del níquel no pagadas entre IV 2007 a III 2012 (COP 366.367.947.662): el Auto 63 calcula las regalías que debieron ser pagadas, aplicando los precios base publicados por la Unidad de Planeación Minero Energética para ese período de acuerdo con la fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías, sin descontar ningún coste, por entender que los gastos no fueron probados<sup>530</sup>.
- Regalías del níquel no pagadas entre el IV 1982 y el II 2005 (COP 9.672.273.392): el Auto 63 depura los costos deducidos en ese período, aplicando criterios de relación causal y pertinencia con la explotación del níquel<sup>531</sup>.
- Regalías sobre el hierro no pagadas entre IV 1982 y III de 2012 (COP 2.426.895.470): el Auto 63 toma el porcentaje de regalías del hierro previsto en la Ley de Regalías (5%) y lo aplica desde el comienzo de la explotación, sobre la base de que CMSA se benefició injustificadamente de la utilización del hierro propiedad del Estado en la explotación del ferróníquel<sup>532</sup>.

666. El Tribunal Arbitral ya ha apreciado irregularidades en el tratamiento que el Auto 63 da a las cuestiones de fondo y a la motivación aducida para justificar la iniciación de la acción fuera del período de caducidad.

667. Pero, al margen de ello, la Demandante señala que el Auto 63 es un acto contradictorio, en lo que a la liquidación de los Contratos se refiere. Pues resulta incongruente respecto a la conducta anterior del Estado, especialmente, la Resolución 576, produciéndose un solapamiento entre ambas<sup>533</sup>. Y la Resolución 576 resultaría, a su vez, contradictoria con la Petición de Cundinamarca<sup>534</sup> y ésta, además, se solaparía con el Auto 63.<sup>535</sup>

668. El Tribunal Arbitral ya ha determinado que la existencia de un doble plano de escrutinio del Estado, en manos de la Agencia Nacional de Minería y de la Contraloría, no puede

---

<sup>527</sup> Doc. C 39, pp. 317 y 318.

<sup>528</sup> Doc. C 39, p. 314.

<sup>529</sup> Doc. C 39, p. 322.

<sup>530</sup> Doc. C 39, p. 323.

<sup>531</sup> Doc. C 39, p. 313.

<sup>532</sup> Doc. C 39, p. 324.

<sup>533</sup> Memorial, paras. 66 y 98. Réplica, paras. 13 y 282.

<sup>534</sup> H 1, p. 141.

<sup>535</sup> Memorial, paras. 13 y 134.

**Laudo**

en ningún momento justificar la existencia de conductas contradictorias en la revisión de regalías del mismo período por las mismas causas<sup>536</sup>.

669. Esta sección del Laudo trata las medidas del Estado adoptadas con motivo de la liquidación de los Contratos que echaban la vista atrás y reclamaban a CMSA toda posible reliquidación de regalías que pudiera estar pendiente, con independencia de su antigüedad, antes de poder darle a CMSA la paz y salvo de los Contratos.
670. Pero en cada una de esas actuaciones vistas – a saber: la Petición Cundinamarca, la Resolución 576 y el Auto 63 – el Estado arribó a conclusiones contradictorias en lo que respecta a los períodos sobre los que debían practicarse reliquidaciones y sobre la cuantía debida por CMSA por ello.
671. Para mayor claridad, la siguiente tabla detalla las razones por las que cada medida decidía realizar una reliquidación, el período de revisión y las cuantías reclamadas<sup>537</sup>:

	Tasa de regalías y % costos deducibles	Precio referencia	Costos deducibles	Hierro
Petición Cundinamarca		II 2005 – III 2007 (ambas Concesiones)	IV 1982 – IV 1997 I 2009 – III 2012	III 1982 – III 2012 COP 2.426.895.470
Resolución 576	IV 2007 – II 2008, I 2011 (Concesión 1727)	IV 2007 – III 2012 (Concesión 866) COP 120.728.618.468  IV 2007 – II 2008 y I 2011 (Concesión 1727) COP 4.378.558.956	I 1998 – IV 2003 COP 48.259.546.243,47	
Auto 63	IV 2005 – III 2007 (ambas Concesiones)	IV 2007 – III 2012 (ambas Concesiones) COP 366.367.947.662	IV 1982 – II 2005 COP 9.672.273.392	IV 1982 – III 2012 COP 2.426.895.470

<sup>536</sup> Ver paras. 506 *et seq. supra*.

<sup>537</sup> Elaborada por el Tribunal Arbitral a partir de la información contenida en el expediente.

**Laudo**

	IV 2007 – III 2012 (Concesión 1727)		III 2005 – III 2007 COP 221.213.740.897	
--	--	--	---	--

672. La Demandada no ha ofrecido una explicación que justifique adecuadamente por qué en cada una de esas tres medidas el órgano estatal, para poder dar por liquidados los Contratos, reliquidó las regalías (supuestamente) pendientes de pago, de forma tan diferente, configurándose así un comportamiento contradictorio.
673. Esta irregularidad será valorada en la sección V.2.2.2.1 *infra* para determinar si contraviene los estándares del APPRI.

## V.2.2. VIOLACIÓN DEL APPRI

674. La Demandante considera que las anteriores medidas violaron todas ellas el siguiente estándar contenido en el art. II. 3 y 4 del APPRI:

“3. Cada Parte Contratante otorgará un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante.

4. Para mayor certeza:

a. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y de “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional a aquel exigido de acuerdo al derecho internacional;

b. El “trato justo y equitativo” incluye la prohibición de denegar justicia en procedimiento penales, civiles o administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo;

[...]”.

675. El debate entre las Partes gira en torno a: cuál es el contenido material de la obligación a dispensar un trato justo y equitativo [por sus siglas en inglés, “FET”] (1.); y, si las medidas anteriormente relacionadas constituyen una violación de dicho contenido material (2.).

### 1. CONTENIDO DEL FET

676. La discusión viene motivada por la añadidura del art. II.4.a) del APPRI (citado de forma simplificada):

“Para mayor certeza ... [el concepto de FET] no requiere un tratamiento adicional a aquel exigido de acuerdo al derecho internacional”.

677. El APPRI, como correctamente señala la Demandada, establece un techo en cuanto a la protección concreta en que se traduce el FET: no incluirá más protección que la que corresponda bajo Derecho Internacional<sup>538</sup>.

678. La cuestión es si ese techo se coloca a la altura del estándar mínimo de trato y, en su caso, cuál sería el contenido protegido.

---

<sup>538</sup> H 2, p. 64.

**Laudo**

**1.1. POSICIONES DE LAS PARTES**

679. La Demandante cree, apoyada en decisiones anteriores<sup>539</sup> que, siendo el “estándar mínimo de trato” un concepto consolidado, cualquier expresión que se separe de su literal, debe entenderse como garante de una protección mayor. Y, de hecho, hay al menos otros tres acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones firmados por Colombia que mencionan explícitamente el estándar mínimo de trato – éste, sin embargo, no, debiendo entonces concluirse que el FET incluye una protección mayor a dicho mínimo.
680. La Demandada halla soporte doctrinal para sostener que el APPRI únicamente concede el estándar mínimo de trato<sup>540</sup>. Y, además, desacredita los laudos en que se apoya la Demandante porque considera que esos laudos se pronunciaban sobre la expresión “*principles of international law*” (principios de derecho internacional) – que no es la misma expresión utilizada en el APPRI<sup>541</sup>.
681. La Demandante salda el debate sosteniendo, con cita a otros laudos<sup>542</sup>, que el contenido del estándar mínimo de trato viene a converger en el estándar de FET tradicional. Así: el respeto a las expectativas legítimas, la garantía de un entorno legal y económico estable y transparente y la actuación en buena fe, así como la interdicción de la arbitrariedad, serían todo obligaciones que surgirían de ese estándar mínimo de trato<sup>543</sup>.
682. La Demandada no está completamente de acuerdo, pues considera que el respeto a las expectativas legítimas y el marco legal estable no están contenidas en el estándar mínimo de trato; sí así, sin embargo, la interdicción de la arbitrariedad, el abuso manifiesto, el prejuicio, la falta de debido proceso y la violación de la justicia natural<sup>544</sup>. La Demandada también acepta que una de las finalidades del APPRI sea el establecimiento de un marco jurídico justo y transparente que brinde protección y seguridad en el tratamiento de las inversiones<sup>545</sup>. Y continúa afirmando que el art. II del APPRI sirve, precisamente, a los efectos de propiciar condiciones de seguridad jurídica, de forma que las inversiones no se vean obstaculizadas por medidas arbitrarias o discriminatorias<sup>546</sup>.
683. Y, en lo que respecta, concretamente, a la interdicción de la arbitrariedad, la Demandada propugna la aplicación de un nivel de exigencia alto: la mera incorrección

---

<sup>539</sup> **Doc. CLA 71**, *Vivendi (Laudo Parcial sobre responsabilidad)*; **Doc. CLA 94**, *Valores Mundiales (Laudo)* y **Doc. CLA 90**, *Crystallex (Laudo)*.

<sup>540</sup> **Doc. RL 110**.

<sup>541</sup> H 2, p. 66.

<sup>542</sup> **Doc. CLA 140**, *Rusoro Mining (Laudo)*; **Doc. CLA 91**, *Murphy (Laudo Parcial Final)*, **Doc. CLA 50** *Rumeli Telekom (Laudo)* y **Doc. RL 23**, *Biwater Gauff (Laudo)*.

<sup>543</sup> H 1, p. 72. Con cita a CLA 154.

<sup>544</sup> H 2, p. 68.

<sup>545</sup> Dúplica, para. 305, con cita a la Sentencia de la Corte Constitución **Doc. RL-89**.

<sup>546</sup> Dúplica, para. 306, con cita a la Sentencia de la Corte Constitución **Doc. RL-89**.

**Laudo**

respecto al Derecho local no dará lugar a una violación del FET<sup>547</sup>; un acto arbitrario únicamente lo sería si se separa conscientemente del debido proceso, choca con el sentido de corrección jurídica<sup>548</sup>, o desatiende las obligaciones contractualmente pactadas<sup>549</sup>, y además esté basado en la discrecionalidad, los prejuicios o las preferencias personales<sup>550</sup>.

684. La Demandante coincide en que resultará arbitraria la medida que no esté basada en estándares legales, sino en la discrecionalidad<sup>551</sup> y añade que lo será también la que resulte manifiestamente incongruente, dando así lugar a una confusión e incertidumbre considerables<sup>552</sup>.

**1.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

685. La discusión entre las Partes respecto a si el FET del APPRI se limita al estándar mínimo de trato o si incluye obligaciones adicionales es, en realidad, académica, pues ambas Partes están de acuerdo en que el FET del APPRI (cualquiera que sea su contenido) protege frente al trato arbitrario (A.) y que, a través de la garantía al trato no arbitrario, el Estado se compromete a propiciar condiciones de seguridad jurídica, para así evitar que la arbitrariedad se convierta en un obstáculo (B.).

**A. Trato arbitrario**

686. El trato arbitrario viene descrito por el Prof. Schreuer como<sup>553</sup>:

- Una medida que no está basada en estándares legales, sino en la discrecionalidad, los prejuicios o las preferencias personales;
- Una medida que se toma por razones distintas a las señaladas;
- Una medida tomada en vulneración del debido proceso y de un procedimiento adecuado.

687. La obligación de cumplir con el debido proceso fue desarrollada en *Glencore*: el debido proceso requiere que el ente administrativo le dé a cada parte la oportunidad de presentar su caso y de aportar prueba adecuada<sup>554</sup>.

688. *Cairn* añade que la aplicación retroactiva de la norma resulta arbitraria pues choca con el sentido de Estado de Derecho (*rule of law*) y de corrección jurídica<sup>555</sup>. *Bilcon*

---

<sup>547</sup> **Doc. CLA 128**, *ECE (Laudo)*.

<sup>548</sup> **Doc. RL 78**, *ELSI (Laudo)*.

<sup>549</sup> *A contrario*, **Doc. CLA 96**, *Glencore (Laudo)*, para. 1555 (H 2, p. 96).

<sup>550</sup> **Doc. CLA 64**, *EDF (Laudo)*.

<sup>551</sup> **Doc. CLA 64**, *EDF (Laudo)*, para. 303.

<sup>552</sup> **Doc. CLA 64**, *EDF (Laudo)*, para. 820.

<sup>553</sup> **Doc. RL 122**, pp. 71-72.

<sup>554</sup> **Doc. CLA 96**, *Glencore (Laudo)*, para. 1318.

<sup>555</sup> **Doc. CLA 99**, *Cairn (Laudo)*, para. 1816.

**Laudo**

tampoco duda en tachar de incumplimientos del estándar mínimo internacional, los cambios en el marco jurídico que operan con efecto retroactivo<sup>556</sup>.

689. Y *Von Pezold* confirma que la arbitrariedad se configura como una violación del FET. Por lo tanto, es esperable que un Estado se comporte de forma congruente, justa y sin ambigüedades (“*in a consistent, even handed, unambiguous ... manner*”)<sup>557</sup>.
690. Hasta aquí, hay acuerdo entre las Partes. Sin embargo, hay toda una serie de otros laudos, cuya relevancia resulta controvertida:

*Cargill*

691. El caso *Cargill* ha sido objeto de amplio debate entre las Partes, en lo que respecta a su desarrollo del concepto de arbitrariedad. *Cargill* comienza su análisis, sobre la premisa de otras dos decisiones anteriores:
- *ELSI*: las conductas arbitrarias, ambiguas o incongruentes (*arbitrariness, ambiguity and inconsistency*) son aquéllas que se separan, conscientemente, del debido proceso, que chocan, o al menos, sorprenden, la noción de corrección jurídica<sup>558</sup>;
  - *S.D. Myers*: al determinar la existencia de arbitrariedad, es importante observar si el Estado tomó muchas decisiones potencialmente controvertidas, y al hacerlo pareciera haber cometido errores, haber juzgado erróneamente los hechos, haberse basado en una teoría económica errada ... y finalmente, adoptó decisiones sin efecto o incluso, contraproducentes<sup>559</sup>.
692. Partiendo de lo anterior, *Cargill* concluye que, para estimar la existencia de una arbitrariedad en la política administrativa o jurídica (*administrative or legal policy*), no basta con que se produzca una aplicación incoherente o cuestionable de la política administrativa o jurídica; es necesario que se produzca una repudiación del propósito u objetivo último de tal política o una subversión manifiesta de la legislación o política nacional, guiada por motivaciones ulteriores<sup>560</sup>.
693. La Demandada deduce de *Cargill* un estándar reforzado para apreciar la arbitrariedad<sup>561</sup>, y la Demandante, sin embargo, no deja de ver que *Cargill* se basa en *ELSI* y en *S.D. Myers*, que adoptan un estándar ordinario<sup>562</sup>.

---

<sup>556</sup> **Doc. CLA 87**, *Bilcon (Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Responsabilidad)* para. 572.

<sup>557</sup> **Doc. CLA 88**, *Von Pezold (Laudo)*, para. 546.

<sup>558</sup> **Doc. RL 32**, *Cargill (Laudo)*, para. 291.

<sup>559</sup> **Doc. RL 32**, *Cargill (Laudo)*, para. 232.

<sup>560</sup> **Doc. RL 32**, *Cargill (Laudo)*, para. 293.

<sup>561</sup> **Doc. CLA 64**, *EDF (Laudo)*.

<sup>562</sup> Réplica, para. 265.

**Laudo**

694. El Tribunal Arbitral considera que el debate es, hasta cierto punto, estéril, pues el Tribunal Arbitral no está llamado a enjuiciar la arbitrariedad de cierta política administrativa o jurídica implementada por Colombia, atendiendo a su objetivo; no hay duda de que el objetivo de la conducta de la Agencia Nacional de Minería y de la Contraloría era maximizar los ingresos del Estado provenientes de las regalías y evitar una pérdida patrimonial. La cuestión más bien es si, en la persecución de ese fin (legítimo), actuó de forma arbitraria.

Saluka

695. En *Saluka* el tribunal arbitral consideró que cuando el Estado adopta decisiones que variaban en su contenido, que eran incluso contradictorias y mostraba un comportamiento incongruente, eso constituye una violación del FET<sup>563</sup>. La Demandada resta valor a *Saluka* porque considera que la cita se refiere a la frustración de expectativas legítimas (que considera fuera del ámbito del FET concedido por el APPRI), y no a la arbitrariedad<sup>564</sup>. El Tribunal Arbitral no lo ve así.

696. *Saluka* señala que la conducta del Estado fue injusta e inequitativa<sup>565</sup>; en particular, frustró los esfuerzos hechos en buena fe para salvar la crisis bancaria, pues el Estado falló en tratar las propuestas de forma imparcial, equitativa, transparente y congruente, y de forma irrazonable, se rehusó a entablar una comunicación adecuada.

697. El Tribunal Arbitral no interpreta el párrafo anterior como indicativo de que la violación del FET proviniera exclusivamente de una frustración de expectativas legítimas. El que el Estado actúe de forma parcial, inequitativa, con falta de transparencia y congruencia y de forma irrazonable, como relata aquel tribunal arbitral, es paradigma de un comportamiento arbitrario. Y esta arbitrariedad podrá, además, generar una frustración de expectativas legítimas; pero dicha frustración será consecuencia de la arbitrariedad y, desde luego, no la elimina.

Eco Oro

698. En *Eco Oro*, a entender de la mayoría del tribunal arbitral, el Estado actuó con arbitrariedad. Las acciones del Estado fueron abiertamente incongruentes (*grossly inconsistent*), dieron lugar a considerable confusión e incertidumbre, y esto se configura como un comportamiento claramente arbitrario (*manifest arbitrariness*) y seriamente injusto (*grossly unfair*)<sup>566</sup>.

---

<sup>563</sup> **Doc. CLA 36**, *Saluka (Laudo Parcial)*, paras. 417 a 419.

<sup>564</sup> Dúplica, para. 400.

<sup>565</sup> **Doc. CLA 36**, *Saluka (Laudo Parcial)*, para. 407.

<sup>566</sup> **Doc. CLA 154**, *Eco Oro (Decisión sobre Jurisdicción, Fondo y Pautas de Cuantificación)*, paras. 820 y 821.

**Laudo**

699. Es decir, *Eco Oro* determinó que los entes estatales deben actuar de forma coordinada, congruente y coherente para evitar confusión e incertidumbre y así, ser tachada su actuación de arbitraria.
700. La Demandada se opone a que el Tribunal Arbitral pueda basarse en la opinión de *Eco Oro*, por dos razones – pero ninguna resulta convincente:
701. *Primero*, los párrafos citados por la Demandante se refieren a la frustración de expectativas legítimas, no a la arbitrariedad<sup>567</sup>.
702. El Tribunal Arbitral constata que los párrafos citados por la Demandante se incardinan dentro de una sección dedicada al análisis de si la frustración de expectativas legítimas, sufrida por el inversor, resultaba aceptable desde una perspectiva de Derecho internacional<sup>568</sup>. La Demandada deduce de ello que cualquier conclusión alcanzada en esa sección se limitaría a expresar pareceres sobre la frustración de expectativas legítimas. Pero, el Tribunal Arbitral, por las razones antes apuntadas, no está de acuerdo: la frustración de expectativas legítimas es el resultado de un comportamiento. Este comportamiento puede, o no, ser arbitrario; y que, además, sea causa de tal frustración no le resta valor a la arbitrariedad.
703. *Segundo*, la Demandada ha argüido que la decisión en *Eco Oro* ha sido objeto de profunda crítica<sup>569</sup>. Y cita, para ello, dos artículos de prensa. El Tribunal Arbitral ha analizado los artículos y, de su contenido se deduce que la crítica no se refiere al punto aquí discutido, sino a si, a pesar de que el tratado en cuestión era de nueva generación, con áreas de exclusión, respecto a las cuales el Estado tenía libertad de regulación sin incurrir por ello en una violación de estándares internacionales, el laudo, no obstante, entendió que se había producido tal violación<sup>570</sup>.
704. El objeto de crítica no tiene, por tanto, que ver con las decisiones de ese laudo que interesan a éste: la descripción de una conducta arbitraria que da lugar a una violación del tratado.
705. La relevancia de la decisión en *Eco Oro* se encuentra reforzada, además, por el hecho de que el tratado aplicable en dicho caso (el Acuerdo de Libre Comercio Canadá – Colombia)<sup>571</sup> y este Tratado tienen elementos comunes en la regulación del estándar del FET.

---

<sup>567</sup> Dúplica, para. 388.

<sup>568</sup> Paras. 806 *et seq.*

<sup>569</sup> Dúplica, para. 389.

<sup>570</sup> Doc. R 79, p. 1. Doc. C 82, p. 1.

