

### Opinión Parcialmente Disidente

1. Por las razones que se exponen a continuación, sobre la base de los hechos específicos y del derecho aplicable en el presente caso, y pese a determinadas coincidencias en el análisis jurídico y los hechos considerados en la decisión y en esta opinión disidente con respecto a la reclamación de expropiación indirecta o en relación con ella, considero que no puedo compartir las conclusiones de la decisión respecto de esta reclamación.
2. Asimismo, aunque estoy de acuerdo con la determinación final de la reclamación sobre trato justo y equitativo de la Demandante, no estoy de acuerdo —como se hace evidente de la comparación de esta opinión disidente con la decisión— con todas y cada una de las conclusiones, comprensión de las pruebas o análisis que conducen a dicha decisión.
3. El Anexo 811 (2)(b) del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá (el “Tratado”) debe leerse en el contexto del derecho internacional general para su comprensión e interpretación. Tal como se establece en el laudo *Phoenix*, las Partes en un tratado no pueden sustraerse del sistema de derecho internacional. Tan pronto como los Estados contratan entre sí, lo hacen automática y necesariamente en el marco del sistema del derecho internacional<sup>1</sup>, que trae a escena los principios generales del derecho y las doctrinas del derecho internacional<sup>2</sup>. Por lo tanto, al momento de ser interpretadas, las disposiciones de este Tratado no pueden aislarse del derecho internacional general.
4. El Anexo 811 (2)(b) hace referencia a “*circunstancias extraordinarias*” e incluye, como ejemplo de situaciones en las que se configurarían “*circunstancias extraordinarias*”, “*cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe [o de carácter] no discriminatori[o]*”<sup>3</sup>. Si se presentan circunstancias extraordinarias en virtud del derecho internacional, puede concluirse que se produjo una expropiación indirecta.
5. La frase “*circunstancias extraordinarias*” permite un amplio margen de interpretación. En el ejercicio de interpretación correspondiente, los factores jurídicos que se han de considerar desde una perspectiva de derecho internacional incluyen las expectativas legítimas creadas cuando se suscribió la concesión el 8 de febrero de 2007

---

<sup>1</sup> *Phoenix Action, Ltd. c. La República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo (15 de abril de 2009), párr. 77.

<sup>2</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31(3)(c) (Anexo CL-3).

<sup>3</sup> Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá (firmado el 21 de noviembre de 2008 y que entró en vigor el 15 de agosto de 2011) (Anexo C-22; véase también Anexo R-137).

(la “Concesión”<sup>4</sup>) con respecto a la titularidad/los derechos de la Concesión de la Demandante, los principios generales de derecho internacional público de *pacta sunt servanda*, buena fe (incluidas las expectativas legítimas y la condena del abuso de derechos) y el principio de proporcionalidad. En efecto, aunque la buena fe —principio general del derecho internacional consuetudinario— engloba todos estos últimos principios que, a su vez, contribuyen a configurar la noción de buena fe y su sustancia, el principio de *pacta sunt servanda* es un principio general, independiente del derecho internacional consuetudinario.

6. Lo expuesto *supra* es pertinente en relación con acuerdos contractuales como la Concesión. Los derechos contractuales que de allí emanan son inversiones protegidas en virtud de la definición de inversión del Artículo 838(g)(i), Sección “C” del Tratado, que incluye de forma expresa las concesiones. Los derechos contractuales amparados en esta disposición (a diferencia de otras situaciones que también podrían entrar en su ámbito de aplicación) son especialmente proclives a generar expectativas legítimas frustradas por la aplicación retroactiva o retrospectiva de las leyes, incluidas, a título meramente enunciativo, las leyes ambientales, en la medida en que no vayan acompañadas de una indemnización plena o de una oferta creíble de indemnizar plenamente. De hecho, en virtud del Artículo 811(1)(c) del Tratado, la falta de indemnización, tal y como se define en el Tratado, constituye una violación del Tratado, por lo que la expropiación deviene ilícita en virtud del derecho internacional.
7. La validez de la Concesión en virtud del derecho colombiano no ha sido cuestionada, por lo que la conclusión necesaria es que la Concesión se hizo teniendo el concesionario la expectativa legítima de que los derechos que le correspondían en virtud de ella serían respetados, incluido, a título meramente enunciativo, su derecho a obtener una rentabilidad o un beneficio económico. La frustración de tales derechos resultante de una legislación o normativa de carácter retroactivo o retrospectivo debe tenerse en cuenta necesariamente para determinar si se han conculcado las garantías del Tratado, incluso en el análisis de si concurren las “*circunstancias extraordinarias*”. Conforme se analizará *infra*, una concesión válida en virtud del derecho colombiano confiere al concesionario derechos adquiridos de exploración y explotación del recurso minero dentro de los límites de la Concesión tal como fue otorgada.
8. Asimismo, la protección de las expectativas legítimas está íntimamente entrelazada con las reglas del derecho internacional consuetudinario, de relevancia sustancial cuando existe incertidumbre en el régimen jurídico aplicable introducida por la conducta del Estado tras el otorgamiento de derechos contractuales en virtud de una transacción en la que el Estado es parte.
9. Como lo ha decidido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>5</sup>, la protección de las expectativas legítimas constituye no solo un componente de la regla general de buena fe

---

<sup>4</sup> Contrato de Concesión 3452, 8 de febrero de 2007 (Anexo C-16).

