

**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”).¹ 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,² 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

¹ 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).

² En particular, si esta debe ser aplicable solo al níquel o también al hierro.

mencionadas son contrarias a los términos del Tratado³ 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”⁴ 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.”⁵
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.⁶
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”⁷, 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

³ 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).

⁴ Conclusiones Demandante, ¶ 261(b)(ii).

⁵ Conclusiones Demandante, ¶ 261(c)(ii).

⁶ Conclusiones Demandada, ¶¶ 205-206.

⁷ 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.⁸

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.

⁸ 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 [...].⁹

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.¹⁰

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.

⁹ Laudo, ¶¶ 837-840 (notas al pie omitidas).

¹⁰ 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.¹¹ 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.¹² Sin embargo, la Mayoría considera que este elemento no

¹¹ 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).

¹² 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.¹³ Así, la Mayoría considera que la incertidumbre que rodea la demanda de daños futuros radica en la “materialización del daño”.¹⁴

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.¹⁵ 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.¹⁶
22. Sin perjuicio de las consideraciones que el Laudo hace respecto de dicho caso,¹⁷ 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.¹⁸ Estas

¹³ Ver Laudo, ¶¶ 820 y 815.

¹⁴ Laudo, ¶ 818.

¹⁵ Ver, Conclusiones de la Demandada, ¶¶ 40, 61.

¹⁶ *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).

¹⁷ Ver, Laudo, ¶ 789.

¹⁸ *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.¹⁹
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,²⁰ 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.”).

¹⁹ Ver Laudo, ¶ 820.

²⁰ 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.”²¹

30. Así, de conformidad con este principio de reparación integral, reconocido como aplicable por ambas Partes,²² 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.”²³
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.

²¹ *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 [...]*”).

²² Memorial, ¶ 239; Dúplica, ¶ 528.

²³ 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.”²⁴
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].²⁵
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

²⁴ Tratado, Artículo IX.7 (C-0001).

²⁵ 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 Demandante²⁶, 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.²⁷
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 South32,²⁸ 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.²⁹ 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

²⁶ Ver Laudo, ¶ 830.

²⁷ Ver Laudo, ¶ 831.

²⁸ Ver Laudo, ¶ 106.

²⁹ 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”.³⁰
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

³⁰ 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.³¹

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.”³² 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.”³³ 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

³¹ 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).

³² Laudo, ¶ 825.

³³ 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.³⁴

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,³⁵ 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.³⁶
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.

³⁴ *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.”

³⁵ 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.”)

³⁶ 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”.³⁷
 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”.³⁸ 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.”³⁹
 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

³⁷ Laudo, ¶ 179.

³⁸ Ver Laudo, ¶ 821, citando Memorial, ¶ 241.

³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹
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”⁴² o “inició una acción judicial”⁴³ 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 2015⁴⁴ 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.”⁴⁵
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

⁴⁰ Escrito de Conclusiones, República de Colombia, ¶¶ 41-48.

⁴¹ Escrito de Conclusiones, República de Colombia, ¶¶ 41-43.

⁴² Laudo, ¶ 424.

⁴³ Laudo, ¶ 610.

⁴⁴ Laudo, ¶ 426.

⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.⁴⁷
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 2011⁴⁸ constituye una conducta estatal que alcance el umbral requerido para convertirse en un ilícito internacional.

⁴⁶ 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.”)

⁴⁷ Laudo, ¶¶ 751 y 753.

⁴⁸ 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.⁴⁹*

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 293.⁵⁰
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.⁵¹
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,”⁵² pero la Mayoría determina que “la justificación brindada por la Demandada para aplicar retrospectivamente la Resolución 293 [...] no resulta razonable.”⁵³
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

⁴⁹ Acuerdo entre CMSA y Ingeominas de 30 de agosto de 2011, cláusula 2 (C-0022).

⁵⁰ Réplica, ¶ 107.

⁵¹ Para mayor abundamiento, ver Laudo, ¶¶ 384-391.

⁵² Laudo, ¶ 405.

⁵³ 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,⁵⁴ 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]

⁵⁴ Laudo, ¶ 168.

[Firmado]

Prof. Andrés Jana Linetzky
Árbitro

Fecha: 10 de junio de 2024