<sup>571</sup> **Doc. CLA 154**, *Eco Oro* (*Decisión sobre Jurisdicción, Fondo y Pautas de Cuantificación*), para. 700 citando al tratado Canadá – Colombia (“Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario”); APPR, art. II.4 (“Para mayor certidumbre ... el concepto de [FET] no requiere un trato adicional al exigido de acuerdo con el Derecho Internacional”).

**Laudo**

\* \* \*

706. El Tribunal Arbitral suscribe el desarrollo casuístico del concepto de arbitrariedad señalado en los párrafos previos: serán manifiestamente arbitrarias aquellas medidas que repudien el Derecho aplicable, resulten abusivas, discrecionales y exentas de motivación o que carezcan de motivación basada en la Ley de forma que resulten caprichosas, que sean gravemente injustas, abiertamente incongruentes o contradictorias con conductas anteriores y todo ello de una forma que desafíe la propia noción de corrección jurídica.
707. El Tribunal añade que:
- La arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos atenta contra el Estado de Derecho.
  - La arbitrariedad se opone diametralmente al concepto de rectitud legal.
  - Las decisiones basadas en la arbitrariedad serán sorprendentes, completamente imprevisibles y generan incertidumbre jurídica.
  - Quien, haya participado en un procedimiento que concluye en una decisión arbitraria, habrá actuado indefenso, pues el análisis de sus argumentos no habrá sido la guía de la decisión.
708. Por todas estas razones, el Tribunal Arbitral confirma que una actuación arbitraria, sin duda, constituye una violación del FET.

**B. Seguridad jurídica**

709. Como se ha visto, vinculado a la noción de arbitrariedad, está la de seguridad jurídica, pues el acto arbitrario creará incertidumbre jurídica.
710. Así, la creación de incertidumbre jurídica a través del acto arbitrario se configura también como una vulneración del FET. La Corte Constitucional colombiana, con motivo de la interpretación del alcance del APPRI, señaló que el art. II sirve a los efectos de propiciar condiciones de seguridad jurídica<sup>572</sup>.
711. Lo anterior viene refrendado de forma más amplia en *Cairn* cuando el tribunal asevera que los individuos tienen derecho a la predictibilidad de las consecuencias legales de su conducta<sup>573</sup>. Y, de esta forma, el principio de certidumbre o seguridad jurídica halla protección dentro del FET<sup>574</sup>.

---

<sup>572</sup> **Doc. RL 89.**

<sup>573</sup> **Doc. CLA 99, Cairn (Laudo)**, para. 1740.

<sup>574</sup> **Doc. CLA 99, Cairn (Laudo)**, para. 1740.

**Laudo**

712. De lo anterior se colige que ambas Partes aceptan que un comportamiento arbitrario del Estado que viole la certidumbre jurídica podrá ser contrario al FET<sup>575</sup>.

\* \* \*

713. A, continuación, se analizará si las nueve medidas adoptadas por Colombia, descritas en profundidad en la sección anterior de este Laudo y que han presentado irregularidades, calzan dentro del patrón violatorio del FET.

**2. VIOLACIÓN DEL FET**

714. El Tribunal Arbitral ha detectado irregularidades en el comportamiento de órganos del Estado colombiano, que afectaron a CMSA. Las irregularidades trataban una o más de las siguientes materias (2.1.) y configuran una violación del FET (2.2.):

**2.1. MATERIAS**

715. Cinco son las materias afectadas: tasa aplicable y porcentaje de deducción de gastos (A.), precio de referencia (B.), costos deducibles (C.) y regalía sobre el hierro (D.), a lo que se suma la liquidación de los Contratos (E.)

**A. Tasa aplicable y porcentaje de deducción de gastos**

716. La tasa aplicable a la regalía del níquel venía explicitada en los Contratos y en el Acuerdo 1985, como el 8%. El porcentaje de deducción de gastos variaba y podía ser el 80% o el 100%.

717. La Ley de Regalías, en su art. 16.2 elevó la tasa al 12%; resultando de aplicación esta tasa más elevada, únicamente, a partir de la prórroga del contrato de concesión o de la conclusión de un nuevo contrato. Lo mismo ocurría en el art. 23, con el porcentaje de deducción de gastos, que se reducía al 75%.

718. En la realidad de los hechos, la tasa elevada del 12% y el 75% de gastos deducibles se aplicaron a la liquidación trimestral de regalías:

- De la Concesión 866, desde el IV 2007, cuando se produjo la prórroga del plazo del Contrato 866;
- De la Concesión 1727, desde IV 2012, cuando se incorporó esa área de concesión al Contrato 51.

---

<sup>575</sup> Réplica, para. 272; Dúplica, para. 306.

**Laudo**

719. Y en la Orden 50 de Ingeominas de 2011 el Estado se pronunció sobre la corrección de la tasa de regalías aplicables, reclamando la tasa del 12% a la Concesión 866 sólo a partir de 2007<sup>576</sup>, y manteniendo en el 8% la tasa de la Concesión 1727<sup>577</sup>.
720. El Estado pretende ahora aumentar la liquidación de regalías ya practicada en el pasado, a cuenta de un 12% de tasa y del 75% de deducción de gastos:
- La Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería revisó las liquidaciones hechas en la Concesión 1727 durante el período IV 2007 a III 2012.
  - El Auto 63 de la Controlaría mantuvo la revisión del período IV 2007 a III 2012 para la Concesión 1727 y añadió el período IV 2005 a III 2007 para la Concesión 866.
721. La justificación común brindada por la Demandada es que los Acuerdos de julio de 2005 constituirían un “nuevo contrato” a los efectos de la Ley de Regalías, por lo tanto, la tasa elevada del 12% y el 75% de gastos deducibles previstas en dicha Ley, resultaba aplicable desde 2005. Y que los Acuerdos de 2011 habrían convertido toda liquidación de regalías en provisional y, por tanto, en revisable.
722. El Tribunal Arbitral ya ha determinado que la actuación del Estado implica la **aplicación retroactiva de los arts. 16 y 23 de la Ley de Regalías** a contratos en curso con anterioridad a la vigencia de la ley, lesionando la **seguridad jurídica** y basándose en una **justificación** que **no** resulta **razonable** por ser completamente **contradictoria** con el comportamiento anterior de la propia Demandada y, además, es **abiertamente incongruente**:
- Era el Estado quien incluía la tasa de regalía en la fórmula liquidatoria, por tanto, la tasa escogida se presupone ser acorde con la que el Estado consideraba aplicable; sin embargo, ahora propugna ser otra – distinta a la entonces elegida – la que debiera haber sido aplicada.
  - La pretensión de que las liquidaciones fueran provisionales en tanto no se publicaran los nuevos precios base conforme a la Resolución 293 en nada afecta a la tasa de regalía: aun si las liquidaciones hubieran sido revisables a futuro por cuenta del precio de referencia, la tasa de regalía seguiría siendo un elemento independiente de tal precio de referencia en la fórmula de cálculo de la regalía.

**B. Precio de referencia**

723. La Ley de Regalías prevé en su art. 23 una nueva fórmula para el cálculo de regalías del níquel, de aplicación desde la prórroga del contrato o la obtención de nuevas

---

<sup>576</sup> Doc. C 74.

<sup>577</sup> Réplica, para. 122.

**Laudo**

concesiones. Esto no ocurriría hasta el IV 2007 para la Concesión 866 y el IV 2012 para la Concesión 1727.

724. La nueva fórmula debía ser desarrollada normativamente. Esto demoró en acontecer 21 años. Mientras tanto, ocurrieron dos modificaciones contractuales:
- Acuerdos de julio de 2005: previeron que la fórmula para el cálculo de regalías seguía siendo la del Acuerdo 1985;
  - Acuerdo 2011: estableció que la fórmula para el cálculo de regalías del Acuerdo 1985, enmendada en un punto, sería de **aplicación provisional** hasta que se produjera el desarrollo normativo pendiente. El Tribunal Arbitral ha **rechazado** la postura de la Demandada por la que sugería que del Acuerdo 2011 resultara un **claro pacto entre las partes** para aplicar retrospectivamente el futuro desarrollo normativo que llegaría con la Resolución 293, y el **comportamiento** de la Demandada respecto a su interpretación de los términos del Acuerdo 2011 **no fue congruente** con la defendida en este arbitraje.
725. (i) La fórmula del art. 23 de la Ley de Regalías fue desarrollada en 2015 por la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería, regulando el precio FOB. La mayoría del Tribunal Arbitral ha rechazado que dicho desarrollo incurra en irregularidades.
726. Basándose en la Resolución 293, la Unidad de Planeación Minero Energética ha publicado resoluciones para el período III 2015 en adelante, estableciendo el precio base para la liquidación de regalías. Esto implica una aplicación prospectiva de la Resolución 293. La mayoría del Tribunal Arbitral no ha detectado ninguna irregularidad en estas resoluciones.
727. (ii) La **Resolución 293** estableció también, en su **art. 8**, que publicaría una serie de precios históricos para efectuar reliquidaciones de regalías pasadas, desde la fecha en que hubiera resultado de aplicación la Ley de Regalías. Y, a estos efectos, el **art. 9** requería la entrega de datos históricos en cuanto a producción y costos.
728. Siguiendo esta instrucción, a través de su **resolución 293**, la **Unidad de Planeación Minero Energética** ha publicado precios base de liquidación de regalías para el período anterior al III 2015. Y la **Resolución 576 y el Auto 63** recalculan regalías del período IV 2007 a III 2012<sup>578</sup> aplicando estos nuevos precios base publicados por la Unidad de Planeación Minero Energética. Y la **Petición Cundinamarca** pretende hacer lo propio para el período II 2005 a III 2007.
729. Todas estas actuaciones implican la **aplicación retroactiva** de la Resolución 293, **sin que medie pacto ni autorización expresa en la norma** para ello.

---

<sup>578</sup> La Resolución 576 sólo lo hace en el período IV 2007 a II 2008 y I 2011 para la Concesión 1727.

**Laudo**

730. Y la **Petición Cundinamarca** pretende hacerlo a un período en el que **ni siquiera resultaba aplicable** el art. 23 de la **Ley de Regalías** que dio lugar a la Resolución 293, resultando ser por ello **abiertamente incongruente y contradictorio** con la resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética.

**C. Costos deducibles**

731. El Acuerdo 1985 establecía en la fórmula del pago de regalías la deducción de ciertos costos para determinar la base sobre la que aplicar la tasa de regalías.

732. A raíz de una Visita Especial de la Contraloría a CMSA, en el año 2012, surgió la cuestión de si los costos, para poder ser deducidos, debían guardar una relación causal con la explotación.

733. La Agencia Nacional de Minería respondió, en un Memorándum, que el Acuerdo 1985 no establecía tal requisito y que las deducciones practicadas por CMSA habían sido realizadas conforme a lo reglado.

734. En **Auto VSC 26** de 12 de marzo de 2015 la Agencia Nacional de Minería cambió de opinión y reliquidó las regalías del período I 1998 a IV 2003 para, entre otros, excluir costos (supuestamente) carentes de relación de causalidad con la explotación; este proceder fue **abiertamente contradictorio** respecto a su conducta anterior. El mismo Auto VSC 26 obviaba los costos de fletes y seguro por falta de prueba, cuando no había obligación legal en ese momento de mantener la documentación de soporte, por tanto, fue una decisión que **exigía el cumplimiento de una obligación legal inexistente sin proveer una justificación razonable**, causando así **indefensión** en CMSA y **conculcando la seguridad jurídica** y el **debido proceso**.

735. La **Resolución 576** de la Agencia Nacional de Minería reclama la misma cantidad<sup>579</sup> como reliquidación, y está afectada por las **mismas irregularidades**.

736. La **Petición Cundinamarca** es una acción judicial incoada por la Agencia Nacional de Minería para obtener la liquidación judicial de los Contratos. Y a raíz de esta liquidación, pretende revisar los costos deducidos en los períodos IV 1982 a IV 1997 y I 2009 a III 2012, cuestionando su relación causal, mostrando así las **mismas irregularidades** ya apuntadas.

737. El **Auto 217** de la Contraloría contradice las conclusiones alcanzadas en el Auto VSC 26, lo que constituye un **actuar abiertamente contradictorio** del Estado.

738. Asimismo, el **Auto 217** y el **Auto 63** reliquidan las regalías del período I 1998 a IV 2003 y la Demandada **no** ha provisto una **motivación racional** demostrando que esas **acciones** de responsabilidad fiscal iniciada no habían **caducado**, **causando** así una **inseguridad jurídica e indefensión** a quien se ve forzado a defenderse frente a una

<sup>579</sup> Excepto por una parte mínima pagada por CMSA voluntariamente, por una cuestión independiente a la exigencia de causalidad entre gastos y explotación.

**Laudo**

reclamación basada en hechos acontecidos 30 años atrás, conculcando el principio de **debido proceso**.

739. El **Auto 63**, además, vuelve a revisar el mismo período ya objeto de reliquidación por el Auto 217 y cuya condena había sido **ya pagada** por CMSA. El Estado pretendió así, gravar por duplicado el mismo período por la misma causa; resultando en un **abuso** manifiesto y en una **conculcación de la seguridad jurídica**.

740. Y en su determinación de los costos deducibles, el **Auto 63** incurre en **contradicciones evidentes**:

- Respecto a la opinión de la Agencia Nacional de Minería, mostrada en el Memorándum, sobre el requisito de causalidad del gasto, sobre un mismo período temporal;
- Respecto al período que amerita ser investigado por esa misma causa, según la Agencia Nacional de Minería;
- Respecto a la reliquidación de regalías que realiza la Agencia Nacional de Minería y la propia Contraloría en el Auto 217, para un mismo período por la misma causa;
- Respecto al Auto 1334 de la Contraloría en lo referente a la deducibilidad del costo de transporte correspondiente al hierro.

741. El Auto 63 presenta también irregularidades en su decisión de obviar los costos deducibles del período IV 2007 a III 2012, por insuficiencia de prueba: considera insuficiente la prueba de gastos debido al formato en que fue presentada. Ante esta insuficiencia de prueba, omite la deducción de costos de la fórmula del cálculo de la regalía. Este proceder resulta **abusivo**, pues el Estado deja de aplicar radicalmente la única parte la fórmula de cálculo de regalías que beneficia a CMSA y a la que CMSA tiene derecho, según el art. 23 de la Ley de Regalías. Además, esta decisión es **abiertamente contradictoria**:

- Con la auditoría de BDO que coincide parcialmente con el período revisado y logró revisar los costos;
- Con la resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética que publicó precios base utilizando la información de costos proporcionada;
- Con el Auto VSC 351 de la Agencia Nacional de Minería que validó la idoneidad del formato en que CMSA presentaba la información contable.

**D. Regalía del hierro**

742. CMSA explota un yacimiento de un mineral de níquel. El níquel está presente en el mineral en liga íntima molecular con el óxido de hierro. Tras un procesamiento

**Laudo**

siderúrgico, el mineral se transforma en ferroníquel, que es el producto comercializado por CMSA. En el yacimiento de Cerro Matoso no hay otro mineral con posibilidades de explotación, aparte del níquel, y ese mineral, por sus características intrínsecas, no puede ser procesado en otro producto que no sea el ferroníquel.

743. Durante 40 años CMSA ha pagado únicamente regalías de níquel, como previeron los Contratos y la Ley de Regalías. Las regalías del níquel se calculan por el valor del níquel contenido en el ferroníquel, que es el elemento que le aporta valor al ferroníquel. El hierro contenido en el ferroníquel no le aporta valor.
744. 40 años después, el Estado reclama por primera vez regalías sobre el hierro, por la proporción del hierro contenida en el ferroníquel, sobre la base de que CMSA se estaría lucrando por la explotación de ese hierro propiedad del Estado sin contribuir a cambio.
745. El Tribunal Arbitral ha concluido que la reclamación de regalías de hierro es contraria al pacto de las Partes contenido en los Contratos y a la Ley de Regalías y, por tanto, es una reclamación **carente de soporte jurídico y económico**. Además, resulta **abusivo** gravar el valor del ferroníquel con esta nueva regalía cuando dicho valor está ya plenamente gravado por la regalía del níquel.
746. La **Petición Cundinamarca, Autos 206 y 62** de la Agencia Nacional de Minería y **Auto 63** de la Contraloría, que reclaman regalías sobre el hierro, materializan las irregularidades apuntadas.

**E. Medidas liquidatorias transversales**

747. A través de la **Petición Cundinamarca**, el Estado inició una demanda judicial para liquidar los Contratos. Y el seno de esta demanda pretendió reabrir liquidaciones de regalías del pasado.
748. El Tribunal Arbitral ha concluido que la reapertura de la liquidación de regalías con motivo de la liquidación del contrato no halla justificación razonable y congruente, según los parámetros aplicables. El Tribunal Arbitral tampoco ha advertido motivación suficiente para sustentar, como asevera la Demandada, que la acción de reclamación de regalías se inició dentro del plazo de caducidad. Como sostiene el propio Consejo de Estado colombiano<sup>580</sup>, esta actuación supone una **conculcación de la seguridad jurídica**. Esto causa una clara **indefensión**, máxime cuando a través de esa revisión de regalías, el Estado pretende retrotraerse a hechos acontecidos **30 años antes**. Todo ello impacta en una **vulneración del principio de debido proceso**.
749. Estas **mismas irregularidades** afectan igualmente a la **Resolución 576** y al **Auto 63** que también pretenden reabrir las liquidaciones de regalías a cuenta de la liquidación de los Contratos. Y, además, las tres medidas son **abiertamente contradictorias** entre

<sup>580</sup> Con referencia a la Sentencia del 3 de mayo de 1990. **Doc. RL 129**, nota al pie 11.

**Laudo**

sí, pues determinan de forma dispar las razones que motivan la reapertura de las liquidaciones, los períodos sobre los que opera y las cantidades que resultan debidas.

**2.2. CONFIGURACIÓN DE LA VIOLACIÓN**

750. La Demandante ha calificado las anteriores medidas de arbitrarias por ser irrazonables<sup>581</sup>, carecer de justificación<sup>582</sup>, y no estar basadas en estándares legales<sup>583</sup>, permitiendo la aplicación normativa retroactiva<sup>584</sup>, por ser incongruentes con conductas anteriores del Estado<sup>585</sup> y contrarias al debido proceso<sup>586</sup>, así como por quebrantar la seguridad jurídica<sup>587</sup>

751. El Tribunal Arbitral le da la razón, pues ha descrito las irregularidades, apuntadas en la sección anterior, de la siguiente forma:

- Actuaciones abiertamente incongruentes;
- Actuaciones carentes de soporte en los parámetros aplicables;
- Actuaciones manifiestamente contradictorias o con motivación contradictoria;
- Actuaciones resultantes en procesos judiciales y/o administrativos sin una justificación razonable respecto a la temporaneidad de las pretensiones incoadas.

752. Que derivan en:

- Comportamientos discrecionales y caprichosos;
- Inseguridad jurídica;
- Indefensión y vulneración del debido proceso;
- Reclamaciones abusivas.

753. El Tribunal Arbitral asimismo considera que:

- La aplicación retroactiva de la Ley no sólo supone un comportamiento contrario a Derecho, sino que crea una incertidumbre absoluta sobre cuál era el cuadro normativo que resultaba aplicable, y redundaba en una total indefensión; el Estado aplica un estatuto jurídico que no existía a situaciones o relaciones jurídicas ya

---

<sup>581</sup> H 1, pp. 150, 176 y 180.

<sup>582</sup> H 1, p. 161.

<sup>583</sup> H 1, pp. 122, 150, 168, 177 y 197.

<sup>584</sup> H 1, pp. 149 y 150.

<sup>585</sup> H 1, pp. 141 y 197

<sup>586</sup> H 1, pp. 161 y 174

<sup>587</sup> H 1, pp. 161 y 174.

**Laudo**

desarrolladas bajo un estatuto jurídico diferente – afectando así a nociones básicas de seguridad jurídica

- La motivación abiertamente incongruente es equivalente a una ausencia de motivación y una decisión carente de motivación expone a los sujetos afectados por esa decisión a resultados arbitrarios;
- Las decisiones contradictorias crean sensación de apartamiento del Derecho, de subjetivismo y elementos caprichosos en la adopción de decisiones por los poderes públicos, quienes, juzgando las mismas supuestas irregularidades, arriban a conclusiones distintas;
- Decisiones que no hallan fundamentación alguna en los parámetros aplicables o los aplican de forma groseramente errónea, resultan discrecionales;
- La caducidad de la acción sirve el doble propósito de, (i) sancionar la inactividad del titular de una acción o un derecho, imponiendo la consolidación de una relación jurídica, contribuyendo así a la seguridad jurídica de la contraparte; y (ii) asegurar que el ciudadano tenga amplias posibilidades de defensa – posibilidades que decrecen a medida que pasa el tiempo; obviar el principio de caducidad, especialmente cuando el tiempo transcurrido es muy largo, implica iniciar una acción en la que el ciudadano tendrá seriamente mermadas sus capacidades de defensa y la decisión que adopten los poderes públicos en ese proceso no será, por tanto, el resultado de un procedimiento contradictorio en el que se hayan garantizado los principios de debido proceso como debiera.
- Admitir como únicos elementos de prueba, documentos cuya obligación legal de custodia ha expirado, expone al investigado a una situación de indefensión y resulta en un comportamiento estatal abusivo y contrario al debido proceso;
- Las reclamaciones abusivas no responden a la aplicación recta de la Ley, sino a la explotación de una posición de superioridad de los poderes públicos frente al investigado.