<sup>5</sup> *Opel Austria GmbH c. Consejo de la Unión Europea*, Asunto T-115/94, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) (22 de enero de 1997), Recopilación de Jurisprudencia 1997, página II-00039.

del derecho internacional consuetudinario sino que, en efecto, dicha regla es un corolario de la protección de las expectativas legítimas como principio general del derecho<sup>6</sup> indisolublemente ligado a la regla de buena fe del derecho internacional consuetudinario.

*“El principio de buena fe, codificado por el artículo 18 del Convenio de Viena I, es un principio del Derecho internacional consuetudinario cuya existencia ha sido reconocida por el Tribunal Internacional de Justicia y que, en consecuencia, vincula a la Comunidad. Dicho principio es, en el Derecho internacional público, corolario del principio de protección de la confianza legítima, el cual forma parte del ordenamiento jurídico comunitario, de modo que tiene derecho a invocarlo cualquier operador económico al que una Institución haya hecho concebir esperanzas fundadas”<sup>7</sup>.*

10. Aunque ese caso se refería a la aplicación en el tiempo de una disposición del Acuerdo de la CE, defiende un principio general del derecho internacional consuetudinario que es claramente pertinente cuando los derechos adquiridos están expuestos a la aplicación retroactiva de normas jurídicas, afectando así negativamente la seguridad y previsibilidad jurídicas y las expectativas concomitantes asociadas a ellas. En ese sentido, cobra relevancia el siguiente fragmento de esta sentencia:

*“El principio de seguridad jurídica exige que la legislación comunitaria sea precisa y su aplicación previsible para los justiciables y que todo acto de las Instituciones que produzca efectos jurídicos sea claro y preciso y sea notificado al interesado de forma que éste pueda conocer con certeza el momento a partir del cual el citado acto existe y comienza a surtir efectos jurídicos. Este imperativo se impone con rigor especial cuando se trata de un acto que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen”<sup>8</sup>.*

11. A fines de considerar, a la luz de lo expuesto *supra*, si se dan “*circunstancias extraordinarias*” ante las cuales, por ejemplo, la conculcación de los derechos de un concesionario en virtud de una concesión conllevaría una violación del Artículo 811(1) del Tratado y de su Anexo 811(2)(b), es necesario tener en cuenta que las *circunstancias*

---

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo (22 de septiembre de 2014) (Anexo RL-96), párr. 576, donde se demuestra que la protección de las expectativas legítimas es un principio general del derecho. La Corte Internacional de Justicia no ha avalado la existencia de un principio de derecho internacional que proteja las expectativas legítimas (*Obligación de Negociar el Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Fallo de 1 de octubre de 2018, ICJ Report 2018, página 507, pág. 559 (párr. 162)). Sin embargo, los hechos que dieron lugar a esta decisión se referían a la existencia o a la inexistencia de la obligación de negociar los límites marítimos en una controversia interestatal, y no a hacer valer derechos de concesión protegidos por un tratado bilateral de protección de inversiones. Además, el Tribunal reconoció explícitamente que el principio de expectativas legítimas se aplicaba en controversias sobre inversiones en virtud de tratados.

<sup>7</sup> *Ibidem*, en II-40.

<sup>8</sup> *Ibidem*, en II-41.

*normales* exigen no aplicar retroactivamente leyes o normas que interfieran con los derechos contractuales y anulen los derechos adquiridos o las expectativas asociadas a tales derechos. No puede ser “normal” dar por sentada la aplicación retroactiva de la ley o de las normas jurídicas para anular los derechos de concesión, que son de naturaleza prospectiva, particularmente cuando el Estado parte del contrato persigue dicha aplicación en detrimento de la contraparte que es un particular en una situación como la que nos ocupa, en la que el Estado desempeñó un papel activo en la atracción de inversiones mediante, *inter alia*, el incentivo de una concesión sobre la base de un acuerdo entre el Estado y un particular cuyo régimen jurídico es controlado unilateralmente por el Estado. En dicho escenario, si se produce tal interferencia, se engendra una “*circunstancia extraordinaria*”, por lo que puede corresponder la indemnización.