754. El Tribunal Arbitral entiende que los anteriores comportamientos resultaron en una conducta estatal global que atenta contra la propia noción de corrección jurídica y reúne los requisitos exigidos por el alto estándar que la propia Demandada reconoce como aplicable, para que una conducta estatal alcance el umbral requerido para convertirse en un ilícito internacional.

755. En conclusión, el Tribunal Arbitral considera que Colombia ha violado el art. II.3 del APPRI, por el que se comprometió a dispensar un trato justo y equitativo a los inversores del Reino Unido, a través de las siguientes medidas [las “**Medidas Violatorias**”]:

**Laudo**

- Arts. 8 y 9 de la Resolución 293 (de la Agencia Nacional de Minería);
- resolución 293 (de la Unidad de Planeación Minero Energética);
- Auto VSC 26;
- Auto 217;
- Autos 206 y 62;
- Petición Cundinamarca;
- Resolución 576;
- Auto 63.

756. Por otra parte, la mayoría del Tribunal Arbitral ha decidido que la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería, en su desarrollo del precio FOB<sup>588</sup>, así como las resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética emitidas para el período III 2015 en adelante, son conductas que no llevan al Tribunal Arbitral a concluir que Colombia haya violado el art. II.3 del APPRI.

---

<sup>588</sup> No así en sus arts. 8 y 9 sobre publicación de serie de precios históricos y exigencia de aportación de datos históricos, a los efectos de realizar reliquidaciones de regalías, en aplicación retrospectiva de la Resolución 293.

### **V.2.3. PRETENSIONES INDEMNIZATORIAS**

757. *Chorzów* señala que la indemnización por daños debe ser suficiente para “eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido”<sup>589</sup>.
758. Ambas Partes se han referido a *Chorzów*<sup>590</sup> como un referente en materia indemnizatoria:
- La Demandante se basa en el principio de compensación integral para plantear su pretensión indemnizatoria<sup>591</sup>.
  - La Demandada no ha negado la relevancia de *Chorzów* en lo que respecta al principio de reparación integral; tan sólo ha cuestionado que la restitución sea una acción disponible en arbitraje de inversión<sup>592</sup>.
759. Invocando el principio de reparación integral, la Demandante reclama una compensación, a consecuencia de la violación del FET, que se divide, en esencia, en dos categorías: los daños ya ocurridos (**1.**) y los que alega están por venir (**2.**).

#### **1. DAÑOS HISTÓRICOS**

760. La Demandante solicita una condena de USD 90 M por regalías pagadas en exceso. De no haber sido por las Medidas Violatorias, CMSA no habría realizado tal desembolso<sup>593</sup>.
761. El Tribunal Arbitral analizará en primer lugar la reclamación monetaria (**A.**) y, después, calculará el monto realmente debido (**B.**) y especificará la condena (**C.**).

#### **A. La reclamación**

762. El importe de USD 90 M reclamado surge de tres grupos de medidas<sup>594</sup>:
- (i) Precio de referencia por aplicación de precio FOB: la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería y las resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética para el período III 2015 en adelante;
  - (ii) Dedución de costes: Auto 217 de la Contraloría;

---

<sup>589</sup> **Doc. CLA 1**, *Chorzów (Laudo)*, p. 47. Traducción libre del Tribunal Arbitral.

<sup>590</sup> **Doc. CLA 1**, *Chorzów (Laudo)*.

<sup>591</sup> Memorial, para. 239.

<sup>592</sup> Dúplica, para. 528.

<sup>593</sup> Conclusiones Demandante, para. 261.

<sup>594</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Control Panel.

**Laudo**

- (iii) Regalía sobre el hierro: todos los pagos de regalías del hierro realizados, entre otros, bajo los Autos 206 y 62 de la Agencia Nacional de Minería.

763. El Tribunal Arbitral ha señalado con anterioridad que:

764. (i) En una decisión adoptada por mayoría, no advierte irregularidad alguna en la fijación del precio FOB de referencia de la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería y que su aplicación prospectiva, del III 2015 en adelante, a través de resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética, no reviste tampoco ninguna irregularidad.

765. La mayoría del Tribunal Arbitral decide, por tanto, que no cabe condena a daño alguno en este rubro. El Tribunal Arbitral constata que ésta era la categoría de daños mayor, cuya compensación pretendía la Demandante.

766. (ii) El recálculo de regalías pasadas, a cuenta de los costos deducibles, que realiza el Auto 217 de la Contraloría se produjo a través de una acción de responsabilidad fiscal que el Tribunal Arbitral ha considerado que se trata de una medida arbitraria, violatoria del APPRI.

767. El importe reclamado por este concepto es de USD 5.143.261, a valor de 27 de julio de 2023<sup>595</sup>.

768. (iii) La reclamación de regalías sobre el hierro carece de apoyo legal y constituye un abuso, toda vez que la regalía sobre el níquel ya grava el valor total del ferróníquel. Por ello, el Tribunal Arbitral ha entendido que se trata de una medida arbitraria, violatoria del APPRI.

769. Los importes reclamados por este concepto son de USD 647.007 y USD 101.800, a valor de 27 de julio de 2023<sup>596</sup>.

**B. La cuantificación**

770. El Tribunal Arbitral está llamado a compensar a la Demandante por el importe que CMSA pagó por regalías reclamadas en tres de las Medidas Violatorias.

771. En el expediente consta que CMSA pagó:

- COP 10.114.904.678 el 18 de mayo de 2018 para saldar la orden de pago del Auto 217<sup>597</sup>;

---

<sup>595</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Control Panel.

<sup>596</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Control Panel.

<sup>597</sup> Doc. CLEX 19.

**Laudo**

- COP 2.986.706.855 el 24 de abril de 2020, para saldar las regalías sobre el hierro del período IV 2012 a IV 2019<sup>598</sup>; esta cantidad incluía intereses de demora y, aparentemente, éstos fueron calculados en exceso de lo realmente debido, por lo que la Agencia Nacional de Minería devolvió COP 963.921.751,66<sup>599</sup>; en total, por tanto, CMSA pagó COP 2.022.785.104<sup>600</sup>.
- Trimestralmente, entre el I 2020 y I 2022 las regalías del hierro devengadas, en un total de COP 475.689.658<sup>601</sup>.

772. Los pagos por regalías sobre el hierro conllevaron, a su vez, una minoración del impuesto sobre la renta del que CMSA se benefició<sup>602</sup>. Los peritos económicos están de acuerdo en que el daño se calcule neto de ese efecto fiscal<sup>603</sup>.

773. A continuación, un cuadro resumen con los pagos realizados:

	Fecha pago	Período	Monto (en COP)	Tasa impositiva	Monto neto (en COP)
Auto 217	18.05.2018	I 1998 – IV 2003	10.114.904.678	N/A	
Auto 206 Auto 62	24.04.2020	IV 2012 – IV 2019	2.022.785.104	N/A	
Regalías sobre el hierro	24.04.2020	I 2020	51.082.430	32%	34.736.052
	13.07.2020	II 2020	49.356.468	32%	33.562.398
	14.10.2020	III 2020	53.264.284	32%	36.219.713
	18.01.2021	IV 2020	30.870.342	31%	21.300.536
	16.04.2021	I 2021	39.686.623	31%	27.383.770

<sup>598</sup> Doc. CLEX 20.

<sup>599</sup> Doc. C 133. Compass Lexecon ER I, nota al pie 83 añade, por error, “millón” detrás de la cifra.

<sup>600</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Iron 1982-22.

<sup>601</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Iron 1982-22.

<sup>602</sup> No así el pago del Auto 217, pues tuvo efectos retroactivos (ver nota en Modelo Conjunto de Valoración, Cost 1998-03).

<sup>603</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Iron 1982-22.

**Laudo**

	15.07.2021	II 2021	53.786.385	31%	37.112.606
	14.10.2021	III 2021	54.337.546	31%	37.492.907
	17.01.2022	IV 2021	63.748.251	35%	41.436.363
	18.04.2022	I 2022	79.557.329	35%	51.712.264

El debate

774. El primer punto de desacuerdo entre los peritos económicos tiene que ver con la moneda en que deben calcularse estos daños históricos:
- La Demandante sostiene que, aunque el daño se incurriera en COP, debe ser convertido a USD en el momento histórico y ese monto en USD devengará intereses al WACC hasta el presente<sup>604</sup>;
  - La Demandada propugna que los montos se mantengan en COP y se traigan al presente aplicando el 12% de interés simple, y en ese momento se conviertan a USD<sup>605</sup>.
775. La Demandante señala que la obligación principal de un Estado para permitir que se produzca la reparación total de un daño, es realizar una compensación económica<sup>606</sup>. Algo que la Demandada no ha negado.
776. *Primero*, el Tribunal Arbitral considera, en aplicación de las anteriores premisas, que, en la medida en que el pago de regalías excesivas se realizó en COP, el daño se produjo en COP y, por tanto, no hay razón para convertir la moneda a USD en el momento histórico de producción del daño.
777. *Segundo*, en cuanto a la tasa de capitalización, el 12% de interés es la tasa simple que Colombia cobra como interés moratorio<sup>607</sup>. Parece razonable que sea esa misma la tasa que haya de pagar sobre los montos en COP que se embolsó como consecuencia de la adopción de medidas contrarias al APPRI.

<sup>604</sup> Visión General Conjunta, p. 8.

<sup>605</sup> Visión General Conjunta, p. 8.

<sup>606</sup> Conclusiones Demandante, para. 168.

<sup>607</sup> Kaczmarek ER I, para. 377.

**Laudo**

778. Según el Modelo Conjunto de Valoración, elaborado por ambos peritos económicos, a fecha 27 de julio de 2023, los montos totales en COP ascenderían a: 16.416.628.853 (Auto 217) y 3.218.389.887 (regalías del hierro)<sup>608</sup>.
779. El 27 de julio de 2023 es la fecha teórica de Laudo, o fecha de valoración, utilizada por los peritos en su Modelo Conjunto de Valoración.

**C. Condena**

780. La Demandante, South32 Investments Limited, empresa matriz de CMSA, es quien solicita el cobro de la indemnización. La Demandada no se ha opuesto, pero sí ha señalado que deben realizarse dos ajustes sobre la cantidad de condena:
781. (i) Ajuste por retención en dividendos: aparentemente, ambos peritos aceptan la hipótesis de que el daño sufrido por South32 Investments Limited por el exceso de regalías pagado por su filial, CMSA, se habría traducido en un menor valor de los dividendos a cobrar.
782. Según la información provista por los peritos<sup>609</sup>, a partir de 2017 Colombia pasó a gravar los dividendos, aplicando una retención en origen del 5% entre 2017 y 2018, del 7,5% en 2019, del 10% entre 2020 y 2022, y del 20% a partir de entonces. Siendo la tasa de retención actual del 20%, la Demandada pide una reducción de la compensación en la misma proporción<sup>610</sup>.
783. Los peritos no han seguido la sugerencia de la Demandada, sino que han aplicado la tasa de retención vigente al momento de pago de cada liquidación de regalía: 5% en 2018 cuando se abonó el Auto 217<sup>611</sup> y 10% entre 2020 – 2022 cuando se pagaron las liquidaciones de regalías por el hierro<sup>612</sup>. El Tribunal Arbitral considera correcto el ajuste calculado por los peritos, para que el monto del daño histórico sea lo más próximo posible a la realidad.
784. De esta forma, los montos del Auto 217 y de las regalías del hierro, ajustados por la tasa de retención, quedan así: COP 15.595.797.410 y COP 2.896.550.898, respectivamente<sup>613</sup>; en total, COP 18.492.348.308.
785. (ii) Ajuste por propiedad: South32 Investments Limited tiene la casi totalidad de la propiedad de CMSA, pero no entera; ambos peritos coinciden en que los montos deben

<sup>608</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Panel de Control.

<sup>609</sup> Visión General Conjunta, para. 12.

<sup>610</sup> Conclusiones Demandada, para. 209.

<sup>611</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Cost 1998-03, Celda L6 es resultado de la siguiente fórmula que incorpora un 5% de retención, destacado en rojo y negrilla:

=IF('Control Panel'!\$E\$58="COP";H6/I6;J6\*K6)\*(1-CHOOSE('Control Panel'!\$D\$71;**0,05**;0))

<sup>612</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Iron 1982-22, Columna P incluye en su fórmula una retención del 10%. Véase, por ejemplo, la fórmula para el I 2020 (Celda P14), con la retención del 10% destacada en rojo y negrilla: =IF('Control Panel'!\$E\$58="COP";N14\*O14;L14/M14)\*(1-CHOOSE('Control Panel'!\$D\$71;**0,1**;0))

<sup>613</sup> Modelo Conjunto de Valoración, Panel de Control.

**Laudo**

reducirse en el 0,06% faltante, es decir, multiplicar los importes por 99,94%<sup>614</sup>. Así, el daño queda reducido a COP 18.481.252.899.

786. La Demandada, que sí se opuso a que los costos históricos se convirtieran a USD, no parece tener objeción a que la condena se cifre en USD.
787. A la fecha teórica de Laudo, el daño de la Demandante queda cifrado en USD 4.519.417, según arroja el Modelo Conjunto de Valoración. Y ésta es la cuantía a cuyo pago ordena este Laudo.

Supuesta prematuridad

788. El Tribunal Arbitral no se olvida de la objeción jurisdiccional de la Demandada, por la cual cualquier condena sería prematura, ya que las Medidas Violatorias enjuiciadas están pendientes de resolución ante tribunales colombianos.
789. La Demandada se basa en *Achmea* y en *BBVA* para sostener su objeción<sup>615</sup>. Pero ninguna de estas citas parece, realmente, relevante:
- En *Achmea* el tribunal arbitral señaló que una reclamación por expropiación en la que la toma no ha ocurrido, resulta prematura<sup>616</sup> – el Tribunal Arbitral tiende a estar de acuerdo, pero en este caso no se discute una violación del APPRI por expropiación;
  - En *BBVA* el tribunal arbitral se refería a una sanción, cuya imposición no juzgó bajo el tratado<sup>617</sup>, se estaba debatiendo en la vía judicial y que, por desconocerse el resultado judicial era una contingencia contable que el tribunal arbitral omitió a la hora de determinar el valor justo de mercado de las participaciones sociales<sup>618</sup>, y así le dio la razón al inversor en que no debía reducir el daño compensable<sup>619</sup>; la relevancia de este caso para los efectos invocados es cuestionable, pues, aunque el laudo parecería reconocer la prematuridad de una reclamación por una sanción cuyo daño no se había materializado, finalmente reconoció que el efecto de la futura sanción no debía afectar negativamente al valor compensable al inversor. En todo caso, esos hechos distan del caso actual, porque el Tribunal Arbitral sí ha resuelto que los Autos 217, 206 y 62 atentan contra el APPRI y, además, CMSA sí ha pagado los montos señalados en dichas resoluciones violatorias.

790. Por tanto, el Tribunal Arbitral constata que el monto que integra la condena es un daño sufrido por CMSA (y, en forma ligeramente reducida, por la Demandante), a

<sup>614</sup> Visión General Conjunta, para. 11.

<sup>615</sup> Conclusiones Demandada, para. 40.

<sup>616</sup> **Doc. RL 50**, *Achmea (Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad)*, para. 236.

<sup>617</sup> **Doc. RL 127**, *BBVA (Laudo)*, para. 651.

<sup>618</sup> **Doc. RL 127**, *BBVA (Laudo)*, paras. 908 y 911.

<sup>619</sup> **Doc. RL 127**, *BBVA (Laudo)*, paras. 651 y 652.

**Laudo**

consecuencia de las Medidas Violatorias del APPRI (Autos 217, 206 y 62 y regalías pagadas sobre el hierro) – no se aprecia, pues, prematuridad en la reclamación.

791. Dicho esto, es cierto que:

- El Auto 217 de la Contraloría está siendo objeto de revisión judicial<sup>620</sup>;
- La reclamación de regalías del hierro contenida en los Autos 206 y 62 de la Agencia Nacional de Minería, fue rechazada en el Laudo Hierro, cuya nulidad está siendo analizada judicialmente<sup>621</sup>.

792. En caso de resultar victoriosa en cualquiera de dichas instancias judiciales, CMSA no podrá pretender obtener una compensación a raíz de las mismas medidas, más allá del 0,06% del importe indemnizatorio, pues el 99,94% de su daño ya le habrá sido compensado a su matriz, South32 Investments Limited, con el pago de la condena de este Laudo. En caso de pretender una compensación ulterior, una vez satisfecha la condena ordenada en este Laudo, la Demandada tendrá siempre la posibilidad de acreditar ante las cortes locales el debido cumplimiento de este Laudo y plantear las defensas que pudieran corresponder.

793. Y, de hecho, así lo ha reconocido la Demandante al señalar que, en caso de obtener la compensación pretendida en este arbitraje, se encontraría plenamente satisfecha (“*such an order would make Claimant whole*”)<sup>622</sup>.

## **2. DAÑOS FUTUROS**

794. La Demandante también solicita una compensación por otros tres grupos de daños:

- Para las Medidas Violatorias que aún no han sido ejecutadas, la Demandante pide su revocación y/o cese (**A.**);
- Para el supuesto en que Colombia no cese y decida continuar con la ejecución de las Medidas Violatorias, así como con la liquidación de regalías del níquel aplicando el precio FOB de la Resolución 293<sup>623</sup> y exigiendo regalías sobre el hierro<sup>624</sup>, solicita una compensación (**B.**);
- Para el caso en que las anteriores indemnizaciones queden mermadas por el efecto de gravámenes tributarios, la Demandante pide una compensación (**C.**).

---

<sup>620</sup> Contestación, para. 250.

<sup>621</sup> Dúplica Jurisdicción, nota al pie 177.

<sup>622</sup> Memorial, para. 266.

<sup>623</sup> Compass Lexecon ER I, para. 54.

<sup>624</sup> Compass Lexecon ER I, para. 61.

**Laudo**

**A. Petición de revocación y/o cese de las Medidas Violatorias**

795. La Demandante solicita al Tribunal Arbitral que ordene a la Agencia Nacional de Minería, a la Contraloría y a la Unidad de Planeación Minero Energética que cesen en cualquier acción que implique una violación del APPRI y, en concreto, que procedan a la revocación de<sup>625</sup>:
- Auto VSC 26 de la Agencia Nacional de Minería;
  - Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería;
  - Petición Cundinamarca de la Agencia Nacional de Minería;
  - Resolución 576 de la Agencia Nacional de Minería y el retiro de toda oposición a los intentos por parte de CMSA de revisar su validez;
  - Auto 63 de la Contraloría.
796. La Demandada se opone a esta petición porque considera que el APPRI no prevé el cese y ausencia de repetición como posibles reparaciones<sup>626</sup>. Y, a falta de pacto al respecto en el APPRI, rige el principio de soberanía estatal, que le impide al Tribunal Arbitral dictar este tipo de órdenes que revocan medidas<sup>627</sup>. Así lo habrían reconocido *Eiser*<sup>628</sup>, *Cube*<sup>629</sup>, *RREEF*<sup>630</sup>, *Masdar*<sup>631</sup>.
797. La Demandante, por su parte, cita *Cairn*<sup>632</sup> que sí contiene una orden de cese; pero la Demandada tacha la cita a *Cairn* de desafortunada, toda vez que es un laudo anulado, en un caso en el que el Estado no se opuso a la orden de cese<sup>633</sup>.
798. El Tribunal Arbitral constata que el punto mayor de preocupación de Colombia consiste en que el Tribunal Arbitral pudiera ordenar la revocación de las medidas. La Demandada rechaza esta posibilidad, apoyándose en toda una serie de laudos que negaron la “restitución” como una acción reparadora adecuada, defendiendo la soberanía estatal a mantener su marco regulatorio como estime adecuado.
799. El caso que nos ocupa es distinto, pues las medidas, cuya revocación o cese pretende la Demandante no son, puramente, actos legislativos. Se trata, fundamentalmente, de medidas que cuantifican la deuda de CMSA por la reapertura de la liquidación de

---

<sup>625</sup> Conclusiones Demandante, para. 261.