12. El derecho colombiano arroja conclusiones similares. De conformidad con el derecho colombiano, incluido el derecho constitucional de ese país, la aplicación retroactiva (que afecta los derechos adquiridos, Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia) o retrospectiva (que afecta las relaciones en curso) de las leyes nacionales exige una indemnización. Pese a que esta disposición privilegia el interés público por sobre los meramente privados, prevé indemnización en caso de privación de los derechos de propiedad. En este sentido, el Artículo 58 no solo impide la aplicación retroactiva de la ley como garantía constitucional básica, sino que también establece que los derechos adquiridos forman parte de los derechos de propiedad protegidos por esta disposición, que en el presente caso cobran vida simultáneamente con la entrada en vigor del contrato o de la concesión que constituyen su fuente<sup>9</sup>. A su vez, la noción de derechos adquiridos conlleva inequívocamente el principio de que los derechos adquiridos no pueden ser erosionados o suprimidos por una aplicación retroactiva de la ley sin compensar la privación de tales derechos protegidos por la Constitución Política de Colombia.
13. Asimismo, entra en escena el principio de la “confianza legítima” del derecho colombiano (en inglés, *legitimate expectation* o *reliance*). La aplicación retroactiva de la ley en detrimento de los derechos adquiridos en virtud del derecho colombiano sería una violación

---

<sup>9</sup> (Todas las citas de textos jurídicos o de jurisprudencia colombiana que se incluyen en esta opinión hacen referencia a su texto original en español). El Artículo 58 de la Constitución Política de Colombia (Anexo C-65) dispone lo siguiente: “*Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio*”. El principio de irretroactividad se corrobora, además, con el Artículo 46 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas de Colombia, Anexo C-8): “*Normatividad del contrato. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales*”.

aún más flagrante tanto del principio de expectativas legítimas en virtud del derecho internacional como de los principios de confianza legítima y derechos adquiridos en virtud del derecho colombiano. Cabe señalar que, en virtud del derecho constitucional colombiano, todos los derechos adquiridos, la confianza legítima y la seguridad jurídica se encuentran dentro del ámbito protegido del principio de buena fe y, por ende, están unidos por un hilo conductor común<sup>10</sup>. Sería entonces la “*más extraordinaria de las circunstancias*” determinar que no hubo conculcación del Anexo 811(2)(b) sobre la base de los hechos y del derecho aplicable en el presente caso, considerados desde la perspectiva tanto del derecho nacional como del derecho internacional aplicables, incluida la referencia al principio de buena fe que hace dicha disposición. Tal proximidad entre el derecho interno y el internacional evoca el tipo de convergencia de principios jurídicos subrayada en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se hace referencia en el párr. 9 *supra*.

14. En virtud del derecho colombiano, no existe limitación a la aplicación de estos principios con respecto a las normas ambientales. En concreto, el Concepto 2233 del Consejo de Estado de 11 de diciembre de 2014 establece que: a) las doctrinas de los derechos adquiridos y de la confianza legítima son de aplicación (no están excluidas) en relación con la normativa ambiental<sup>11</sup>; y b) tanto los supuestos de aplicación retroactiva de la ley respecto de derechos adquiridos como los de aplicación retrospectiva de la ley respecto de relaciones en curso dan lugar a indemnización<sup>12</sup>. De hecho, la Sentencia C-35 de la Corte Constitucional es un reconocimiento explícito de los efectos retroactivos de sus determinaciones porque señala en forma expresa que está destinada deliberadamente a subsanar lo que se describe como el entonces existente “déficit de protección jurídica de los ecosistemas de páramo”<sup>13</sup>, dicho de otro modo, a modificar la ley entonces vigente.
15. En el presente caso, las nociones de derechos adquiridos y confianza legítima en virtud del derecho administrativo colombiano y las nociones convergentes de derecho internacional a las que se hace referencia *supra* desempeñan un papel central en la evaluación del contexto fáctico y jurídico de las situaciones que dan lugar a estas reclamaciones en virtud del Tratado, incluidas aquellas por expropiación.
16. Centrándonos ahora en el texto del Anexo 811 (2)(b), esta disposición requiere un análisis de los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe, proporcionalidad, expectativas legítimas y abuso de derechos. Dichos principios deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar las referencias a la “severidad” o al “objetivo” de las medidas afectadas por la aplicación del Anexo 811(2)(b).
17. Según argumenta la Demandante y se demuestra en el testimonio de Mark Moseley-Williams (no refutado en esta parte), el yacimiento Angostura de 150 hectáreas es el más

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Concepto 2233 (11 de diciembre de 2014), págs. 38-39 (Anexo R-135).

<sup>11</sup> *Ibidem*, págs. 36-37, No. 1.1.

<sup>12</sup> *Ibidem*, págs. 36-40. Esta es también la situación en Derecho internacional: *infra*, nota al pie 36.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-35 (8 de febrero de 2016), párrs. 166-169, págs. 140-141 (Anexo C-42).

atractivo de la Concesión en términos de reservas de plata y oro. Este sector de la Concesión se superpone con el 0,09 % del Páramo de Santurbán (presumiendo (*quod non*) la delimitación del Páramo conforme a las Resoluciones 2090 de 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible<sup>14</sup> y la Resolución VSC 829 de 2 de agosto de 2016 de la Agencia Nacional de Minería)<sup>15</sup>, pero priva al concesionario de más del 50 % de sus derechos mineros emanados de la Concesión y torna económicamente inviable la explotación minera de la Concesión<sup>16</sup>. Sin embargo, ni la Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional ni la Resolución 2090 de 2014<sup>17</sup>, que antecedió a la Resolución VSC 829, pueden tomarse como el criterio definitivo de delimitación, pues la posterior Sentencia T-361 de 2017 de la Corte Constitucional dejó sin efecto la Resolución 2090 y ordenó una nueva delimitación del Páramo, aunque teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Resolución 2090.

18. No obstante, el significado o los efectos reales de esta última Sentencia del Tribunal Constitucional son poco claros, ya que: a) no delimitó el Páramo de Santurbán; b) en términos imprecisos, dispone que, como resultado de cualquier delimitación, los niveles de protección del Páramo no pueden ser inferiores “en términos de protección del ambiente” que los fijados en la Resolución 2090; c) aun así, continúa, la demarcación del Páramo precisada en dicha Resolución puede ser modificada en vista de errores cometidos en la demarcación; d) en cualquier caso, establece además que cualquier transformación subsiguiente no puede afectar negativamente las medidas de conservación o salvaguarda del Páramo “en términos globales”; y e) afirma que en la delimitación debe tenerse en cuenta la clasificación de las zonas de Páramo en virtud del informe expedido por el Instituto Alexander Humboldt (IAvH)<sup>18</sup>. En cualquier caso, la orden de esta Decisión al Ministerio de Ambiente de delimitar el Páramo en el plazo de un año, en forma de acto administrativo, nunca se llevó a cabo.
19. El 24 de diciembre de 2016, la Corte Constitucional denegó la solicitud de aclaración de su Sentencia C-035 a pesar de que diversos sectores habían señalado la falta de claridad en su sentido y efectos<sup>19</sup>. Debe observarse también que distintas leyes, resoluciones o decisiones judiciales (por ejemplo, la Ley 1930 de 2018<sup>20</sup> en su Artículo 14; la Resolución

---

<sup>14</sup> Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Resolución No. 2090 de 2014 (19 de diciembre de 2014) (Anexo C-34).

<sup>15</sup> Agencia Nacional de Minería, Resolución No. VSC 829 (2 de agosto de 2016) (Anexo C-53).

<sup>16</sup> Declaración testimonial de Mark Moseley-Williams (19 de marzo de 2018), párr. 59. Más concretamente, como resultado de la Resolución 2090, el Páramo de Santurbán se superpone con: a) el 50,7 % de la Concesión y el 32,4 % del yacimiento Angostura; y b) el 3,9 % de la zona de restauración de la Concesión y el 27,6 % de dicha zona correspondiente al yacimiento Angostura (*ibidem*, párrs. 25-26).

<sup>17</sup> Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Resolución No. 2090 de 2014 (19 de diciembre de 2014) (Anexo C-34).

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. T-361 (30 de mayo de 2017), págs. 261-262 (Anexo C-244).

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Auto 138/16 (6 de abril de 2016) (Anexo C-49).

<sup>20</sup> Ley No. 1930 (27 de julio de 2018) (Anexo R-51).

769 de 2002 en su Artículo 8<sup>21</sup>, la Sentencia T-361 de 2012 de la Corte Constitucional en el párr. 15.3.4<sup>22</sup>; el Concepto 2233 de 2014 del Consejo de Estado, en 7-8<sup>23</sup>) imponen al Estado, en cumplimiento de sus deberes constitucionales, la obligación unilateral de adquirir, por iniciativa propia, zonas de páramo, lo cual, de haberse cumplido, probablemente habría evitado violaciones del derecho colombiano y del derecho internacional que condujeron a las reclamaciones de la Demandante en este caso; empero, a pesar de la importancia ecológica vital de este recurso natural y de los deberes constitucionales de Colombia que, desde el año 1997 (Ley 373), exigían a Colombia adquirir zonas de páramo (y, en consecuencia, delimitar dichas zonas para determinar lo que debía adquirirse), otorgó en cambio, en el año 2007, una Concesión a la Demandante sin establecer primero si se superponía o no con la zona de páramo sujeta a las obligaciones de adquisición de zonas de páramo de Colombia. Colombia tampoco intentó adquirir los derechos de concesión que había otorgado a la Demandante limitados al sector de la Concesión que comprende el Páramo de Santurbán, lo que habría estado en consonancia con el mandato establecido en la Ley 373 de proteger los páramos.