<sup>626</sup> Conclusiones Demandada, para. 196.

<sup>627</sup> Conclusiones Demandada, para. 197.

<sup>628</sup> **Doc. RL 66**, *Eiser (Laudo)*, para. 425.

<sup>629</sup> **Doc. RL 75**, *Cube (Decisión Sobre Competencia, Responsabilidad Y Decisión Parcial Sobre Cuantía)*, para. 460.

<sup>630</sup> **Doc. RL 71**, *RREEF (Decisión sobre Responsabilidad y los Principios de la Cuantía)*, para. 473.

<sup>631</sup> **Doc. RL 69**, *Masdar (Laudo)*, para. 562.

<sup>632</sup> Conclusiones Demandante, para. 172.

<sup>633</sup> Conclusiones Demandada, para. 198.

**Laudo**

regalías. A diferencia de los casos citados por la Demandada, no se trata de que el Tribunal Arbitral ordene la revocación de legislación genérica, con efectos sobre terceros. Pero también es cierto que la Resolución 293 podría tener aplicación teórica a terceros productores de níquel.

800. El caso *Cairn* es, en su sustrato fáctico, mucho más cercano al caso presente. Aquel tribunal arbitral ordenó al Estado que neutralizara los efectos de una reclamación tributaria ilegítima, revocándola, y que se abstuviera de perseguir tal reclamación por cualquier otro medio<sup>634</sup>. El que el laudo fuese anulado, tampoco parece ser un punto fuerte, especialmente cuando la Demandada también ha invocado laudos anulados<sup>635</sup>. Dicho esto, es cierto que en *Cairn* el Estado no se opuso a una orden de revocación – así lo reconoce el propio laudo<sup>636</sup> y aquí sí.

801. En vista de lo anterior, el Tribunal Arbitral está dispuesto a mostrar su deferencia por la soberanía de Colombia y a no ordenar la revocación pretendida de las medidas.

802. La Demandante también ha presentado una petición de orden de cese en la ejecución de las medidas que plantea una dificultad adicional.

803. La Demandante se apoya<sup>637</sup> en el art. 30 de los *ILC Articles*<sup>638</sup>:

“Cese y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

(a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;

(b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen”.

804. La Demandada niega que la acción contenida en el art. 30 está disponible para la Demandante; a su entender, sólo resulta aplicable a controversias interestatales, por estar contenida en la Parte Dos de los *ILC Articles*<sup>639</sup>. La Demandada basa su argumentación en el art. 33.1 de los *ILC Articles*:

“1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación”.

<sup>634</sup> **Doc. CLA 99**, *Cairn (Laudo)*, p. 581.

<sup>635</sup> Ver **Doc. RL 50**, *Achmea (Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad)*.

<sup>636</sup> **Doc. CLA 99**, *Cairn (Laudo)*, para. 1871.

<sup>637</sup> Conclusiones Demandante, para. 171.

<sup>638</sup> **Doc. CLA 19**.

<sup>639</sup> Contestación, para. 451.

**Laudo**

805. El Tribunal Arbitral constata que el comentario oficial de los *ILC Articles* parece darle la razón a la Demandada en relación con el art. 28<sup>640</sup>:

“[...] [L]a segunda parte tiene un alcance más limitado. No se aplica a las obligaciones de reparación con respecto a una persona o entidad distinta de un Estado [...]”.

Contra-argumento de la Demandante

806. La Demandante considera que los *ILC Articles* reflejan principios de derecho consuetudinario internacional en cuestiones de responsabilidad de los Estado y así lo han reconocido laudos anteriores y, por tanto, resultan aplicables<sup>641</sup>.

807. Al respecto, el Tribunal Arbitral comprueba que casos como *Quirobax* señalan que las reglas contenidas en la Parte Dos de los *ILC Articles* han servido de guía a muchos tribunales en arbitrajes entre inversor y Estado<sup>642</sup>; y, según *Quirobax* la cuestión determinante es saber si la acción perseguida tendría también valor en una disputa entre un inversor y el Estado<sup>643</sup>.

808. El Tribunal no considera que, en el presente caso, la pretendida orden de cese pueda tener un valor recíproco para el inversor y el Estado: ésta es muy amplia e incluye, no sólo la paralización en la ejecución de resoluciones y autos que contienen reliquidaciones de regalías, sino también el desistimiento de y/o allanamiento en acciones judiciales.

809. El Tribunal Arbitral, no estando llamado a decidir sobre la legalidad de las Medidas Violatorias bajo Derecho local, no ve razón, ni el valor para el Estado, en impedir que las acciones jurisdiccionales, que sí han de resolver sobre tal legalidad, sigan su curso. Por tanto, el Tribunal no considera que la Parte Dos de los *ILC Articles* tenga utilidad en el presente caso.

810. Dicho esto, el Tribunal Arbitral ya ha calificado las Medidas Violatorias como contrarias al APPRI. Como señaló *Glencore*<sup>644</sup> ante una situación similar: al adoptar sus futuras acciones Colombia deberá tomar en consideración lo resuelto por el Tribunal Arbitral respecto a las Medidas Violatorias.

---

<sup>640</sup> CLA-019, pp. 58 – 59. La traducción oficial al español fue obtenida del Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, Volumen II, 2001, Segunda Parte, disponible en: [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf).

<sup>641</sup> Réplica, para. 466.

<sup>642</sup> Doc. CLA 137, *Quirobax (Laudo)*, para. 555.

<sup>643</sup> Doc. CLA 137, *Quirobax (Laudo)*, paras. 559 y 560.

<sup>644</sup> Doc. CLA 96, *Glencore (Laudo)*, para. 1673.

**Laudo**

**B. Compensación por daños futuros**

811. Existen tres grupos de daños que aún no han acontecido y que la Demandante pretende sean indemnizados. Antes de adentrarse en su análisis (**b.**), el Tribunal Arbitral ha de atender la objeción planteada por la Demandada, respecto a la adecuación de este tipo de reclamación indemnizatoria (**a.**).

**a. Objeción**

812. La pretensión compensatoria por daños futuros tiene un valor cercano a los USD 350 M<sup>645</sup>. Pese a su significatividad, no ha sido la cuestión más debatida entre las Partes.

813. La Demandada esboza algunos argumentos para oponerse a esta pretensión indemnizatoria, que el Tribunal Arbitral va a analizar en detenimiento, atendiendo a la relevancia de la pretensión indemnizatoria. El Tribunal Arbitral advierte ya que, para la mayoría de sus miembros, ninguno de dichos argumentos resulta convincente:

814. *Primero*, Colombia resalta que el daño pretendido es totalmente hipotético e incierto; por tanto, la petición indemnizatoria es de todo punto inapropiada y atenta contra la soberanía estatal<sup>646</sup>.

815. El Tribunal Arbitral ha determinado la existencia de unas Medidas Violatorias, que ya cifran las regalías que reclaman<sup>647</sup>. Y el que el Estado ejecute esas Medidas Violatorias es un escenario previsible, a la vista de que el Estado ya ha intentado ejecutar una de ellas (el Auto 576, a través de la Orden de Pago 692<sup>648</sup>) advirtiendo de la posibilidad de “secuestro, avalúo y remate de los bienes” de CMSA<sup>649</sup>, en caso de impago.

816. La mayoría del Tribunal Arbitral considera que todos los elementos necesarios para imputarle responsabilidad al Estado por el daño que cause la ejecución de las Medidas Violatorias están ya contenidos en este Laudo – el nexo causal entre el ilícito internacional y el daño ha quedado establecido.

817. Si Colombia finalmente ejecutare las Medidas Violatorias, se producirá el daño, ya anticipado en el contenido de las Medidas Violatorias. El daño, en ese caso, y una vez ejecutadas las Medidas Violatorias, será cierto.

818. La incertidumbre existente, a día de hoy, sólo afecta a la materialización del daño. Pero, a entender de la mayoría del Tribunal Arbitral, no hay ningún elemento de la cadena

---

<sup>645</sup> USD 73.615.156 por la aplicación del precio FOB de la Resolución 293 en la determinación del precio de referencia (Joint Valuation Model, Control Panel, Forward Looking Damages with Extension) + USD 276 M por la ejecución de las Medidas Violatorias (H 1, p. 199).

<sup>646</sup> Conclusiones Demandada, para. 206.

<sup>647</sup> Excepto la Resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética que determina los precios base de forma retrospectiva.

<sup>648</sup> Doc. C 195.

<sup>649</sup> Doc. C 196, art. 5.

**Laudo**

causal que lleva a ese daño, sobre cuya existencia e imputabilidad el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado ya.

819. La mayoría del Tribunal Arbitral considera que la dificultad que típicamente rodea a las pretensiones de daños futuros radica en que haya elementos de incertidumbre que puedan afectar a la causación del daño y sobre los que el Tribunal Arbitral no haya decidido aún, por desconocerlos. No es el caso aquí en opinión de la mayoría del Tribunal Arbitral, ya que éste ya ha señalado que la reliquidación de regalías practicada en las Medidas Violatorias constituye un ilícito internacional cuyo daño está ya prefijado.
820. El único elemento pendiente de acontecer es que el Estado ejecute las Medidas Violatorias y que CMSA pague la reliquidación correspondiente. Se trata de hechos futuros que, aunque aún no han acaecido, no requieren un nuevo pronunciamiento del tribunal arbitral para saber si integrarán la cadena causal – efectivamente, lo harán.
821. Además, la Demandante ha expresado su preocupación de que, en caso de no acoger la pretensión indemnizatoria, el Tribunal estaría dejando una parcela de la disputa sin resolver<sup>650</sup>. Y la mayoría del Tribunal le da la razón: en una situación así, no tendría sentido forzar al Demandante a comenzar otro arbitraje, para simplemente obtener un laudo que condene a la compensación de ese daño que ya está prefijado, y cuya imputabilidad la mayoría del Tribunal considera ya decidida por el Laudo.
822. La mayoría del Tribunal Arbitral tampoco considera que la reclamación atente contra la soberanía del Estado, pues se trata de una condena pecuniaria, por una cuantía a ser determinada en el futuro.
823. *Segundo*, la Demandada le recrimina a la Demandante no haber aportado precedentes que concedan una petición similar a la ahora reclamada<sup>651</sup>. La Demandada señala que los tres laudos citados por la Demandante<sup>652</sup> simplemente ordenan a los Estados a indemnizar al inversor en caso de que el Estado decidiera gravar impositivamente la compensación ordenada en el laudo. Para la Demandada, el caso actual es distinto, pues se trata de ordenar una indemnidad por daños futuros<sup>653</sup>.
824. El Tribunal Arbitral ha revisado los laudos citados por la Demandante y la mayoría de sus miembros los considera suficientemente relevantes:
- En aquellos casos los tribunales arbitrales ya anticiparon que cualquier gravamen tributario impuesto sobre la compensación ordenada, constituiría una violación de “las obligaciones asumidas en los APPRI”, ya que “la indemnización

---

<sup>650</sup> Memorial, para. 241.

<sup>651</sup> Contestación, para. 508.

<sup>652</sup> **Doc. CLA 96**, *Glencore (Laudo)*; **Doc. CLA 97**, *Opera Fund (Laudo)* y **Doc. CLA 92**, *Tenaris (Laudo)*

<sup>653</sup> Contestación, para. 509.

**Laudo**

efectivamente pagada sería menor a la establecida en [el] laudo”<sup>654</sup>; en este caso, el Tribunal Arbitral ha determinado que las Medidas Violatorias son contrarias al APPRI.

- En aquellos casos existía una incertidumbre respecto a si el daño se materializaría, pues el Estado no había gravado aún la compensación con ningún impuesto; en este caso tampoco hay certeza de que el daño se vaya a materializar, pues las Medidas Violatorias no han sido ejecutadas.
- En aquellos casos, los tribunales arbitrales decidieron ordenar una indemnización futura, por el importe que resultara finalmente, en caso de acontecer el daño; en este caso, la mayoría del Tribunal Arbitral está llamado a hacer lo mismo: si el Estado ejecutara las Medidas Violatorias, deberá indemnizar a la Demandante por el daño que esto le cause.

825. Además, la mayoría del Tribunal Arbitral constata que, si bien la Demandada cuestiona la pertinencia de los laudos invocados por la Demandante, por tratar únicamente la indemnidad fiscal, la propia Demandada no ha citado ningún laudo en el que un tribunal arbitral haya rechazado condenar al pago de indemnidades, una vez determinado el ilícito internacional y establecido el nexo causal – que es el caso aquí presente.

826. A lo sumo, por tanto, la escasez de precedentes indicaría, que la cuestión que plantea aquí la Demandante, sobre la indemnización por un daño futuro, es excepcional.

827. Pero, aunque excepcional, no es única. A los laudos citados por la Demandante se une otro: *Lion*<sup>655</sup> resumido a continuación:

*Lion*

828. *Lion* es un caso de denegación de justicia que llevó a la cancelación indebida de una hipoteca inmobiliaria constituida a favor del inversor. El inversor inició – entre otros – un procedimiento de ejecución hipotecaria del que se vio obligado a desistir para poder comenzar el arbitraje de inversión; ese desistimiento implicaría, previsiblemente, tener que asumir unos cargos legales a los que aún no había sido condenado. El tribunal arbitral consideró que, de no haber incurrido el Estado en un ilícito, el inversor no se habría visto forzado a comenzar ese procedimiento judicial, ni a desistir de él para poder acudir a arbitraje y, por tanto, entendió que los cargos legales a cuyo pago fuera ordenado en el futuro sí debían integrar la indemnización a percibir<sup>656</sup>:

---

<sup>654</sup> **Doc. CLA 92**, *Tenaris (Laudo)*, para. 789; véase también **Doc. CLA 96**, *Glencore (Laudo)*, para. 1630 y **Doc. CLA 97**, *Opera Fund (Laudo)*, para. 746.

<sup>655</sup> *Lion (Laudo)*.

<sup>656</sup> *Lion (Laudo)*, para. 838.

**Laudo**

“La reparación integral requiere que México asuma la obligación de reembolsar a Lion dichos [Cargos] Legales, en el monto que finalmente establezcan los tribunales mexicanos y que efectivamente pague Lion al Deudor”.

829. La mayoría del Tribunal considera que, en aquel caso, al igual que en éste, el tribunal arbitral no tuvo reparo en ordenar la indemnización por un daño futuro, proveniente de una decisión pendiente de ordenación, que ni había sido cuantificado ni se había materializado, pues bastaba con haber determinado que sería consecuencia de un ilícito internacional imputable al Estado.
830. *Tercero*, Colombia señala, también, que cualquier daño futuro lo sufrirá CMSA y no la Demandante<sup>657</sup>.
831. La mayoría del Tribunal Arbitral no comparte esta crítica: todas las medidas analizadas por el Tribunal Arbitral en los capítulos pasados – hayan sido ya ejecutadas y así constitutivas de un daño ya materializado, o estén aún por ejecutar – afectaban monetariamente a CMSA. El daño causado (o por causar) a la Demandante se produce a través de su participación accionarial en CMSA. Pero la Demandada no ha cuestionado que la Demandante careciera de acción por ese daño reflejo. No hay razón, por tanto, para negarlo respecto al daño futuro.
832. *Finalmente*, la República arguye que la petición indemnizatoria podría resultar duplicativa, pues algunas de las Medidas Violatorias se solapan entre sí en su ámbito<sup>658</sup>.
833. El Tribunal Arbitral no considera que exista un riesgo de duplicidad en la compensación que la Demandante podría obtener por daños futuros. Si bien es cierto que las Medidas Violatorias se solapan – en todo o en parte, entre sí – en una o más de las cuatro materias discutidas (a saber: tasa aplicable y porcentaje de deducción de costos, precio de referencia, costos deducibles y regalía del hierro), es el Estado colombiano quien debe velar por no gravar doblemente por el mismo concepto. Si el Estado, no obstante, gravara por duplicado, la Demandante tendría derecho a una doble indemnidad, pues el daño sería también doble.

**b. Daños futuros**

834. La Demandante solicita una compensación por daños futuros, con devengo de intereses<sup>659</sup>.
835. Esta reclamación de daños futuros atañe a dos tipos de daños:

---

<sup>657</sup> Dúplica, para. 585.

<sup>658</sup> Contestación, para. 510.

<sup>659</sup> Conclusiones Demandante, para. 261. Nótese que la Demandante solicitaba también una orden de pago como consecuencia de la ejecución de la metodología de precio contenida en la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería que, al no hacer parte de las Medidas Violatorias, decae.

**Laudo**

- El primero es el daño que surgirá si Colombia continúa calculando las regalías del níquel aplicando la fórmula del precio FOB contenida en la Resolución 293, y requiriendo regalías sobre el hierro que cifra en USD 73.570.987 (i);
  - El segundo es el daño que surgirá si Colombia no cesa en la ejecución de las Medidas Violatorias y condena a CMSA a los pagos previstos en dichas Medidas Violatorias (ii);
836. (i) La mayoría del Tribunal Arbitral ya ha rechazado que el desarrollo del precio FOB contenido en la Resolución 293 constituya un ilícito internacional; por tanto, esa categoría de supuestos daños futuros no puede ser indemnizable según el parecer mayoritario.
837. Respecto a la reclamación de regalías sobre el hierro, el Tribunal Arbitral sí ha declarado que constituye una vulneración del APPRI. Pero, en la medida en que el daño aún no ha ocurrido, el Tribunal Arbitral no puede ordenar a la Demandada que proceda inmediatamente a su pago. La mayoría del Tribunal Arbitral considera, sin embargo, que puede reconocer que, cuando el daño ocurra porque CMSA pague regalías sobre el hierro, el Estado tendrá una obligación de compensar a la Demandante por el daño sufrido.
838. (ii) Cuando el Estado ejecute las Medidas Violatorias y, a raíz de ello, CMSA abone nuevas liquidaciones de regalías, la mayoría del Tribunal Arbitral entiende que el Estado deberá compensar a la Demandante por el daño sufrido.
839. Por tanto, el Tribunal Arbitral, por mayoría, ordena a Colombia a que mantenga a South32 Investments Limited indemne de cualquier daño que pudiera sufrir como consecuencia de que CMSA pague regalías sobre el hierro y/o reliquidaciones de regalías del níquel contenidas en cualquiera de las Medidas Violatorias.
840. El daño sufrido por CMSA no se traduce en un daño íntegro a la Demandante. La Demandada ya ha señalado que el daño de la Demandante se ve reducido tanto por el porcentaje con que el Estado grava la renta fruto de dividendos, como por el porcentaje de titularidad al que le falta un 0,06% para ser completo. El Tribunal Arbitral preguntó específicamente en la Audiencia cuáles eran los ajustes necesarios para traducir el daño de CMSA en el daño reflejo del inversor<sup>660</sup>, pero ninguno de los peritos señaló otros ajustes.
841. La mayoría del Tribunal Arbitral ordena que las indemnizaciones se habrán de calcular, por tanto, de la siguiente forma:
842. *Primero*, el importe pagado por CMSA en ejecución de una Medida Violatoria:

---

<sup>660</sup> HT-BL, Día 2, p. 193, ll. 4-22, p. 194, ll. 1-2.

**Laudo**

- Se convertirá a USD;
  - Se reducirá en el porcentaje con que el Estado grave la renta obtenida a través de dividendos;
  - Se multiplicará por 99,94% (el porcentaje de propiedad que detenta South32 Investments Limited en CMSA).
843. En el caso de la regalía sobre el hierro, además, y como ya se vio al analizar el daño histórico, CMSA lo contabilizó como un gasto, lo que llevó a una minoración del impuesto sobre la renta que ahora debía deducirse de la compensación a percibir<sup>661</sup>. Por lo tanto, en la medida en los abonos futuros de regalías del hierro lleven a una rebaja del impuesto sobre la renta, ese importe deberá ser reducido, en primer lugar, en el porcentaje aplicable de impuesto sobre la renta. Una vez obtenido el importe neto del efecto fiscal, se procederá a su conversión a USD y a la reducción por gravamen de dividendos y por titularidad.
844. *Segundo*, el monto resultante devengará intereses que se cuantificarán en la forma señalada en la sección V.3.2 *infra*.

**C. Compensación por gravamen fiscal**

845. La Demandante solicita que el Tribunal Arbitral declare que la condena al pago que haga el Laudo será libre de impuestos colombianos, y que Colombia no puede deducir importes de la compensación a cuyo pago es condenada, a cuenta de la deducción de impuestos. Y, en caso contrario, que el Tribunal Arbitral mantenga a la Demandante indemne por cualquier impuesto con que el Estado colombiano pudiera gravar la compensación obtenida.
846. La petición pretende evitar que Colombia grave la compensación abonada, de forma adicional a los impuestos actualmente existentes y que han sido ya tomados en cuenta a la hora de cuantificar la indemnización. *Pro memoria*, las cuantías ya son netas del impuesto que grava la obtención de dividendos – se trata del único impuesto colombiano, identificado por los peritos económicos, que, a día de hoy, resulta relevante.
847. Al haber ordenado a Colombia el pago de indemnizaciones netas de ese impuesto, *de facto*, Colombia está gravando tributariamente la compensación debida, con el único tributo que resulta, actualmente, vigente.
848. La Demandante pretende evitar que Colombia extienda sus facultades recaudatorias más allá de ese tributo, ya aplicado. Y el Tribunal Arbitral está de acuerdo con la

---

<sup>661</sup> Ver para. 772 *supra*.

**Laudo**

Demandante en que no sería correcto hacerlo, sin compensar de nuevo al inversor por ello.

849. El APPRI señala en su art. VI.4, dedicado a la compensación debida por expropiación (no hay razones para dudar de que este compromiso no se extienda a compensaciones debidas por cualquiera otra violación del APPRI) que la compensación debe materializarse de forma íntegra (*fully realisable*). Colombia, por lo tanto, se comprometió a abonar una indemnización completa.
850. El Tribunal Arbitral considera que, si el Estado pudiera gravar libremente la compensación que ha de embolsarse la Demandante, se estaría frustrando el requisito de compensación íntegra. Para asegurar la compensación completa y efectiva, las cantidades a cuyo pago ordena este Laudo deben considerarse netas de ulteriores gravámenes fiscales colombianos.
851. A su vez, la Demandante pide ser mantenida indemne por cualquier responsabilidad fiscal que pudiera surgir en el Reino Unido, por doble imposición, a raíz de las Medidas Violatorias.
852. Esta petición, sin embargo, es distinta. El que la compensación recibida a raíz de este Laudo quede gravada en el Reino Unido excede a la jurisdicción de este Tribunal Arbitral y no puede generar responsabilidad de Colombia. Así lo entendió también *Glencore*<sup>662</sup> y *Opera Fund*<sup>663</sup> – dos decisiones en las que se basa la propia Demandante<sup>664</sup>.

### **V.3. COSTAS E INTERESES POST-LAUDO**

#### **1. COSTES DEL ARBITRAJE**

853. En esta sección del Laudo, el Tribunal Arbitral establecerá y asignará los costes de este arbitraje [**Costes del Arbitraje**]. El Tribunal Arbitral determinará primero las reglas aplicables, así como cada categoría de Costes del Arbitraje (**1.1.**): los honorarios y gastos de los árbitros y del CIADI y los gastos incurridos por las Partes para su defensa en el arbitraje. A continuación, el Tribunal Arbitral resumirá brevemente las pretensiones de las Partes respecto a los Costes del Arbitraje (**1.2.**). Finalmente, el Tribunal Arbitral asignará los Costes del Arbitraje según corresponda (**1.3.**).

#### **1.1. REGLAS APLICABLES**

<sup>662</sup> **Doc. CLA 96**, *Glencore (Laudo)*, paras. 1625 *et seq.*

<sup>663</sup> **Doc. CLA 97**, *Opera Fund (Laudo)*, para. 705.

<sup>664</sup> Conclusiones Demandante, para. 178.

**Laudo**

854. El art. 61.2 del Convenio del CIADI y la Regla 28.1 de las Reglas de Arbitraje regulan la determinación y asignación de costas.

855. El art. 61.2 del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

“El Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

856. La Regla 28.1 de las Reglas de Arbitraje estipula lo siguiente:

“Sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de las costas procesales, el Tribunal podrá decidir, salvo que las partes convengan en otra cosa:

(a) en cualquier etapa del procedimiento, que parte de los honorarios y gastos del Tribunal y de los derechos por el uso de los servicios del Centro pagará cada una, de conformidad con lo dispuesto por la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero;

(b) respecto de cualquier parte del procedimiento, que los costos pertinentes (según los determine el Secretario General) los sufrague íntegramente, o en una parte determinada, una de las partes”.

857. Los Costes del Arbitraje incluyen:

- Los honorarios y los gastos de los árbitros y los honorarios y gastos administrativos del CIADI [**“Costes Administrativos”**] (A.); y
- Los gastos razonables incurridos por las Partes para su defensa en el arbitraje [**“Gastos de Defensa”**] (B.).

**A. Costes Administrativos**

858. El art. 60 del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

“(1) Cada Comisión o Tribunal determinará, previa consulta al Secretario General, los honorarios y gastos de sus miembros, dentro de los límites que periódicamente establezca el Consejo Administrativo.

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (1) de este Artículo, las partes podrán acordar anticipadamente con la Comisión o el Tribunal la fijación de los honorarios y gastos de sus miembros”.

**Laudo**

859. En este sentido, la Resolución Procesal n.º 1 estableció que<sup>665</sup>:

“3.1 Los honorarios y gastos de cada miembro del Tribunal se determinarán y pagarán de acuerdo con el Baremo de Honorarios del CIADI y el Memorándum de Honorarios y Gastos de los Árbitros CIADI, en vigor al momento en que se devengaron los honorarios e incurrieron los gastos.

3.2 De acuerdo con el Baremo de Honorarios actual, cada miembro del Tribunal recibe:

3.2.1 USD 3.000 por cada día de reunión u ocho horas de trabajo realizado con relación al procedimiento, o el importe prorrateado; y

3.2.2 Viáticos, reembolso de gastos de transporte y otros gastos, según la Regulación Administrativa y Financiera del CIADI número 14”.

860. Memorando de Honorarios y Gastos cambió el 1 de julio de 2022 [el “**Memorando de Honorarios**”]. El Memorando de Honorarios establece lo siguiente:

“1. Todo miembro recibe un honorario de US\$500 por cada hora de trabajo realizado en asuntos relacionados con el procedimiento, incluyendo cada hora de audiencias, sesiones y reuniones.

2. Cuando realicen viajes que tengan como propósito asistir a audiencias, sesiones o reuniones celebradas fuera de la ciudad de residencia del miembro, éste último recibe un honorario de US\$250 por cada hora de viaje hacia y desde el lugar en el que se celebre la audiencia, sesión o reunión, sea por aire o por tierra. Cualquier reclamo por dicho honorario se calculará en función del tiempo empleado en tránsito, según lo acredite por el boleto correspondiente.

3. Cualquier trabajo realizado durante el viaje podrá cobrarse al valor de la tarifa por hora de trabajo (US\$500) en lugar de la tarifa por hora de viaje (US\$250)”.

861. Además de las disposiciones anteriores, el Memorando de Honorarios trata la asignación *per diem* (apartado II), los gastos de viaje (apartado III) y los otros gastos reembolsables (apartado IV).

---

<sup>665</sup> “3.1 The fees and expenses of each Tribunal Member shall be determined and paid in accordance with the ICSID Schedule of Fees and the Memorandum on Fees and Expenses of ICSID Arbitrators in force at the time the fees and expenses are incurred.

3.2 Under the current Schedule of Fees, each Tribunal Member receives:

3.2.1 US\$3,000 for each day of meetings or each eight hours of other work performed in connection with the proceedings or pro rata; and

3.2.2 Subsistence allowances, reimbursement of travel, and other expenses pursuant to ICSID Administrative and Financial Regulation.” Traducción libre del Tribunal Arbitral.

**Laudo**

862. Asimismo, la Regla 47.1.j de las Reglas de Arbitraje establece que el Laudo debe contener “una decisión del Tribunal sobre las costas procesales”.

863. De conformidad con lo expuesto anteriormente, los honorarios devengados y gastos incurridos del Tribunal Arbitral y la Asistente del Tribunal han sido los siguientes:

	<b>Honorarios (USD)</b>	<b>Gastos (USD)</b>
<b>Guido Tawil</b>	201.975,00	11.855,45
<b>Andrés Jana</b>	240.375,00	8.757,85
<b>Deva Villanúa</b>	424.000,00	25.575,91 <sup>666</sup>
<b>Francisca Seara Cardoso</b>		8.364,81
<b>Total</b>	866.350,00	54.554,02

864. Finalmente, los honorarios y gastos del CIADI son los siguientes:

	<b>Cargos administrativos (USD)</b>	<b>Gastos directos (USD)</b>
<b>CIADI</b>	220.000,00	82.745,75

865. En total, los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los honorarios y gastos del CIADI, de conformidad con las disposiciones anteriores ascienden a USD 1.223.649,77.

866. De acuerdo con lo establecido en la Resolución Procesal n.º 1, las Partes realizaron un depósito inicial de USD 400.000 (USD 200.000 cada Parte)<sup>667</sup>. Esta cantidad se suma a los USD 25.000 en concepto de derecho de registro abonados por la Demandante al inicio del procedimiento. Durante el curso del procedimiento, las Partes realizaron depósitos adicionales de USD 500.000, USD 200.000 y USD 300.000, respectivamente<sup>668</sup>; estos montos fueron pagados por mitades entre las Partes. La

<sup>666</sup> Los gastos de la Presidenta del Tribunal Arbitral incluyen los costos de la traducción del Laudo al inglés, que ascendieron a USD 11.600.

<sup>667</sup> Carta a las Partes de 17 de noviembre de 2020.

<sup>668</sup> Carta a las Partes de 19 de marzo de 2024.

**Laudo**

totalidad de los Costes Administrativos se halla cubierta por los depósitos realizados por las Partes. En total, el monto incurrido por cada una de las Partes fue de USD 611.824.89 de la Demandante y USD 611.824.89 de la Demandada. El CIADI reembolsará a las Partes el monto restante en la cuenta en proporción de los pagos que ellas hayan realizado. El estado financiero final del caso será enviado a las Partes por separado.

**B. Gastos de Defensa**

867. El 25 de agosto de 2023 las Partes presentaron sus Escritos de Costes [las “**Costes Demandante**” y “**Costes Demandada**”].

868. La Demandante presentó el siguiente desglose de sus costes legales y otros:

	(USD)
Honorarios de abogados	6.286.658,09
Honorarios de expertos	1.587.663,97
Otros gastos	298.371,63
Anticipos al CIADI	725.000 <sup>669</sup>
<b>Total</b>	<b>8.897.693,69</b>

869. A su vez, la Demandada declaró haber incurrido en los siguientes costes legales y otros:

	(USD)
Honorarios de abogados	2.701.300
Honorarios y gastos de expertos	595.000

<sup>669</sup> El Tribunal Arbitral ha incluido el monto actualizado de los Anticipos al CIADI, atendiendo a los pagos de los depósitos adicionales hechos por South32 después de la presentación de los Costes Demandante. El monto total también se verá incrementado por dicha actualización.

**Laudo**

---

Otros gastos	N/A
Anticipos al CIADI	700.000 <sup>670</sup>
<b>Total</b>	<b>3,996,300</b>

---

870. Asimismo, la Demandada declaró los siguientes gastos adicionales en COP:

(COP)

---

Honorarios de abogados	279.890.431
Honorarios y gastos de expertos	N/A
Otros gastos	12.132.826,47
<b>Total</b>	<b>292.023.257,47</b>

---

**1.2. PETICIONES DE LAS PARTES**

871. Ambas Partes han solicitado la condena en costas de la contraparte.

872. La Demandante la ha formulado de la siguiente forma<sup>671</sup>:

“La Demandante solicita respetuosamente que el Tribunal condene a Colombia al pago de la totalidad de las costas de la Demandante. La Demandante solicita el reembolso de los siguientes costos:

(a) los anticipos pagados por los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los honorarios administrativos del CIADI;

(b) los honorarios legales de los abogados de la Demandante en este arbitraje, a saber, Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Dechamps International Law y Posse Herrera Ruiz, y los desembolsos asociados;

---

<sup>670</sup> El Tribunal Arbitral ha incluido el monto actualizado de los Anticipos al CIADI, atendiendo a los pagos de los depósitos adicionales hechos por Colombia después de la presentación de los Costes Demandada. El monto total también se verá incrementado por dicha actualización.

<sup>671</sup> Costas Demandante, para. 1. Traducción libre del Tribunal Arbitral.

**Laudo**

(c) los honorarios y gastos de los peritos independientes de la Demandante, Compass Lexecon;

(d) los honorarios y gastos de los consultores que prestaron servicios de audiencia a la Demandante, a saber, los consultores de FTI Consulting, Inc (que prestaron servicios de trial director durante la audiencia) y Evoke Legal, LLC (que prestaron servicios de presentación gráfica visual); y

(e) los gastos de viaje y otros gastos incurridos por los testigos de la Demandante y los representantes de las partes”.

873. La Demandada, por su parte, ha formulado la siguiente solicitud<sup>672</sup>:

“En todo caso, condene a la Demandante a pagar todas las costas y gastos de este procedimiento arbitral, más intereses previos y posteriores al laudo hasta la fecha del pago”.

### **1.3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

874. El art. IX.12 del APPRI señala que:

“Antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el tribunal deberá, si lo considera necesario y apropiado según las circunstancias, decidir las cuestiones preliminares de competencia y admisibilidad. Al decidir sobre cualquier objeción del demandado, el tribunal deberá pronunciarse sobre los costos legales y los costos de arbitraje en que se haya incurrido durante los procedimientos teniendo en cuenta si la objeción prosperó o no. El Tribunal deberá considerar si la reclamación del demandante o la objeción del demandado es frívola o temeraria, y deberá dar a las partes contendientes oportunidad razonable para comentarios. En el evento en que una reclamación sea frívola o temeraria el Tribunal deberá condenar en costas a la parte demandante.”

875. Más allá de las anteriores pautas, el Tribunal Arbitral goza de discrecionalidad a la hora de determinar cómo han de repartirse los Costes del Arbitraje.

876. El Tribunal Arbitral constata que las objeciones jurisdiccionales planteadas por la Demandada fueron rechazadas y que las pretensiones de fondo de la Demandante fueron parcialmente aceptadas. En vista de esto, la mayoría del Tribunal Arbitral considera que la Demandada debe ser condenada al pago de costas, para que la Demandante obtenga un resarcimiento oportuno.

877. Tomando globalmente en cuenta el esfuerzo alegatorio y probatorio realizado por las Partes, la utilidad práctica de dicho esfuerzo, y la victoria relativa de la Demandante, así como el hecho de que ninguna de las reclamaciones u objeciones pueda tacharse de frívola o constitutiva de un abuso de proceso, la mayoría del Tribunal Arbitral

---

<sup>672</sup> Conclusiones Demandada, para 211(d).

**Laudo**

considera que la Demandada debe acarrear con USD 5.050.000 en concepto de Costes del Arbitraje.

878. La anterior cifra surge de considerar que, con relación a los Gastos de Defensa:
- La Demandante resultó enteramente victoriosa frente a las objeciones jurisdiccionales planteadas por la Demandada; la mayoría del Tribunal Arbitral ha decidido compensarla en USD 1.000.000 por ello;
  - En cuestiones de fondo, la Demandante ha persuadido a todos los miembros del Tribunal Arbitral respecto a la existencia de Medidas Violatorias, contrarias a el art. II.3 del APPRI, pero no así sobre la ilicitud del desarrollo normativo del precio FOB contenido en la Resolución 293 y ejecutado a través de resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética; la mayoría del Tribunal Arbitral ha considerado que una compensación de USD 3.300.000 debe ser suficiente para cubrir el trabajo realizado en las cuestiones en que ha prevalecido;
  - Finalmente, en lo que respecta al resarcimiento, el Tribunal Arbitral constata que:
    - (i) dentro de los daños históricos, la práctica totalidad se debía al desarrollo del precio FOB contenido en la Resolución 293 y en las resoluciones de la Unidad de Planeación Minero Energética – y estos daños los ha rechazado por mayoría;
    - (ii) también ha desestimado la petición de revocación y cese de las Medidas Violatorias; y
    - (iii) aunque la mayoría del Tribunal Arbitral ha aceptado ordenar que la Demandante sea mantenida indemne respecto a los daños futuros, por mayoría ha excluido de éstos los relacionados con el precio FOB, que supone algo más de un tercio de dichos daños futuros; la mayoría del Tribunal Arbitral decide que la Demandante sea compensada en USD 300.000 por ello.
879. Nótese que la cuantía resultante es cercana a la desembolsada por la Demandada en su defensa. Un dato que viene a reforzar – sin con ello ser determinante – la razonabilidad del importe al que ha arribado la mayoría del Tribunal Arbitral.
880. En cuanto a los USD 725.000 que la Demandante ha desembolsado ante el CIADI como Costes Administrativos y, atendiendo a que, globalmente, la Demandante ha resultado ganadora, la mayoría del Tribunal Arbitral ordena a la Demandada a que asuma USD 450.000 y compense a la Demandante en esa cantidad.
881. Queda una única cuestión pendiente: determinar si en el ejercicio de exhibición documental el Tribunal Arbitral ha advertido alguna razón que lo pudiera llevar a considerar que una Parte debiera indemnizar a la otra por los gastos incurridos durante tal ejercicio. No es así: el comportamiento desplegado por las Partes fue muy parejo y correcto.

**Laudo**

**2. INTERESES**

882. La Demandante solicita que las cuantías a cuyo pago ordene este Laudo devenguen intereses<sup>673</sup> – una petición a la que la Demandada no se ha opuesto.
883. Las fechas e importes, relevantes para el devengo serán:
- El 23 de julio de 2023 hasta la fecha de pago a South32 Investments Limited, respecto a un principal de USD 4.519.417;
  - El 21 de junio de 2024 hasta la fecha de pago a South32 Investments Limited, respecto a un principal de USD 5.050.000;
  - La fecha en que CMSA desembolse cualquier cantidad reclamada en las Medidas Violatorias aún no ejecutadas y por regalías del hierro, hasta que Colombia pague a South32 Investments Limited aquella cantidad convertida a USD, deducida la retención por dividendos, y multiplicada por 99,96% – siendo este importe el principal sobre el que se devengarán intereses.
884. La cuestión debatida entre las Partes es el tipo de interés aplicable. La Demandante sugiere que sea el WACC de CMSA capitalizado semestralmente<sup>674</sup>. La Demandada, al comentar sobre el tipo de interés de capitalización, muestra su preferencia por la media anual del *U.S. Prime rate* aumentada en un 2%<sup>675</sup>.
885. El Tribunal Arbitral considera que el WACC de CMSA es irrelevante a la hora de compensar el riesgo de impago de una deuda contraída por Colombia con South32 Investments Limited (y no con CMSA). Así las cosas, se decanta por la opción barajada por la Demandada que, si bien fue ofrecida por ésta para el cálculo de la capitalización del daño histórico cifrado en USD, el Tribunal Arbitral no ve razones por las que no pudiera ser igualmente adecuada para calcular el interés post-laudo.
886. La forma de cálculo, con capitalización semestral, que sugiere la Demandada, también parece correcta.

---

<sup>673</sup> Conclusiones Demandante, para. 261.

<sup>674</sup> Conclusiones Demandante, para. 261.

<sup>675</sup> Visión General Conjunta, para. 25.

**Laudo**

**VI. DECISIÓN**

887. Por todas las razones expuestas, el Tribunal Arbitral:

1. Por unanimidad, declara la jurisdicción y competencia del Tribunal Arbitral para conocer de la presente disputa.
2. Por unanimidad, declara que Colombia ha incumplido el art. II.3 del APPRI.
3. Por mayoría, ordena a Colombia a:
  - (i) Mantener a South32 SA Investments Limited indemne en USD por el porcentaje que resulte de deducir la retención sobre dividendos vigente y multiplicar el porcentaje de propiedad sobre Cerro Matoso S.A. detentado por South32 SA Investments Limited, sobre el importe que Cerro Matoso S.A. pague, en ejecución de:
    - resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética, en aplicación de los arts. 8 y 9 de la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería;
    - Auto VSC 26;
    - Petición Cundinamarca;
    - Resolución 576;
    - Auto 63.
  - (ii) Mantener a South32 SA Investments Limited indemne en USD por el porcentaje que resulte de deducir el beneficio fiscal obtenido del pago de las regalías sobre el hierro, la retención sobre dividendos vigente y multiplicar el porcentaje de propiedad sobre Cerro Matoso S.A. detentado por South32 SA Investments Limited, sobre el importe que Cerro Matoso S.A. pague por las liquidaciones de regalías sobre el hierro.
4. Por unanimidad, ordena a Colombia a pagar a South32 SA Investments Limited USD 4.519.417.
5. Por mayoría, ordena a Colombia a pagar a South32 SA Investments Limited USD 5.050.000 en concepto de Costes del Arbitraje.
6. Por unanimidad, ordena pagar intereses a un tipo equivalente a la media anual del *U.S. Prime rate* aumentado en un 2%, capitalizado semestralmente, sobre:

**Laudo**

- USD 4.519.417, devengándose desde el 23 de julio de 2023 hasta la fecha de pago efectivo;
7. Por mayoría, ordena pagar intereses a un tipo equivalente a la media anual del *U.S. Prime rate* aumentado en un 2%, capitalizado semestralmente, sobre:
    - La cantidad que resulte de los apartados 3.(i) y (ii) *supra*, desde la fecha en que Cerro Matoso S.A. abone la liquidación hasta la fecha de pago efectivo por parte de Colombia;
    - USD 5.050.000 desde el 21 de junio de 2024 hasta la fecha de pago efectivo.
  8. Por unanimidad, declara que la condena al pago contenida en el párrafo 887(4) de este Laudo ha de entenderse neta de impuestos con los que Colombia pudiera gravar la compensación obtenida por South32 SA Investments Limited y ordena a Colombia a mantener a South32 SA Investments Limited indemne respecto de cualquier gravamen fiscal que Colombia pudiera imponer sobre la compensación ordenada.
  9. Por mayoría, declara que cualquier otro pago ordenado en este Laudo aparte de la condena de pago contenida en el párrafo 887(4) de este Laudo ha de entenderse neta de impuestos con los que Colombia pudiera gravar la compensación obtenida por South32 SA Investments Limited y ordena a Colombia a mantener a South32 SA Investments Limited indemne respecto de cualquier gravamen fiscal que Colombia pudiera imponer sobre la compensación ordenada.
  10. Por mayoría, rechaza cualquier otra pretensión.