20. Ninguna debida diligencia que se realizara en el año 2007 —cuando se suscribió la Concesión— podría haber previsto las incertidumbres y contradicciones concomitantes creadas por la conducta del Estado posterior a la Concesión resumidas en los párrs. 16-19 *supra*<sup>24</sup>. Asimismo, ninguna debida diligencia que hiciera la Demandante podría haberle permitido predecir el menoscabo radical de sus derechos emanados de la Concesión a través de la conducta del Estado receptor o justificar el incumplimiento por parte del Estado de sus propias obligaciones, constitucionalmente impuestas, de proteger los páramos, recordadas por el Consejo de Estado de Colombia<sup>25</sup>, que fueron ignoradas al otorgar la Concesión. En el contexto específico de las transacciones en cuestión, esta situación de desigualdad genera obligaciones tanto legales como morales para el Estado de no ejercer de manera irrazonable o desproporcionada sus poderes regulatorios o de policía unilaterales<sup>26</sup>, ya que la Demandada es la única responsable por no haber llevado a cabo ninguna debida diligencia o conducta y por su falta de previsión al determinar el derecho legal que le corresponde al particular en virtud de la Concesión teniendo en cuenta los intereses sociales o estatales comprometidos al otorgarla.
21. Además, las declaraciones generales sobre la protección del medio ambiente previas a la Concesión no podrían haber alertado a la Demandante sobre cuestiones específicas relativas a sus derechos de concesión y su alcance o delimitación, pero ciertamente deberían haber alertado al Estado para que no otorgara derechos de concesión que

---

<sup>21</sup> Ministerio del Medio Ambiente, Resolución No. 769 (5 de agosto de 2002) (Anexo C-9).

<sup>22</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-361 (30 de mayo de 2017) (Anexo C-244).

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Concepto 2233 (11 de diciembre de 2014) (Anexo R-135).

<sup>24</sup> La conducta del Estado posterior a la Concesión como la descrita, *inter alia*, en los párrs. 772-805 de la decisión, así como los hechos y las circunstancias aludidos en su conclusión en el párr. 820, no podía haber sido prevista por el concesionario al celebrar la Concesión.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Concepto 2233 de 11 de diciembre de 2014, págs. 16-99 (Anexo R-135).

<sup>26</sup> J.D.B Mitchell, *The Contracts of Public Authorities, a Comparative Study* (University of London (London School of Economics), 1954), pág. 91.

interfirieran real o potencialmente en sus leyes u obligaciones relativas a la protección del Páramo, incluida la debida diligencia preliminar para evitar dicha interferencia, que debería haber incluido la delimitación del Páramo a través del accionar estatal antes del otorgamiento de la Concesión. Estaba exclusivamente en manos del Estado delimitar el Páramo: el particular no podía sustituir al Estado para llevar a cabo dicha delimitación. Si el Estado no tuvo esta previsión, tampoco podría haberla tenido la Demandante.

22. El IAvH se creó en virtud de la Ley General Ambiental de 1993<sup>27</sup>. Tardó 17 años en emitir su Informe de 2007 sobre los páramos<sup>28</sup>, incluido el de Santurbán, evaluando su fragilidad y estableciendo su dimensión geográfica general (pero no la delimitación de Santurbán) tras suscribir la Concesión. La Demandante no podría haberlo previsto con una debida diligencia, que a todas luces no fue emprendida por el propio Estado en la protección de un Páramo ya identificado en los mapas colombianos desde el año 1851<sup>29</sup> y —como era de conocimiento público— que había sido objeto de continuas operaciones mineras — aparentemente destructivas— desde entonces sin que el Estado colombiano haya tomado medidas efectivas para contrarrestarlo a pesar de las aparentemente obvias características delicadas del ecosistema de este Páramo.
23. La afectación radical de los derechos adquiridos del concesionario derivada de la conducta estatal consistente, *inter alia*, en la delimitación incierta del yacimiento Angostura, enraizada a su vez en la incertidumbre de la delimitación de la propia Concesión, no puede disociarse de la neutralización paralela del ejercicio de tales derechos para, por ejemplo, obtener las licencias mineras, por lo que se exige necesariamente la delimitación previa del área autorizada en la que se llevarían a cabo las actividades de exploración y explotación. En ese sentido (y a todos los efectos jurídicos, incluso para evaluar la existencia de una expropiación indirecta en virtud del Tratado), no es posible —salvo que se adopte un enfoque formalista— disociar un derecho adquirido en virtud de la ley aplicable de su ejercicio: no hay distinción entre negar la existencia de un derecho adquirido y neutralizar su ejercicio mediante un accionar o un comportamiento particular o estatal, como ha sucedido en este caso. Los derechos adquiridos se hacen a un lado tanto cuando se rechaza su existencia como cuando se menoscaba su ejercicio. Por lo tanto, una evaluación holística de la situación que nos ocupa muestra que los derechos adquiridos de la Demandante han sido denegados en su totalidad y, en consecuencia, que se ha producido una expropiación ilícita en virtud del Tratado.
24. Las incertidumbres en la delimitación de la Concesión se debieron en parte a las luchas sociales entre los usuarios del agua de la ciudad de Bucaramanga y los mineros del municipio de Vetas. Sin embargo, la Demandante no originó ni pudo predecir el impacto de este conflicto social en la delimitación del Páramo como resultado de las medidas. Por el contrario, el Estado (en cumplimiento de sus obligaciones políticas y sociales básicas) debió ser consciente de la contraposición de intereses entre los distintos sectores de su población (como lo testificó la Ministra Luz Helena Sarmiento<sup>30</sup> y lo reconoció la Corte