\* \* \*

**Laudo**

**[Página de firmas a continuación]**

**Laudo**

[Firmado]

---

Prof. Dr. Guido S. Tawil  
Árbitro

*Sujeto a la disidencia parcial contenida en las  
notas al pie de página 233 y 279*

Fecha: 7 de junio de 2024

---

Prof. Andrés Jana Linetzky  
Árbitro

*Sujeto a la opinión disidente adjunta*

Fecha:

---

Sra. Deva Villanúa  
Presidenta del Tribunal

Fecha:

**Laudo**

[Firmado]

---

Prof. Dr. Guido S. Tawil  
Árbitro

*Sujeto a la disidencia parcial contenida en las  
notas al pie de página 233 y 279*

Fecha:

---

Prof. Andrés Jana Linetzky  
Árbitro

*Sujeto a la opinión disidente adjunta*

Fecha: 10 de junio de 2024

---

Sra. Deva Villanúa  
Presidenta del Tribunal

Fecha:

**Laudo**

---

Prof. Dr. Guido S. Tawil

Árbitro

*Sujeto a la disidencia parcial contenida en las  
notas al pie de página 233 y 279*

Fecha:

---

Prof. Andrés Jana Linetzky

Árbitro

*Sujeto a la opinión disidente adjunta*

Fecha:

[Firmado]

---

Sra. Deva Villanúa  
Presidenta del Tribunal

Fecha: 7 de junio de 2024

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

En el procedimiento de arbitraje entre

**SOUTH32 SA INVESTMENTS LIMITED**

Demandante

y

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

Demandada

**CASO CIADI No. ARB/20/9**

---

**OPINIÓN DISIDENTE DEL ÁRBITRO  
ANDRÉS JANA LINETZKY**

---

*Fecha de envío a las partes: 21 de junio de 2024.*

# ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	LA DISPUTA .....	1
III.	OPINIÓN DISIDENTE RESPECTO A LA SOLICITUD DE DAÑOS FUTUROS CONTINGENTES.....	2
III.1	AUSENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES PARA ORDENAR DAÑOS FUTUROS .....	5
a.	Los daños futuros solicitados por la Demandante son inciertos e hipotéticos. Su otorgamiento no es consistente con los términos del Tratado y los principios aplicables a la compensación de daños .....	5
i.	La solicitud de daños futuros contingentes de la Demandante carece de los elementos esenciales para otorgar una compensación bajo el derecho aplicable a daños económicos .....	5
ii.	Una orden de compensación futura de daños que no se han materializado no se condice con los términos expresos del Tratado .....	8
iii.	El caso de la Demandante radica en una solicitud de compensación por pérdidas reflejas, lo que aumenta la incertidumbre respecto a la existencia de los daños .....	9
b.	No existe fundamento legal para la orden de <i>indemnity</i> que reclama la Demandante ni precedentes sobre su otorgamiento .....	11
III.2	AFECTACIONES DE ÍNDOLE SISTÉMICA.....	13
IV.	OPINIÓN DISIDENTE SOBRE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS QUE PUEDEN COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO.....	16

## **I. INTRODUCCIÓN**

1. Concurro con la Mayoría en gran parte de las conclusiones reflejadas en el Laudo. Sin embargo, a mi pesar y muy respetuosamente, no puedo compartir la decisión de mis colegas de otorgar un *indemnity* por daños futuros. Dicha decisión constituye el desacuerdo crítico que me divide de la Mayoría y por el que me he visto obligado a emitir esta opinión disidente parcial de conformidad con el Artículo 48(4) del Convenio del CIADI.
2. Esta opinión se centra en fundamentar mi disidencia respecto a la orden del Laudo que otorga una *indemnity* a la Demandante, lo que se examina en la sección III de esta opinión. Aunado a mi desacuerdo con este último asunto y pese a que coincido con la Mayoría en el dispositivo final que declara que la Demandada ha incumplido el Artículo II.3 del Tratado, hago presente que no comparto algunas de las razones en las que la Mayoría fundamenta esta conclusión, como mencionaré en la sección IV de esta opinión.

## **II. LA DISPUTA**

3. A efecto de permitir un mejor entendimiento de mi posición, resumo aquí la disputa subyacente entre las Partes, solamente en lo relevante a los efectos de esta opinión.
4. La presente disputa está relacionada con la participación indirecta de South32 SA Investments Limited, la Demandante, en la compañía colombiana, Cerro Matoso S.A. (“CMSA”) que opera y ha operado una mina de níquel en el norte de Colombia (el “Proyecto Cerro Matoso”), sobre la base de tres contratos de concesión (los “Contratos”).<sup>1</sup> Dos de dichos contratos ya han llegado a su término. CMSA continúa actualmente operando el Proyecto Cerro Matoso bajo los términos del tercer contrato.
5. Bajo los Contratos, CMSA ha pagado y deberá seguir pagando ciertas regalías sobre los recursos minerales explotados. El monto por desembolsar por CMSA producto de dichas regalías, de manera histórica y hacia el futuro, es objeto de debate ante cortes, autoridades administrativas y tribunales de arbitraje locales colombianos y ante el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje de inversiones. Asimismo, los minerales que deben ser objeto de dichas regalías,<sup>2</sup> y la interpretación y aplicación de los marcos legales aplicables al cálculo de estas, se encuentran en disputa entre las Partes en este arbitraje.
6. La Demandante ha alegado que ciertas acciones de las autoridades y entidades colombianas al aplicar, revisar y fiscalizar la liquidación de los Contratos y pago de las regalías

---

<sup>1</sup> Los Contratos comprenden el (i) Contrato de Concesión 866 de 1963 (C-0007); (ii) el Contrato de Concesión 1727 de 1971 (C-0009); y (iii) el Contrato de Exploración y Explotación 051-96M de 1996 (C-0017). Véase también Contrato Adicional al Contrato de Concesión 866, 22 de julio de 1970 (C-0008); Acuerdo entre CMSA y el Ministerio de Minas y Energía, 5 de agosto de 1985 (C-0013); Modificación al Contrato de Concesión 866, 22 de julio de 2005 (C-0020); Modificación al Contrato de concesión 1727, 22 de julio de 2005 (C-0021); Acuerdo entre CMSA y Ingeominas de 30 de agosto de 2011 (C-0022); Otrosí al Contrato 051-96M, 27 de diciembre 2012 (C-0025).

<sup>2</sup> En particular, si esta debe ser aplicable solo al níquel o también al hierro.

mencionadas son contrarias a los términos del Tratado<sup>3</sup> pues violan la obligación de acordar un trato justo y equitativo.

7. Como resultado de dicha violación, la Demandante reclama daños históricos supuestamente sufridos por una aplicación inadecuada o incorrecta del marco normativo aplicable a las regalías sobre el níquel y el reembolso de las regalías pagadas sobre el hierro.
8. Adicionalmente, la Demandante solicita una orden de revocación y de cese de ciertas medidas o conductas de la Demandada y sus instituciones, o, alternativamente, que le sea otorgada una garantía o *indemnity* respecto de los daños que podrían surgir en el futuro como consecuencia de las medidas que alega como violatorias del Tratado.

### **III. OPINIÓN DISIDENTE RESPECTO A LA SOLICITUD DE DAÑOS FUTUROS CONTINGENTES**

9. Como parte de su petitorio, la Demandante le ha solicitado al Tribunal Arbitral ordenar a la Demandada “ces[ar] y dej[ar] sin efecto todas y cada una de las acciones que causan y resultan en sus incumplimientos del Tratado”<sup>4</sup> y para el caso en que Colombia decida mantener las acciones y medidas supuestamente violatorias, que el Tribunal emita una orden por medio de la cual “otorgue indemnización por sus incumplimientos” estableciendo que la Demandada deberá “manten[er] plenamente indemne y exim[ir] de responsabilidad a la Demandante con respecto a cualquier pago que CMSA pueda ser ordenada a realizar en relación con las Medidas ilegales de Colombia.”<sup>5</sup>
10. La Demandada se opone a esta solicitud argumentando, entre otras consideraciones, que el daño por el que se solicita compensación es hipotético e incierto y la compensación pretendida atenta contra la soberanía del Estado.<sup>6</sup>
11. El Laudo rechaza la solicitud de revocación y cesación de la Demandante y acoge, por Mayoría, el reconocimiento de daños que “aún no han acontecido”<sup>7</sup>, lo que podría resultar en una compensación significativa a favor de la Demandante según lo dispuesto en el párrafo 887.
12. Para efectos de facilitar la lectura de esta opinión transcribo a continuación los párrafos 815 a 820 del Laudo, que contienen la parte relevante de la decisión de la Mayoría:

*815. El Tribunal Arbitral ha determinado la existencia de unas Medidas Violatorias, que ya cifran las regalías que reclaman. Y el que el Estado ejecute esas Medidas Violatorias es un escenario previsible, a la vista de que el Estado ya ha*

---

<sup>3</sup> Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña y el Norte de Irlanda y la República de Colombia firmado el 17 de marzo de 2010, en vigor desde el 10 de octubre de 2014 (“Tratado”) (C-0001).

<sup>4</sup> Conclusiones Demandante, ¶ 261(b)(ii).

<sup>5</sup> Conclusiones Demandante, ¶ 261(c)(ii).

<sup>6</sup> Conclusiones Demandada, ¶¶ 205-206.

<sup>7</sup> Laudo, ¶ 811.

*intentado ejecutar una de ellas (el Auto 576, a través de la Orden de Pago 692 ) advirtiendo de la posibilidad de “secuestro, avalúo y remate de los bienes” de CMSA , en caso de impago.*

*816. La mayoría del Tribunal Arbitral considera que todos los elementos necesarios para imputarle responsabilidad al Estado por el daño que cause la ejecución de las Medidas Violatorias están ya contenidos en este Laudo – el nexo causal entre el ilícito internacional y el daño ha quedado establecido.*

*817. Si Colombia finalmente ejecutare las Medidas Violatorias, se producirá el daño, ya anticipado en el contenido de las Medidas Violatorias. El daño, en ese caso, y una vez ejecutadas las Medidas Violatorias, será cierto.*

*818. La incertidumbre existente, a día de hoy, sólo afecta a la materialización del daño. Pero, a entender de la mayoría del Tribunal Arbitral, no hay ningún elemento de la cadena causal que lleva a ese daño, sobre cuya existencia e imputabilidad el Tribunal Arbitral no se haya pronunciado ya.*

*819. La mayoría del Tribunal Arbitral considera que la dificultad que típicamente rodea a las pretensiones de daños futuros radica en que haya elementos de incertidumbre que puedan afectar a la causación del daño y sobre los que el Tribunal Arbitral no haya decidido aún, por desconocerlos. No es el caso aquí en opinión de la mayoría del Tribunal Arbitral, ya que éste ya ha señalado que la reliquidación de regalías practicada en las Medidas Violatorias constituye un ilícito internacional cuyo daño está ya prefijado.*

*820. El único elemento pendiente de acontecer es que el Estado ejecute las Medidas Violatorias y que CMSA pague la reliquidación correspondiente. Se trata de hechos futuros que, aunque aún no han acaecido, no requieren un nuevo pronunciamiento del tribunal arbitral para saber si integrarán la cadena causal – efectivamente, lo harán.<sup>8</sup>*

13. Además, sobre los daños futuros relacionados con las regalías de hierro, la Mayoría considera que:

*837. Respecto a la reclamación de regalías sobre el hierro, el Tribunal Arbitral sí ha declarado que constituye una vulneración del APPRI. Pero, en la medida en que el daño aún no ha ocurrido, el Tribunal Arbitral no puede ordenar a la Demandada que proceda inmediatamente a su pago. La mayoría del Tribunal Arbitral considera, sin embargo, que puede reconocer que, cuando el daño ocurra porque CMSA pague regalías sobre el hierro, el Estado tendrá una obligación de compensar a la Demandante por el daño sufrido.*

*838. [...] Cuando el Estado ejecute las Medidas Violatorias y, a raíz de ello, CMSA abone nuevas liquidaciones de regalías, la mayoría del Tribunal Arbitral entiende que el Estado deberá compensar a la Demandante por el daño sufrido.*

---

<sup>8</sup> Laudo, ¶¶ 815-820 (notas al pie omitidas).

839. Por tanto, el Tribunal Arbitral, por mayoría, ordena a Colombia a que mantenga a South32 Investments Limited indemne de cualquier daño que pudiera sufrir como consecuencia de que CMSA pagara regalías sobre el hierro y/o reliquidaciones de regalías del níquel contenidas en cualquiera de las Medidas Violatorias.

840. El daño sufrido por CMSA no se traduce en un daño íntegro a la Demandante. La Demandada ya ha señalado que el daño de la Demandante se ve reducido tanto por el porcentaje con que el Estado grava la renta fruto de dividendos, como por el porcentaje de titularidad al que le falta un 0,06% para ser completo. El Tribunal Arbitral preguntó específicamente en la Audiencia cuáles eran los ajustes necesarios para traducir el daño de CMSA en el daño reflejo del inversor, pero ninguno de los peritos señaló otros ajustes [...].<sup>9</sup>

14. Sobre esta base, en el párrafo 887(3)(i)-(ii) del Laudo, la Mayoría ordena a Colombia:

(i) Mantener a South32 SA Investments Limited indemne en USD por el porcentaje que resulte de deducir la retención sobre dividendos vigente y multiplicar el porcentaje de propiedad sobre Cerro Matoso S.A. detentado por South32 SA Investments Limited, sobre el importe que Cerro Matoso S.A. pague, en ejecución de:

- resolución 293 de la Unidad de Planeación Minero Energética, en aplicación de los arts. 8 y 9 de la Resolución 293 de la Agencia Nacional de Minería;
- Auto VSC 26;
- Petición Cundinamarca;
- Resolución 576;
- Auto 63.

(ii) Mantener a South32 SA Investments Limited indemne en USD por el porcentaje que resulte de deducir el beneficio fiscal obtenido del pago de las regalías sobre el hierro, la retención sobre dividendos vigente y multiplicar el porcentaje de propiedad sobre Cerro Matoso S.A. detentado por South32 SA Investments Limited, sobre el importe que Cerro Matoso S.A. pague por las liquidaciones de regalías sobre el hierro.<sup>10</sup>

15. Discrepo de la decisión de acoger la solicitud de *indemnity* por daños futuros presentada por la Demandante, por razones de índole jurídica que además traen aparejadas consecuencias sistémicas, que se pueden resumir de la siguiente manera.

<sup>9</sup> Laudo, ¶¶ 837-840 (notas al pie omitidas).

<sup>10</sup> Laudo, ¶ 887(3)(i)-(ii).

- i. *Ausencia de fundamento legal para ordenar el indemnity.* El derecho de daños aplicable a los arbitrajes internacionales de inversión no permite indemnizar perjuicios inciertos o contingentes, que no cumplan con el requisito de materialización del daño y existencia de un vínculo causal con el acto ilícito. En opinión del suscrito, no existe fundamento legal bajo derecho internacional, que le otorgue al Tribunal Arbitral la autoridad para emitir una orden de *indemnity* al Estado, que le exija garantizar al inversionista el pago de perjuicios futuros contingentes provenientes de acciones aún no ejecutadas.
- ii. *Afectaciones de índole sistémica.* En opinión del suscrito, la falta de fundamento legal para emitir la Orden de la Mayoría trae aparejadas serias cuestiones de índole sistémico que afectan la soberanía del Estado, pues redundan en una intervención inapropiada a procedimientos legales y acciones pendientes ante cortes nacionales y tribunales arbitrales locales en Colombia.

### III.1 AUSENCIA DE FUNDAMENTOS LEGALES PARA ORDENAR DAÑOS FUTUROS

#### a. Los daños futuros solicitados por la Demandante son inciertos e hipotéticos. Su otorgamiento no es consistente con los términos del Tratado y los principios aplicables a la compensación de daños

- i. *La solicitud de daños futuros contingentes de la Demandante carece de los elementos esenciales para otorgar una compensación bajo el derecho aplicable a daños económicos*
16. El derecho aplicable a la compensación de daños requiere como elementos *sine qua non*, la materialización y prueba del daño así como la existencia del nexo causal entre el ilícito internacional y el perjuicio sufrido.<sup>11</sup> Los daños solicitados por la Demandante como daños futuros son inciertos e hipotéticos y su otorgamiento contraviene el principio de reparación integral, aceptado por ambas Partes, según explicaré a continuación.
  17. En primer lugar, dado que no existe certidumbre respecto a si la Demandada ejecutará las Medidas, ni como las ejecutará, o si esta ejecución conllevará en definitiva consecuencias perjudiciales para el inversor, tampoco existe certidumbre respecto a la ocurrencia del daño. Es decir, estamos frente a un daño hipotético o contingente que no se ha producido aún y cuya ocurrencia es incierta.
  18. Con relación a este punto, la Mayoría reconoce que las acciones estatales que podrían eventualmente traducirse en daños para la Demandante están “pendiente[s] de acontecer” puesto que, ni el Estado ha ejecutado las Medidas Violatorias, ni CMSA ha pagado las reliquidaciones correspondientes.<sup>12</sup> Sin embargo, la Mayoría considera que este elemento no

<sup>11</sup> Ver p. ej. *Murphy Exploration & Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CPA Nro. 2012-16) Laudo Parcial Final, 6 de mayo de 2016, ¶ 487 (CLA-0091), citando *BG Group plc c. Argentina*, UNCITRAL, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, ¶¶ 428-429 (CLA-0046); *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolia, MonAtom LLC* (Caso CPA Nro. 2011-09), Laudo sobre Responsabilidad, 2 de marzo de 2015, ¶ 375 (RL-0055).

<sup>12</sup> Ver Laudo, ¶ 820.

es obstáculo para aceptar la solicitud de compensación de la Demandante, puesto que el daño es previsible, dado que este se materializará en el evento en que la Demandada finalmente ejecutase las Medidas.<sup>13</sup> Así, la Mayoría considera que la incertidumbre que rodea la demanda de daños futuros radica en la “materialización del daño”.<sup>14</sup>

19. La supuesta previsibilidad del daño que remarca la Mayoría no subsana la situación antes mencionada. La previsibilidad de un daño es usualmente una de las condiciones de su reparación. No obstante, por sí sola, la previsibilidad de un daño futuro no verifica la existencia del daño ni justifica su indemnización. Los daños ya materializados que fueron previsibles deben ser compensados, pero el hecho que pudiera ser previsible que un daño en el futuro pudiera llegar a ocurrir, no lo hace existente. Dicho de otro modo, la previsibilidad no es fundamento suficiente para la indemnización de daños que aún no se materializan.
20. En suma, no siendo indemnizable un daño incierto o eventual, no procede concederlo otorgando una orden anticipada que garantice su compensación.
21. A mi entender, esta posición encuentra también sustento en el laudo emitido por el tribunal en el caso *BBVA c. Bolivia*, invocado por la Demandada al argumentar que la reclamación de la Demandante resulta prematura.<sup>15</sup> En dicho caso el tribunal rechazó la solicitud de la demandada de considerar en la determinación de los daños una sanción que no estaba a firme por encontrarse sometida a revisión judicial, considerando que esta configuraba un pasivo contingente.<sup>16</sup>
22. Sin perjuicio de las consideraciones que el Laudo hace respecto de dicho caso,<sup>17</sup> en opinión del suscrito, éste pone de relevancia que posibles daños futuros contingentes cuya ocurrencia dependa de posibles conductas o decisiones futuras del Estado, sea de su brazo ejecutivo o judicial, no pueden ser objeto de indemnización pues al ser contingentes, son inciertos o hipotéticos, y por lo tanto eventuales.
23. La decisión del tribunal en *BBVA* de no considerar situaciones contingentes para la determinación de los daños no es única. Los tribunales de los casos *Murphy* y *Khan Resources*, de manera explícita reconocen que de conformidad con el derecho internacional, los daños especulativos, remotos o inciertos no son objeto de compensación.<sup>18</sup> Estas

---

<sup>13</sup> Ver Laudo, ¶¶ 820 y 815.