---

<sup>27</sup> Ley No. 99 de 1993 (22 de diciembre de 1993), Artículos 16(c) y 19 (Anexo C-66).

<sup>28</sup> IAvH, Atlas de Páramos de Colombia (2007) (Anexo C-14).

<sup>29</sup> Artículo “El tal páramo de Santurbán sí existe”, La Silla Vacía (8 de septiembre de 2014) (Anexo R-110).

<sup>30</sup> Transcripción de la audiencia, Día 2 (21 de enero de 2020), págs. 266-278.

Constitucional de Colombia<sup>31</sup>) que —como se aceptó en la decisión— en parte sustancial explican la conducta serpenteante del Estado en relación con el Páramo antes y después de la adopción de las medidas y la incertidumbre sobre su delimitación, que existe todavía hoy día.

25. Por lo tanto, una evaluación comparativa de la severidad: (i) del perjuicio al Páramo que se pretende evitar con la Resolución 2090, la Sentencia C-35 de la Corte Constitucional y la Resolución VSC 829 (en forma conjunta, las “Medidas”) a la luz de su objetivo (según se establece en el Anexo 811 2 (b)), y (ii) de la privación de los derechos de la Demandante causada por las Medidas, debe necesariamente tener en cuenta que la delimitación del Páramo en la que se basaron las Medidas cuando se adoptaron era, sin culpa alguna imputable a la Demandante, imprecisa, continuaba sujeta a modificación o revisión, y en cualquier caso no era definitiva, y que las Medidas, que no podían haber sido previstas por la Demandante al contratar, fueron perjudiciales para la Demandante al privarla sustancialmente de sus derechos adquiridos en virtud de la Concesión, particularmente en relación con el yacimiento Angostura. La Demandada tenía plena responsabilidad de tal incertidumbre, cuya mera existencia también conculcaba los deberes constitucionales de la Demandada. Dicha evaluación también debe tener en cuenta los efectos relativamente mínimos sobre el Páramo de Santurbán de la explotación del yacimiento Angostura, que —aun si se considera hipotéticamente la exactitud de la delimitación del Páramo de conformidad con las Medidas— solo afecta a menos del 1 % del Páramo en su totalidad.
26. En vista de lo expuesto *supra*, los principios de proporcionalidad y abuso de derechos — que guardan una vinculación estrecha y funcionan *in tandem*— y el principio de buena fe, incluida la noción de expectativas legítimas que le es inherente, a los que se hace referencia en el Anexo 811(2)(b), requieren un ejercicio de ponderación y equilibrio<sup>32</sup>. Dicho ejercicio de ponderación y equilibrio, que también se justifica en el derecho constitucional colombiano, es parte integrante de la determinación de los alcances y límites de dichos principios, a la luz de las facultades públicas y regulatorias del Estado<sup>33</sup>.
27. El impacto negativo y estricto de las Medidas sobre los derechos de la Demandante emanados de la Concesión no es objeto de controversia, puesto que no se cuestiona que, como consecuencia de las Medidas, la Concesión se encuentre, para todos los efectos prácticos, privada de valor económico o, en otros términos, que se haya destruido la inversión de la Demandante. En vista de la naturaleza incierta del ejercicio de delimitación en el que se basan las Medidas, no es posible concluir que los objetivos de dichas Medidas

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. T-361 (30 de mayo de 2017) (Anexo C-244), párrs. 19-20 y parte dispositiva, págs. 254-284.

<sup>32</sup> No solo debe aplicarse este ejercicio de ponderación y equilibrio en una línea de proporcionalidad y razonabilidad en el momento de interpretar y aplicar el Anexo 811(2) de conformidad con el derecho internacional, sino que también así lo ordena el derecho colombiano en casos de expropiación (cuando se cuestiona la constitucionalidad de la norma aplicable, pero que, *mutatis mutandis*, se enuncia como principio general (Corte Constitucional, Sentencia No. C-35 (8 de febrero de 2016) (Anexo C-42), párrs. 52-53, 56-57, párr. 61, pág. 64)). Según esta Decisión, los controles constitucionales más estrictos se producen al aplicar dicho principio en situaciones en las que se aplica retroactivamente una norma jurídica, ya que, en esos casos, los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima inclinan la balanza a favor del particular (*Ibidem*, párrs. 74-75, pág. 71).