<sup>14</sup> Laudo, ¶ 818.

<sup>15</sup> Ver, Conclusiones de la Demandada, ¶¶ 40, 61.

<sup>16</sup> *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia* (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/18/5) Laudo, 12 de julio 2022, ¶¶ 651-652 (RL-0127).

<sup>17</sup> Ver, Laudo, ¶ 789.

<sup>18</sup> *Murphy Exploration & Production Company International c. República de Ecuador* (Caso CPA Nro. 2012-16) Laudo Parcial Final, 6 de mayo de 2016, ¶ 487 (CLA-0091) (“*This approach is consistent with the general requirement for awarding damages for violations of international obligations that any compensable damage must not be too speculative, remote, or uncertain.*”) citando a su vez el caso *BG Group plc c. Argentina*, UNCITRAL, Laudo Final, 24 de diciembre de 2007, ¶¶ 428-429 (CLA-0046) (“*The damage, nonetheless, must be the consequence or proximate cause of the wrongful act. Damages that are ‘too indirect, remote, and uncertain to be appraised’ are to be excluded. In line with this principle, the Tribunal would add that an award for damages which are speculative*”).

decisiones reconocen que el daño debe ser consecuencia o causa próxima del acto ilícito y que les corresponde a los demandantes demostrar que han sufrido el perjuicio que alegan. Lo anterior a mi juicio reconfirma que el derecho internacional no permite la compensación de daños futuros cuya ocurrencia es incierta.

24. En segundo lugar, la Mayoría considera que, aunque la base de la compensación radica en hechos futuros de realización incierta, si estos llegan a acontecer, no requerirán un nuevo pronunciamiento del Tribunal Arbitral para saber si integrarán la cadena causal. A juicio de la Mayoría, esta situación, es equivalente a realizar el pronunciamiento en el futuro y sería suficiente para establecer el nexo causal entre las Medidas Violatorias y el daño que la ejecución futura de dichas medidas pudiera causar.<sup>19</sup>
25. En mi opinión, por obvio que parezca, no puede haber nexo causal si el daño no se ha materializado. El riesgo que un daño pueda llegar a ocurrir en el futuro no puede, como resulta también evidente, satisfacer la causalidad de un efecto que la acción no ha producido. Solo habrá causalidad cuando la acción se traduzca o materialice en un daño concreto y se pueda examinar y determinar el nexo causal. En el caso en examen, no estamos frente a daños causados sino a perjuicios potenciales o contingentes, lo que hace imposible pronunciarse de manera definitiva sobre la causación del daño.
26. Como se examinará en detalle *infra*, la naturaleza refleja de las pérdidas solicitadas por la Demandante hace más problemática aún la incertidumbre respecto a la causalidad del daño, al existir posibles eventos futuros que podrían afectar los dividendos a los que podría tener derecho la Demandante a partir de las utilidades que obtenga de CMSA, su vehículo de inversión.
27. En tercer lugar, considero que conceder un daño hipotético e incierto, contradice los principios básicos de la compensación de daños y el principio de reparación integral,<sup>20</sup> que exige compensar todo el daño efectivamente sufrido: ni un peso menos pero tampoco nada más.
28. En particular, la función de la indemnización en el arbitraje de inversión es compensar las pérdidas reales sufridas como consecuencia de un ilícito internacional. En otras palabras, la indemnización corresponde al perjuicio económicamente evaluable y efectivamente sufrido por la parte demandante. No se trata de castigar al Estado responsable, ni la indemnización tiene un carácter ejemplarizante, para evitar o promover ciertos estándares de conducta.
29. Bajo esta premisa, la compensación solamente puede ser calculada en función del perjuicio real causado a los intereses del inversor. Una vez que este perjuicio o daño existe y es

---

would equally run afoul of 'full reparation' under the ILC Draft Articles"); *Khan Resources Inc., Khan Resources B.V., CAUC Holding Company Ltd. c. Mongolia, MonAtom LLC* (Caso CPA Nro. 2011-09), Laudo sobre Responsabilidad, 2 de marzo de 2015, ¶ 375 (RL-0055) ("The burden of proof falls on the Claimants to show that they have suffered the loss they claim. The standard of proof required is the balance of probabilities. This, of course, means that damages cannot be speculative or uncertain.").

<sup>19</sup> Ver Laudo, ¶ 820.

<sup>20</sup> Ver Memorial de Contestación, ¶ 470, en donde se levanta este argumento.

conocido, y se establece la relación de causalidad con el hecho internacionalmente ilícito, la cuantificación de la compensación debe realizarse con el objetivo de “borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido de no haberse cometido dicho acto.”<sup>21</sup>

30. Así, de conformidad con este principio de reparación integral, reconocido como aplicable por ambas Partes,<sup>22</sup> la reparación a ser otorgada tiene una relación directa con y depende de la existencia, amplitud y verificación del daño producido. Por lo tanto, el principio de reparación integral exige la indemnización de las pérdidas reales de la parte perjudicada, pues sólo verificando la amplitud del daño, se podrá estar seguro de otorgar una compensación que borre las consecuencias de la violación internacional. En resumen, condenar al Estado respecto de una pérdida que es aún incierta para garantizar su pago en el evento que pueda llegar a ocurrir contradice los principios requeridos para otorgar una compensación de daños.

*ii. Una orden de compensación futura de daños que no se han materializado no se condice con los términos expresos del Tratado*

31. Con ocasión de las objeciones jurisdiccionales presentadas por la Demandada, el Tribunal ha considerado si el texto del Tratado admite la posibilidad de solicitar remedios o reparaciones distintas de una compensación pecuniaria. Sin perjuicio de dicha cuestión y teniendo en consideración lo señalado por el Tribunal en el párrafo 186 del Laudo, en mi opinión resulta claro que el otorgamiento de una compensación pecuniaria por un daño que no ha acontecido, y es incierto e hipotético que llegue a ocurrir, no es consistente con los términos del Tratado. Como es esperable conforme a los principios que gobiernan la reparación de daños en derecho internacional, existen diversas disposiciones del Tratado que dan a entender que las reclamaciones relativas a daños deben referirse a perjuicios existentes o materializados.
32. De conformidad con el Artículo IX.4 del Tratado, la Notificación de Intención que debe ser presentada por el inversionista al Estado seis meses antes de presentar la Solicitud de Arbitraje, debe contener, entre otras cosas “el valor estimado de los daños y la compensación pretendida.”<sup>23</sup>
33. Esta disposición, al exigir que el inversionista explicita, antes del inicio del arbitraje, la estimación de sus daños y la compensación que pretende, es indicativa, a mi juicio, de que los daños que no se han materializado, no son susceptibles de ser compensados por medio de una acción de reparación bajo este Tratado.

---

<sup>21</sup> *Case Concerning the Factory at Chorzów* (Alemania/Polonia), CPIJ Serie A, Nro. 17, Fallo del 13 de septiembre de 1928 (CLA-0001) (“*The essential principle contained in the actual notion of an illegal act—a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals—is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed [...]*”).

<sup>22</sup> Memorial, ¶ 239; Dúplica, ¶ 528.

<sup>23</sup> Tratado, Artículo IX.4 (C-0001).

34. Esta interpretación también es consistente con los términos de los Artículos IX.7 y IX.14 del Tratado.
35. Según el Artículo IX.7, “[e]l inversionista solo podrá presentar la Solicitud de Arbitraje si ha presentado la Notificación de Intención de conformidad con el [Artículo IX.4] y el término allí estipulado ha transcurrido.”<sup>24</sup>
36. Por su parte, el Artículo IX.14, establece que “[e]l inversionista no podrá presentar una Notificación de Intención, y por lo tanto no podrá invocar los procesos de arbitraje internacional establecidos en este Artículo si han transcurrido más de cinco (5) años a partir de la fecha en la cual el inversionista tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación de este Acuerdo, así como de las pérdidas o daños alegados” [énfasis añadido].<sup>25</sup>
37. Las tres disposiciones del Tratado antes mencionadas, es decir el Artículo IX, párrafos 4, 7, y 14, ponen de relieve que el daño debe existir, debe haberse materializado y debe ser conocido por la Demandante para ser objeto de una orden indemnizatoria por parte del Tribunal Arbitral en este arbitraje. De tal modo, otorgar una orden de compensación futura de daños que no se han materializado no se condice con los términos expresos del Tratado.
  - iii. *El caso de la Demandante radica en una solicitud de compensación por pérdidas reflejas, lo que aumenta la incertidumbre respecto a la existencia de los daños*
38. El carácter incierto y eventual de los daños, se ve reforzado en una demanda como la actual en la cual el inversionista reclama un daño por puras pérdidas reflejas, es decir, daños que derivan de potenciales pérdidas o daños sufridos por una entidad o vehículo de la que es propietario la Demandante.
39. Ello conduce a que las dificultades de otorgar compensación por daños eventuales o hipotéticos no sean solamente teóricas, sino que también se manifiestan en el eventual cálculo de los daños.
40. En los casos de demandas por puras pérdidas reflejas como el actual, el daño de los demandantes típicamente se traduce en la disminución del *free flow of dividends*, y en consecuencia, por lo general cualquier daño está sujeto a la existencia y cuantía de una utilidad en la sociedad local que pueda traducirse en un pago de dividendos al inversor accionista.
41. Así, para poder identificar el daño reflejo de la Demandante, es esencial primero determinar la situación económica del vehículo de inversión local, en este caso, de CMSA y calcular sobre esa base el flujo libre de dividendos. La utilidad del ente local y por ende los posibles dividendos, sólo pueden ser determinados una vez cerrado el ejercicio fiscal y determinada esta utilidad bajo las normas legales y contables aplicables, en este caso, las normas

<sup>24</sup> Tratado, Artículo IX.7 (C-0001).

<sup>25</sup> Tratado, Artículo IX.14 (C-0001).

colombianas. Dicho de otro modo, ese flujo libre solo se podrá calcular una vez que se determinen cuáles son los resultados anuales de la empresa y se identifique el nivel de utilidades. Previo a eso no será posible establecer si el daño al vehículo de inversión, también se tradujo en un daño al inversionista-demandante y cuál es su monto. Asumir que todo el supuesto perjuicio al vehículo inversor local es flujo libre de dividendos es, en mi opinión, prematuro y especulativo en presencia de un daño contingente que, de llegar a ocurrir, podría verse afectado por factores sobrevinientes.

42. En respuesta a este argumento de la Demandada, quien ha señalado que cualquier daño futuro lo sufrirá CMSA y no la Demandante<sup>26</sup>, la Mayoría considera que el carácter indirecto del daño se manifiesta tanto en los daños históricos como en los futuros y que la Demandada no habiendo cuestionado que la Demandante careciera de acción por ese daño reflejo para los primeros, no hay razón para que el carácter reflejo de la reparación impida la compensación de los segundos.<sup>27</sup>
43. Considero que esta respuesta no es satisfactoria pues elude el punto central del argumento de la Demandada. Con relación a los daños históricos, las reglas y principios aplicables a la compensación de daños pecuniarios, sujetos a la argumentación de las Partes en disputa y sus peritos, permiten al Tribunal Arbitral estimar los daños históricos que South32 puede haber sufrido, producto de la afectación a CMSA de las Medidas impugnadas. Sin embargo, cuando entre la Demandante y el vehículo de inversión existen varios eslabones corporativos, como es el caso de CMSA y South32,<sup>28</sup> la naturaleza refleja de la pretensión de la Demandante convierte la pretensión de daño futuro en un ejercicio con elementos especulativos. Lo anterior puesto que cada nivel del eslabón corporativo tiene la potencialidad de añadir un grado de incertidumbre adicional con relación a cuál será la magnitud del daño que redundará finalmente en la rentabilidad y la distribución de dividendos al inversionista-Demandante, South32.
44. Al respecto, la Demandada apropiadamente distingue entre la existencia del daño y la prueba del alcance o magnitud de daño.<sup>29</sup> La prueba de los daños históricos corresponde a un ejercicio de persuasión, estimación y cálculo en poder de las Partes sobre el cual el Tribunal Arbitral realiza ciertas inferencias para establecer el daño sufrido por la Demandante y calcular la compensación. Sin embargo, si el daño no existe, por ser contingente a acciones futuras, el Tribunal no puede iniciar este ejercicio, sin entrar en determinaciones sustentadas en conjeturas que podrían o no resultar ciertas, y que podrían verse afectadas por eventos sobrevinientes con efectos desconocidos.
45. En consecuencia, tratándose de una demanda de daño reflejo que exige la determinación de la utilidad de la empresa local para determinar el flujo libre de dividendos y así

---

<sup>26</sup> Ver Laudo, ¶ 830.

<sup>27</sup> Ver Laudo, ¶ 831.

<sup>28</sup> Ver Laudo, ¶ 106.

<sup>29</sup> Memorial de Contestación, ¶ 469.

consecuentemente el daño sufrido por el inversionista, el carácter incierto e hipotético del daño se ve aumentado.

**b. No existe fundamento legal para la orden de *indemnity* que reclama la Demandante ni precedentes sobre su otorgamiento**

46. En el párrafo 887 3(i) y (ii), la Mayoría ha emitido una orden a la Demandada que consiste en obligarla a mantener indemne al inversionista respecto de los daños que pudieran eventualmente ser ocasionados si ciertas medidas que el Tribunal consideró como violatorias, llegasen a materializarse. Esta orden de indemnidad o garantía de indemnización por daños inciertos e hipotéticos no cuenta con sustento en derecho internacional de las inversiones.
47. Considero que hay buenas razones para esta falta de sustento. La decisión de la Mayoría transforma a la Demandada, un Estado soberano, en garante del inversionista respecto de cualquier daño que pudiese llegar a ocurrir en caso de realizar ciertas acciones o proceder de determinada manera. Esa índole de garantía, u obligación de compensación, que se traduce en un *indemnity*, requeriría – a mi juicio – del acuerdo de las Partes del Tratado, o de las Partes en disputa o bien de una norma legal explícita, en este caso internacional. Ninguna de ellas existe en el caso bajo examen y, por tanto, el Tribunal Arbitral carece de autoridad para otorgarla.
48. Además, la orden de la Mayoría sería en mi conocimiento inédita en arbitraje de inversiones así como tampoco contaría con precedentes bajo derecho internacional general.
49. A mi entender, no hay laudos dictados hasta la fecha en arbitrajes internacionales de inversión extranjera que hayan emitido una decisión otorgando una *indemnity*, es decir ordenando que el Estado garantice una compensación pecuniaria al inversionista para el evento que llegue a sufrir daños en el futuro, que a la fecha de dictarse el Laudo son contingentes. Si bien hay laudos CIADI en que los tribunales han incluido condiciones de pago en su parte dispositiva, según mi conocimiento, ningún tribunal arbitral de inversión ha ordenado una “*indemnity*” que ponga al Estado en posición de garante indemnizatorio por acciones que no ha ejecutado y respecto de daños futuros eventuales e inciertos.
50. La Mayoría no comparte esta apreciación y en el párrafo 824 concluye que las decisiones que invoca la Demandante en apoyo a su solicitud de *indemnity* son “suficientemente relevantes”.<sup>30</sup>
51. Difiero de lo que allí se establece, pues, tras haber revisado cada una de estas decisiones considero que ninguna ordena una indemnidad por daños futuros u ordena pagar en el futuro daños sujetos a contingencia de materializarse. Por el contrario, en dichos casos los tribunales han buscado confirmar la aplicación del principio de reparación integral, asegurando que los Estados demandados no puedan afectarlo por medio de medidas

---

<sup>30</sup> Laudo, ¶ 824.

impositivas gravosas aplicadas a la compensación ordenada, después de la emisión del laudo. Dichos casos consideraron pérdidas reales efectivamente sufridas y ya cuantificadas.<sup>31</sup>

52. Además, la Mayoría reprocha a la Demandada no haber podido citar “ningún laudo en el que un tribunal arbitral haya rechazado condenar al pago de indemnidades, una vez determinado el ilícito internacional y establecido el nexo causal – que es el caso aquí presente.”<sup>32</sup> Acto seguido, la Mayoría reconoce que la solicitud de indemnidad por daños futuros que plantea la Demandante es excepcional y agrega que “aunque excepcional, no es única.”<sup>33</sup> Para fundamentar su conclusión, invoca el caso *Lion c. México* en los párrafos 828 y 829 del Laudo considerando que este ordena la indemnización por un daño futuro.
53. En primer lugar, en mi opinión la excepcionalidad y falta de precedentes confirma la posición de la Demandada, por lo que no se le puede reprochar no aportar precedentes en contrario. Dicho de otro modo, como lo solicitado por la Demandante es inédito o por lo menos excepcional, no tiene fundamento normativo explícito y no existen decisiones arbitrales que realicen un análisis específico al respecto, el peso de la justificación no puede recaer en la Demandada sino en la peticionaria de tal orden.
54. En segundo lugar, el tribunal del caso *Lion*, un procedimiento bajo las reglas del mecanismo complementario, en mi entendimiento tampoco ordena una indemnización de daños cuya existencia es incierta, eventual o contingente a la adopción de una conducta por la demandada. Por el contrario, al igual que en los laudos mencionados anteriormente, se trata nuevamente de acoger y aplicar adecuadamente el principio de reparación integral de la totalidad del daño. El tribunal ordenó la compensación, dejando pendiente únicamente el

---

<sup>31</sup> Ver **Tenaris** (“Esto significa que dichas cuantías son las que realmente deben entrar en el patrimonio de las Demandantes, personas jurídicas que no tienen su residencia fiscal en Venezuela. [...] Si la indemnización pudiera quedar sujeta a tributación en Venezuela, y Venezuela pretendiera aplicar una compensación entre la indemnización y el tributo, la indemnización efectivamente pagada sería menor a la establecida en este Laudo y la República Bolivariana estaría incumpliendo las obligaciones asumidas en los AAPRI.” (*Tenaris SA and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal LDA c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI Nro. ARB/12/23) Laudo, 12 de diciembre de 2016, ¶¶ 788 y 789 (CLA-0092), énfasis añadido); **Glencore** (“*If Colombia were to impose or deduct a tax on Claimants’ award, Colombia could reduce the compensation ‘effectively’ received by Prodeco. A reductio ad absurdum proves the point: Colombia could practically avoid the obligation to pay Claimants the restitution awarded by fixing a 99% tax rate on income derived from compensations issued by international tribunals, thereby ensuring that Prodeco would only effectively receive a restitution of 1% of the amount granted [...] In conclusion, the Tribunal, in order to guarantee that Claimants receive full reparation for Colombia’s international wrong, [...], orders Respondent to indemnify Claimants with respect to any Colombian taxes in breach of such principle.*”) (*Glencore International AG and CI Prodeco SA c. República de Colombia*, (Caso CIADI Nro. ARB/16/6), Laudo, 27 de agosto de 2019, ¶¶ 1626 y 1630 (CLA-0096), énfasis añadido); **OperaFund** (“*Al Tribunal le queda claro que España, en su calidad de Demandado, debe pagar la totalidad del importe de los daños y perjuicios y no puede cobrar y deducir los impuestos españoles sobre el importe concedido. [...] Por lo tanto, [...] el Tribunal concluye y dispondrá expresamente en la parte resolutive de este Laudo que se dicta neto de todos los impuestos y/o retenciones de España, y se ordena a España que indemnice a las Demandantes por cualquier responsabilidad o retención tributaria que pueda imponerse en España.*”) (*OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG c. Reino de España* (Caso CIADI Nro. ARB/15/36), Laudo, 6 de septiembre de 2019, ¶ 705 (CLA-0097), énfasis añadido).

<sup>32</sup> Laudo, ¶ 825.