<sup>33</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. C-35 (8 de febrero de 2016) (Anexo C-42), párr. 124, pág. 117.

—proteger el Páramo— fueran perseguidos o adoptados de buena fe ni proporcionados a la consecución de dicho objetivo. La omisión por parte de Colombia de delimitar el Páramo antes de otorgar la Concesión y que Colombia, sin embargo, haya recurrido ulteriormente a su potestad legislativa unilateral para imponer al concesionario una delimitación del Páramo cuyas deficiencias ya han sido puestas de manifiesto, lo que causó un perjuicio retroactivo a los derechos del concesionario sin que haya mediado el pago de indemnización, tampoco es compatible con el principio de buena fe al que se hace referencia en el Anexo 811(2) del Tratado<sup>34</sup>. A falta de una delimitación fiable del Páramo, no es posible comprender cuál es el perjuicio real (si lo hubiera) que suponen los derechos en virtud de la Concesión a efectos de la protección del ecosistema de Páramo que supuestamente persiguen las Medidas. Por lo tanto, la severidad del daño infligido a la Demandante no guarda proporción con los objetivos de protección de las Medidas ya que: a) naturalmente, las Medidas no eran razonables ni apropiadas a tal efecto porque la delimitación del Páramo de Santurbán resultante de las Medidas no podía presumirse definitiva ni correcta en vista de la Sentencia T-361 de 2017 de la Corte Constitucional<sup>35</sup>, y b) las Medidas eran de todos modos de aplicación independientemente de cualquier acción u oposición que planteara la Demandante contra dicha aplicación.

28. Debido a su objetivo —proteger el Páramo de Santurbán—, las Medidas se califican como medidas “*diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público*” a las que se hace alusión en el Anexo 811(2)(b), lo que incluye la protección del medio ambiente. Sin embargo, no es posible privilegiar la persecución unilateral de tales objetivos por parte del Estado sin que medie el pago de indemnización sin hacer a un lado la referencia a las *circunstancias extraordinarias*, ya que una interpretación de esta disposición que ignorara tal calificación expresa de los derechos del Estado a proteger el bienestar público sería incorrecta: la referencia a las *circunstancias extraordinarias* significa a todas luces que tales derechos del Estado no son absolutos ni ilimitados, y que su ejercicio, aun suponiendo hipotéticamente su validez en virtud del derecho nacional aplicable, puede exigir —según las circunstancias— una indemnización de modo tal de no infringir el derecho internacional<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> El estándar de buena fe en virtud del derecho internacional es objetivo. No es necesario demostrar la intención o motivación de mala fe para demostrar la ausencia de buena fe. Como se indica en el párr. 161 de *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000) (Anexo RL-55): “*La intención del gobierno es una cuestión compleja y multifacética [y] [c]ada una de las muchas personas que participan en la elaboración de la política gubernamental puede abordar un problema desde diversos objetivos políticos distintos y, en ocasiones, puede tener en cuenta factores políticos partidistas o preocupaciones profesionales. El Tribunal solo puede caracterizar equitativamente la motivación o intención de Canadá examinando el expediente de la prueba en su totalidad*”. [Traducción del Árbitro Disidente]

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. T-361 (30 de mayo de 2017) (Anexo C-244).

<sup>36</sup> “*Las medidas ambientales expropiatorias —por muy loables y beneficiosas que sean para la sociedad en su conjunto— son, en este sentido, similares a cualquier otra medida expropiatoria que pueda adoptar un Estado para implementar sus políticas: cuando se expropia una propiedad, incluso con objetivos ambientales, ya sean nacionales o internacionales, subsiste la obligación del estado de pagar una indemnización*”. [Traducción del Árbitro Disidente] *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/96/1, Laudo (17 de febrero de 2000) (Anexo CL-14), párr. 72.

29. Por otra parte, no se produce ninguna afectación, impedimento, obstáculo o interferencia negativa para la consecución de dichos objetivos por parte del Estado o, específicamente, el objetivo de las Medidas mediante la oponibilidad o aplicación de los derechos de la Demandante en virtud del Anexo 811(2)(b) tendiente al pago de indemnización en virtud del Artículo 811(1) del Tratado, puesto que dicho pago no impide ninguna acción que Colombia haya emprendido o emprenda en el futuro para proteger el Páramo de Santurbán en pos de los objetivos de protección del bienestar público a los que se hace referencia en dicho Anexo. En *circunstancias extraordinarias* —como las descritas *supra*—, la severidad de imponer el pago de una indemnización como resultado de las Medidas (cuya aplicación, o la promoción de las políticas subyacentes, no tuvo impedimentos y continúa no teniéndolos) no supera la severidad de la privación de los derechos adquiridos de la Demandante en virtud de la Concesión y de la consiguiente destrucción de la inversión de la Demandante.
30. Tal como se establece en relación con los contratos estatales en el contexto del ejercicio de los poderes de policía del Estado:

*“El resultado del principio general que aquí se propone es, por lo tanto, que la autoridad pública puede estar exenta del cumplimiento de su contrato según su estricta expresión, pero que cuando esta exención se derive en una pérdida para el contratista individual debe pagarse una compensación salvo cuando ese pago sea contrario al principio. Tales casos sólo deberían plantearse cuando la carga del pago fuera tal que no pudiera ser soportada por la autoridad pública”<sup>37</sup>. [Traducción del Árbitro Disidente]*

No hay nada en el expediente de este arbitraje que indique o siquiera sugiera que Colombia no podría soportar el pago a favor del inversionista de la indemnización exigible en el presente caso.

31. En consecuencia:
- (i) Las Medidas imponen retroactivamente una delimitación sobre el Páramo de Santurbán, con impacto directo y negativo sobre el yacimiento Angostura, y con el efecto de privar sustancialmente a la Demandante del valor económico de sus derechos adquiridos en virtud de la Concesión sin que medie el pago de indemnización, y por lo tanto, constituyen una violación del Artículo 811(1) del Tratado y de su Anexo 811(2)(b).
  - (ii) Al imponer retroactivamente la delimitación del Páramo de Santurbán, pero, a su vez, socavar la precisión y confiabilidad de dicha delimitación, y así crear

---

<sup>37</sup> Mitchell, citado en el párrafo 20 *supra*. El ejercicio del poder de policía predominante implica la exclusión de los recursos de cumplimiento específico o de medida cautelar o sus equivalentes, pero *“con ello no se elimina necesariamente también la indemnización, ya que es la realización o la abstención de realizar un acto en particular lo que resulta ofensivo para la norma general, y no el pago de dinero”* (también en 20). [Traducción del Árbitro Disidente]

incertidumbre en cuanto al alcance mismo de las Medidas y sus efectos, la Demandada ha conculcado los derechos adquiridos del concesionario en virtud de la Concesión, ha privado a los derechos del concesionario de su valor económico y, por lo tanto, son parte integrante de la violación por parte de la Demandada del Artículo 811(1) y del Anexo 811(2)(b) del Tratado.

- (iii) Las Medidas infringen las normas del derecho constitucional colombiano que impiden la aplicación retroactiva de la ley sin que medie el pago de indemnización, los deberes constitucionales del Estado colombiano en relación con la delimitación del Páramo y la adquisición de las áreas cubiertas del Páramo, y los principios del derecho colombiano e internacional que impiden la violación tanto de las expectativas legítimas como de los derechos adquiridos contractuales en virtud de la Concesión amparados por la definición de inversión del Tratado y protegidos por sus disposiciones y por el derecho internacional.
  - (iv) Incluso si los objetivos de las Medidas se considerasen de forma aislada, no se pone en peligro la consecución de dichos objetivos, ya que no se impide la aplicación de las Medidas ni se torna imposible o impracticable. Por ello, también a la luz de las consideraciones expuestas en los párrs. 5-30 *supra*, no pagar la indemnización requerida por el Artículo 811(1) del Tratado infligiría daños severos e injustificados al inversionista, precisamente en una situación de *circunstancias extraordinarias* de conformidad con el Anexo 811(2)(b) del Tratado en el que se justifica la indemnización.
  - (v) Lo expuesto *supra* se confirma mediante un ejercicio de ponderación y equilibrio que se lleva a cabo tomando en cuenta los objetivos de la Medida y el daño que las Medidas ocasionaron a la Demandante. Como resultado de este ejercicio, la severidad comparativa del daño y de la privación sufridos por la Demandante y su inversión como consecuencia de las Medidas supera la gravedad de la severidad de la Demandada de indemnizar en virtud del Tratado.
32. En dichas circunstancias, las Medidas: a) no son razonables ni proporcionadas al daño resultante de las Medidas ocasionado a la Demandante; es decir, la destrucción de su inversión; b) son objetivamente incompatibles con la conducta del Estado perseguida de conformidad con los principios de buena fe del derecho consuetudinario internacional a los que se hace referencia en el Anexo 811(2)(b) del Tratado (incluidos los principios de proporcionalidad y protección de las expectativas legítimas) y *pacta sunt servanda*; c) constituyen una privación arbitraria de los derechos contractuales de la Demandante en virtud de la Concesión cuyo ejercicio no impedía ni impide las acciones de la Demandada tendientes a la protección del Páramo de Santurbán; y d) constituyen, por lo tanto, una expropiación indirecta ilícita en violación del Artículo 811(1) del Tratado y su Anexo 811(2)(b), que finalmente culminó el 8 de agosto de 2016 (fecha de notificación a la Demandante de la Resolución VSC 829 de la ANM).

9 de septiembre de 2021