<sup>33</sup> Laudo, ¶ 827.

cálculo de quantum de un daño cuya existencia ha sido establecida y cuyo nexo causal es identificable y ha sido determinado. Ninguno de estos requisitos se encuentra reunido en nuestro caso, por lo que no es un precedente aplicable.<sup>34</sup>

55. Adicionalmente, considero que en todo caso el valor del Laudo *Lion* para este arbitraje, en cualquier sentido, debe ser tomado con cautela por el Tribunal Arbitral pues si bien se trata de un laudo público, no fue presentado por ninguna de las Partes y no ha sido objeto de discusión por ellas.
56. El deber de los árbitros de asegurar la eficacia de sus decisiones puede exigir a un tribunal tomar en cuenta normas que debe considerar *sua sponte* o principios de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados de inversión, con independencia de lo alegado por las Partes en disputa. Así, si bien, comparto la posición de múltiples tribunales que consideran que el principio de *iura novit arbiter* debe considerarse en los arbitrajes de inversión, dicho principio encuentra ciertas limitantes, tales como los principios de igualdad y contradicción, y la prohibición de decisiones sorpresivas.
57. Realizar una determinación considerando un laudo que no se encuentra en el expediente para resolver una cuestión controvertida, sobre la que además se debate la existencia de precedentes – punto que por lo demás no ha suscitado consenso entre los miembros del Tribunal – sería, desde mi punto de vista, problemático atendidas las referidas limitantes.

### III.2 AFECTACIONES DE ÍNDOLE SISTÉMICA

58. Respondiendo a uno de los argumentos de la Demandada,<sup>35</sup> la Mayoría afirma que la reclamación de indemnidad por daños futuros de la Demandante no atenta contra la soberanía del Estado, pues se trata de una condena pecuniaria, por una cuantía a ser determinada en el futuro.<sup>36</sup>
59. Discrepo de esta afirmación y conclusión de la Mayoría, ya que en mi entendimiento la reclamación de indemnidad por daños futuros sí representa una interferencia indebida con la soberanía del Estado:
  - i. Someter al Estado a garantizar a un inversionista la compensación de daños que podrían resultar de medidas del Estado, pero que aún no se han materializado, puede considerarse como una intervención a las prerrogativas de su poder público.

---

<sup>34</sup> *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI Nro. ARB(AF)/15/2) Laudo, 20 de septiembre de 2021; Ver ¶ 836, en el que el Tribunal hace expresa referencia al principio de reparación integral citando a Chorzów para fundamentar su decisión, y ¶ 838, estableciendo que “[l]a reparación integral requiere que México asuma la obligación de reembolsar a Lion dichos Honorarios Legales, en el monto que finalmente establezcan los tribunales Mexicanos y que efectivamente pague Lion al Deudor.”

<sup>35</sup> Ver Escrito de Conclusiones, República de Colombia, ¶ 205 (“[E]ste reclamo [de indemnidad] no solo es completamente improcedente, sino que su otorgamiento atentaría directamente contra la soberanía de Colombia.”)

<sup>36</sup> Laudo, ¶ 822.

- ii. La orden de indemnidad por daños futuros de la Mayoría arriesga poner a las autoridades y jueces llamados a pronunciarse respecto de esas medidas en una posición compleja, exponiéndolos a ocasionarle un daño internacional al Estado salvo que interrumpen los procedimientos o fallen en contra del Estado. Por lo tanto, ordenar al Estado adoptar una cierta conducta respecto a cuestiones que están siendo objeto de debate en cortes locales, instituciones administrativas y tribunales arbitrales colombianos puede tener el efecto de ser equivalente a dictar un resultado particular a dichas cortes, instituciones y tribunales. Una intervención inapropiada en procedimientos y acciones locales se agudiza cuando se han establecido y cuantificado obligaciones indemnizatorias anticipadas por acciones aún no ejecutadas, como ocurre en el presente caso.
  - iii. Además, esta interferencia tiene el agravante de poner a autoridades y jueces locales en una situación de eventuales responsabilidades de seguirse adelante con los procedimientos actualmente pendientes. Si los jueces locales fallan en contra del Estado – sobre la base de la orden emitida por la Mayoría – podrían incurrir en responsabilidad si no existe una estructura que autorice a los jueces y demás autoridades que están considerando los puntos en debate, a tomar en cuenta las decisiones de tribunales internacionales. Por otra parte, si el juez llega a una decisión que tenga un resultado discrepante con la Orden de la Mayoría, el Estado se verá en la obligación de mantener indemne al inversionista pagando los supuestos daños futuros que ordena la Mayoría.
60. Este elemento se magnifica en una situación como la actual, en la cual el Tratado que otorga la autoridad a dicho tribunal internacional, cuenta con una disposición – el Artículo IX.13 – que, de manera expresa, excluye la competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre las medidas como una cuestión de derecho interno. Conforme al Laudo, dicha disposición debe ser interpretada en el sentido que “la consideración que el Tribunal Arbitral pudiera hacer de la normativa colombiana o en relación con los Contratos queda limitada en sus efectos al presente caso, bajo el ámbito del APPRI”.<sup>37</sup>
  61. Adicionalmente, según lo dispuesto en el párrafo 821 del Laudo, el Tribunal por Mayoría ha decidido conceder la pretensión indemnizatoria de la Demandante por daños futuros, acogiendo su argumento de que en caso de no hacerlo, “estaría dejando una parcela de la disputa sin resolver”.<sup>38</sup> La Mayoría, considera que “no tendría sentido forzar al Demandante a comenzar otro arbitraje, para simplemente obtener un laudo que condene a la compensación de ese daño que ya está prefijado, y cuya imputabilidad la mayoría del Tribunal considera ya decidida por el Laudo.”<sup>39</sup>
  62. En primer lugar, considero que no le corresponde al Tribunal Arbitral dar seguridades o garantías compensatorias a una de las Partes en disputa respecto de daños no ocurridos, para evitarle el costo y dificultades que conlleva iniciar una nueva acción. En mi opinión, no es

<sup>37</sup> Laudo, ¶ 179.

<sup>38</sup> Ver Laudo, ¶ 821, citando Memorial, ¶ 241.

<sup>39</sup> Laudo, ¶ 821.

función del Tribunal impedir que las Partes en el futuro traigan una nueva disputa o inicien otro(s) procedimiento(s). Los tribunales en arbitrajes de inversión son llamados a decidir la disputa entre las partes, conforme al derecho aplicable y conforme con las limitantes que le impone la autoridad que les ha sido delegada.

63. Sin perjuicio de ello, en mi opinión la orden de *indemnity* tiene el riesgo de generar la situación opuesta a la que indica la Mayoría, y en lugar de lograr resolver de manera final la disputa entre las Partes esta podría generar más controversias entre ellas.
64. Por un lado, será objeto de debate la ejecución de una decisión que carece de precedente. Por citar algunos ejemplos, se podrían dar discusiones en caso de que exista cualquier evento, grande o pequeño, que pueda impactar la base de cálculo indicada por la Mayoría. No es posible anticipar todas las cuestiones de cálculo que en el futuro puedan generar discusiones entre las Partes sobre la aplicación de la fórmula, especialmente atendido lo ya señalado respecto al daño reflejo.
65. Adicionalmente, me parece discutible que la orden de indemnidad por daños futuros pueda considerarse una obligación pecuniaria bajo el Artículo 54 del Convenio CIADI. Una indemnidad como la solicitada por la Demandante, pretende que se declare que la Demandada tiene una determinada posición jurídica, la de garante, que trae subsecuentemente aparejada una obligación compensatoria si el supuesto garantizado se materializa en algún momento en el futuro.
66. Como es conocido, de conformidad con el Artículo 54 del Convenio del CIADI sólo las “obligaciones pecuniarias” impuestas por el laudo deberán ser consideradas por todos los Estados contratantes del Convenio “como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.” Dicho de otra manera, el sistema de ejecución autocontenido del Convenio del CIADI solo cubre la reparación pecuniaria, por lo que la Orden de *indemnity*, si se considerara que impone una obligación de garantía, podría no estar cubierta por el mecanismo de ejecución del Artículo 54 del Convenio.
67. Lo anterior, encuentra dificultades adicionales, basadas en el Artículo IX.10 del Tratado. De conformidad con dicha disposición, los laudos arbitrales serán ejecutados, cuando así se requiera, de conformidad con la ley interna de la Parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. ¿Como se podría cumplir una orden de *indemnity* emanada de un tribunal arbitral internacional de conformidad con la ley interna de Colombia? Las Partes no han aportado al Tribunal información sobre este elemento, lo que en sí mismo podría ser suficiente para seguir generando controversias entre las Partes, pudiendo dar lugar a la interposición de acciones adicionales.
68. Como consecuencia de mi disidencia respecto de la procedencia de la solicitud de indemnidad de la Demandante, no acompañó tampoco a la Mayoría en su decisión respecto de las costas del arbitraje.

#### **IV. OPINIÓN DISIDENTE SOBRE LA NATURALEZA DE LAS MEDIDAS QUE PUEDEN COMPROMETER LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO**

69. Conforme con lo mencionado en la introducción, coincido con la Mayoría en la decisión final del Tribunal Arbitral de declarar que la Demandada ha incumplido el Artículo II.3 del Tratado, como se establece en el párrafo 887.2 del Laudo. Lo anterior, considerando que las acciones y conductas atribuibles a la Demandada, consideradas en su resultado final, reúnen los requisitos exigidos por el estándar para que una conducta estatal constituya un ilícito internacional bajo el Tratado.
70. Sin embargo, respetuosamente me veo en la necesidad de disentir sobre la evaluación y análisis realizado por la Mayoría respecto de algunas de las Medidas, acciones y conductas del Estado, como expresaré en los siguientes párrafos que ameritan las consideraciones que efectúo a continuación.
71. A lo largo del procedimiento, la Demandada ha alegado que algunas de las Medidas impugnadas no pueden generar la responsabilidad internacional del Estado al no representar acciones del Estado susceptibles de resolver una controversia, resultar en una orden del Estado ejecutable o generar un daño.<sup>40</sup> Como parte de esa línea argumentativa, la Demandada ha sostenido que la Petición de Cundinamarca no es una medida definitiva respecto a la liquidación de los Contratos, y que esta tampoco ordena un pago a CMSA.<sup>41</sup>
72. En el Laudo, el Tribunal Arbitral acepta en parte esta aseveración, al describir la Petición de Cundinamarca como un acto por el cual la Agencia Nacional de Minería “solicitó ante el juez”<sup>42</sup> o “inició una acción judicial”<sup>43</sup> para liquidar los Contratos. Sin embargo, acto seguido, la Mayoría realiza una evaluación de la Petición de Cundinamarca como si fuese una medida firme al recalcar que en dicho acto la Autoridad “no ofrece ninguna motivación racional para justificar” la aplicación de la Resolución 293, al periodo anterior al 2015<sup>44</sup> y sobre esa base concluye más adelante que la Petición de Cundinamarca viola el Tratado, puesto que “la reapertura de la liquidación de regalías con motivo de la liquidación del contrato no halla justificación razonable y congruente, según los parámetros aplicables.”<sup>45</sup>
73. Es decir, el Laudo, tanto en los párrafos antes citados como posteriormente, no indica que la Petición de Cundinamarca no resuelve la reapertura de la liquidación. Por el contrario, se trata del inicio de una acción judicial por parte de la autoridad minera a un tribunal administrativo, que contiene ciertos argumentos y que incluye, dentro de sus pretensiones, la reliquidación de los Contratos conforme con ciertos parámetros, sin que esto en definitiva haya ocurrido, ni haya dado lugar a un pago. Será el juez quien deberá definir si es que

<sup>40</sup> Escrito de Conclusiones, República de Colombia, ¶¶ 41-48.

<sup>41</sup> Escrito de Conclusiones, República de Colombia, ¶¶ 41-43.

<sup>42</sup> Laudo, ¶ 424.

<sup>43</sup> Laudo, ¶ 610.

<sup>44</sup> Laudo, ¶ 426.

<sup>45</sup> Laudo, ¶ 748.

procede la liquidación judicial de los Contratos, y en caso de haberla, como se realizará, dada la ausencia de acuerdo entre las partes al respecto.

74. En mi opinión, el acto de iniciar una acción judicial – en este caso ante tribunales administrativos – junto con presentar argumentos o pretensiones como parte de esa acción judicial, es decir, su pretensión de reliquidar los Contratos no puede, en el caso que nos ocupa, por su naturaleza misma, generar la responsabilidad internacional del Estado o ser constitutiva de una violación de una obligación internacional. Por este motivo, discrepo de la decisión de la Mayoría, reflejada en los párrafos 748, 751 y 753 de considerar que el inicio de una acción judicial, es decir la acción de presentar ante los tribunales la Petición de Cundinamarca es, por sí misma, suficiente para dar lugar a un acto arbitrario que viola el estándar del trato justo y equitativo.
75. En segundo lugar, y atendiendo los argumentos de las Partes, el Tribunal Arbitral analiza la temporaneidad de la Petición de Cundinamarca. El Tribunal concluye que, de conformidad con el derecho administrativo colombiano, la acción judicial para liquidar los Contratos caducó en 2015, esto es, tres años antes de la presentación de la Petición de Cundinamarca en el 2018, con independencia de los pactos posteriores a que hubieran llegado las partes.<sup>46</sup> Atendiendo esta determinación, la Mayoría concluye que presentar acciones que se encuentran fuera del plazo de caducidad, es, en sí mismo y por sí solo, constitutivo de un acto arbitrario, que daría lugar a un ilícito internacional bajo el Tratado.<sup>47</sup>
76. En mi opinión, el hecho de iniciar una acción judicial aun cuando pudiera considerarse bajo el derecho local que se habría cumplido el plazo de caducidad, no constituye *per se* un trato arbitrario que violaría el estándar de trato justo y equitativo bajo el Tratado.
77. Lo anterior, más aún en el presente caso, puesto que existe un acuerdo entre las Partes que podría fundamentar la determinación de la autoridad estatal de presentar la Petición de Cundinamarca por considerar que se encontraba dentro del plazo legal. Por lo tanto, la conducta de la Agencia Nacional de Minería no puede calificarse como gravemente injusta, manifiestamente incongruente o que desafía la noción de corrección jurídica y por tanto, no puede ser constitutiva de un ilícito internacional como lo ha definido la Mayoría, pues no alcanza el umbral requerido para convertirse en una violación internacional.
78. Por último, también discrepo de la Mayoría respecto a la decisión de considerar que la interpretación contractual realizada por las autoridades colombianas del término “provisional” contenida en la Cláusula 2 del Acuerdo de las Partes de 2011<sup>48</sup> constituye una conducta estatal que alcance el umbral requerido para convertirse en un ilícito internacional.

---

<sup>46</sup> Laudo, ¶ 657. Ver también, Laudo, ¶ 649 (“Colombia destaca el haber alcanzado un acuerdo con CMSA para liquidar de mutuo acuerdo hasta el 15 de abril de 2016, fecha a la cual le suma los dos meses para la liquidación unilateral (15 de junio de 2016), y el plazo de dos años para liquidar vencería así el 15 de junio de 2018 – habiéndose presentado la demanda judicial de liquidación en febrero de 2018, ésta resultaría temporánea.”)

<sup>47</sup> Laudo, ¶¶ 751 y 753.

<sup>48</sup> Ver Acuerdo entre CMSA y Ingeominas de 30 de agosto de 2011 (C-0022).

79. A efectos de entender mi opinión disidente, explicaré en los siguientes párrafos la discusión entre las Partes sobre este punto relativo a las revisiones de liquidaciones ya efectuadas en el pasado. La cláusula 2 del Acuerdo de 2011 establece:

*La modificación [del índice de precios] aplicará **provisionalmente** desde el mes de marzo [...] del año 2005 hasta el momento en que se fije el precio base de liquidación de regalías por parte de la Unidad de Planeación Minero Energética [...] de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 [de la Ley de Regalías], momento en el cual la Autoridad Minera[] hará efectivo lo que se disponga en los actos administrativos que sean expedidos para el efecto.<sup>49</sup>*

El precio base, al que se refiere la cláusula antes citada fue finalmente fijado en mayo de 2015 por la Agencia Nacional de Minería por medio de la Resolución 293.

80. Según la Demandada, una vez emitida la Resolución 293, las autoridades correspondientes colombianas podían revisar y reliquidar las regalías pagadas en el pasado conforme con la nueva fórmula, puesto que la liquidación antes realizada era “provisional” y por lo tanto revisable conforme con el Acuerdo de 2011. Según la Demandante, lo pactado no permite una revisión y reliquidación de las regalías, sino que establece la metodología conforme a la cual debían liquidarse provisionalmente las regalías a partir de marzo de 2005 y hasta que Colombia publicara el nuevo precio base de liquidación, lo que hizo por medio de la Resolución 293.<sup>50</sup>
81. De lo anterior se desprende que la Demandante entiende el término “provisional” como un sinónimo de “temporal” (pero definitivo y no revisable), mientras que la Autoridad Nacional de Minería de Colombia lo entendió como un antónimo de “definitivo”, por lo que la aplicación provisional implicaba que sería revisada posteriormente, cuando se fijara el precio base de liquidación.<sup>51</sup>
82. Ante esta controversia, el Tribunal Arbitral constata que “las propias Partes, en este arbitraje, aceptan que el uso del término ‘provisionalmente’ podía dar lugar a equívocos,”<sup>52</sup> pero la Mayoría determina que “la justificación brindada por la Demandada para aplicar retrospectivamente la Resolución 293 [...] no resulta razonable.”<sup>53</sup>
83. Considero que, tal y como lo manifiesta la Demandada, la pregunta a la que el Tribunal Arbitral debía responder ante esta divergencia, es si la interpretación que realizaron las autoridades colombianas del adverbio “provisionalmente” puede ser considerada una

<sup>49</sup> Acuerdo entre CMSA y Ingeominas de 30 de agosto de 2011, cláusula 2 (C-0022).

<sup>50</sup> Réplica, ¶ 107.

<sup>51</sup> Para mayor abundamiento, ver Laudo, ¶¶ 384-391.

<sup>52</sup> Laudo, ¶ 405.

<sup>53</sup> Laudo, ¶ 410. En particular, el Tribunal Arbitral retoma el análisis y conclusión realizados por un tribunal arbitral local constituido al amparo de la cláusula arbitral del contrato de concesión vigente, para determinar que dicho acuerdo no permitía una revisión futura de las regalías ya pagadas. Ver Laudo, ¶¶ 392-411, y laudo del 27 de abril de 2022 (R-0083).

conducta arbitraria que contraviene el estándar del trato justo y equitativo del Tratado y el derecho internacional.

84. Así, considerando que tanto las Partes como el Tribunal Arbitral están de acuerdo que ambas interpretaciones eran y son plausibles, y que el término es ambiguo, en mi parecer, no se puede concluir que las autoridades colombianas, al realizar la interpretación contractual antes mencionada, incurrieron en una conducta arbitraria que pueda constituir una violación del Trato Justo y Equitativo bajo el Tratado, de conformidad con el contenido de dicho estándar desarrollado en los párrafos 706 y 707 del Laudo.
85. En dicho sentido, el hecho que el Tribunal discrepe de la interpretación dada por Colombia a dicha disposición contractual, determinando que ella no permite bajo los “Acuerdos 2011” la aplicación retrospectiva de la Resolución 293, no es suficiente para alcanzar el umbral de una violación del Tratado. Cabe hacer notar al respecto, que tal como lo señala el Laudo,<sup>54</sup> el hecho que se pueda considerar que una conducta pudiera resultar irregular bajo parámetros de derecho doméstico, no basta para constituir una contravención del estándar de trato justo y equitativo.

\*\*\*

86. Por las razones mencionadas en la sección III, disiento de lo expresado por la Mayoría en la sección V.2.3.2. (B) correspondiente a los párrafos 811 a 844 y reflejados en la sección dispositiva en los párrafos 887.3(i) y (ii) del Laudo. En mi opinión, el Tribunal Arbitral debería haber rechazado la solicitud de indemnidad por daños futuros presentada por la Demandante. A la luz de mi disidencia respecto de la solicitud de indemnidad de la Demandante, no acompaño tampoco a la Mayoría en su decisión respecto de las costas del arbitraje. Por las mismas razones, tampoco comparto la decisión de la Mayoría sobre otorgar intereses sobre cada una de las referidas órdenes ni la decisión reflejada en el párrafo 887.9 del Laudo.
87. Asimismo, por las razones indicadas en la sección IV también disiento de parte de las conclusiones de la Mayoría sobre la naturaleza de las conductas estatales que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado. En mi opinión, el Tribunal Arbitral debió concluir que ni la presentación de la Petición de Cundinamarca ante el juez administrativo, ni la interpretación contractual realizada por las autoridades colombianas del término “provisional” en un acuerdo entre las Partes, pueden dar lugar a una conducta arbitraria que sea constitutiva de violación de una obligación internacional del Estado colombiano. En consecuencia, mi concurrencia con la decisión sobre responsabilidad en el Laudo debe entenderse calificada por lo señalado en la sección IV de esta opinión disidente parcial, en particular respecto de los párrafos 406, 410, 748, 751, 753 y 755 del Laudo.

*[Página de firma a continuación]*

---

<sup>54</sup> Laudo, ¶ 168.

[Firmado]

---

Prof. Andrés Jana Linetzky  
Árbitro

Fecha: 10 de junio de 2024