

Ref.: ECO ORO MINERALS CORP (Demandante) y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (Demandada). Caso CIADI No. ARB/16/41

Segunda Opinión Disidente

1. Después de considerar detenidamente el laudo sobre daños de la mayoría (el “Laudo sobre Daños”), me encuentro en la necesidad de emitir esta segunda opinión disidente.
2. Tal como se indicó en la Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños del Tribunal de fecha 9 de septiembre de 2021 (la “Decisión”), la Demandante alega que la conducta de la Demandada en violación de las expectativas legítimas de la Demandante (incluido el mantenimiento de “*un entorno de inversión estable y transparente*”¹) protegidas por el estándar de TJE comprende las siguientes medidas: (i) Resolución 2090; (ii) Sentencia C-35, (iii) Resolución VSC 829 y (iv) decisiones y opiniones de ANM². El Tribunal de Arbitraje ha aceptado que “...*la transparencia, la estabilidad y la protección de las expectativas legítimas del inversionista desempeñan un papel central en la definición del estándar de TJE...*”³.
3. En mi opinión, la Resolución 2090 del 9 de diciembre de 2014 (la “Resolución 2090”) constituye una conducta violatoria del estándar de TJE conforme al Artículo 805 (1) del TBI. Tal como indicara en el párrafo 2 de mi Opinión Disidente del 9 de septiembre de 2021 (la “Opinión”), no compartí en su totalidad la Decisión de la mayoría sobre la violación del estándar de TJE.
4. En tal sentido, por la presente me remito a los párrafos 16-32 de mi Opinión y los incorporo a modo de referencia, en los cuales concluí que la delimitación del Páramo mediante la Resolución 2090 no constituyó un ejercicio lícito de los poderes de policía de Colombia con arreglo al derecho internacional. Esa conducta ilícita es determinante de la violación del TJE y del Anexo 811 del TBI, según se indica en la Opinión. Tales determinaciones y conclusiones son particularmente relevantes y significativos con respecto a los asuntos y cuestiones abordados en la presente etapa de este arbitraje, que se refiere exclusivamente, desde una perspectiva del derecho internacional, a la causalidad, la determinación y la cuantificación de los daños derivados de una violación del TJE; es decir, sin perjuicio de si el ejercicio por parte de Colombia de sus poderes de policía fue lícito o no según el derecho nacional colombiano.

¹ Decisión, párr. 717.

² Decisión, párr. 716.

³ Decisión, párr. 754.

5. En cuanto a la causalidad de los daños, tal como alegara la Demandante, la delimitación de la Resolución 2090 (parte integral de la conducta ilícita de la Demandada conforme al derecho internacional) destruyó el Proyecto y, por ende, fue una causa directa de los daños a compensar.
6. La conducta ilícita conforme al derecho internacional no puede invocarse para denegar la aplicación del método de cálculo de daños resultantes de la propia violación que ocasionó los daños resultantes de dicha conducta. Esa conducta y los hechos y circunstancias tomados en consideración para determinar y calcular los daños resultantes de la conducta ilícita de la Demandada no pueden neutralizarse mediante los efectos causales de la propia conducta ilícita de la Demandada (es decir, la Resolución 2090). Esto es consistente con el principio de que la reparación debe, en la medida de lo posible, restablecer la situación que habría existido si no se hubiera cometido el acto ilícito⁴.
7. Por lo tanto, el hecho de que las transacciones consideradas al aplicar el Método de Transacciones Comparables (“Método TC”) tuvieron lugar, respectivamente, en los meses de febrero de 2011 y octubre de 2012 (mucho antes del 8 de agosto de 2016, la fecha de valoración) no es pertinente, no solo por los motivos indicados *supra*, sino también porque la Demandada no ha demostrado que haya habido cambios en el mercado entre esas fechas y la fecha de valoración (2016) que hayan afectado, de forma adversa, las bases del mercado para el cálculo de daños de la Demandante. Al contrario, tal como explicara la Demandante en su Réplica a las Preguntas del Tribunal de Arbitraje⁵, una transacción realizada el 21 de marzo de 2022 para la venta de una participación minoritaria en una de las propiedades, considerada al aplicar el Método TC, arrojó un precio de adquisición cercano a USD 1000 millones, cuya circunstancia demuestra que el Método TC aplicado por la Demandante y su resultado económico resultan persuasivos y correctos.
8. Existen, además, otras circunstancias (en parte, analizadas *infra*) propicias para llegar a las conclusiones anteriores, ya que, tal como se explica en el Laudo sobre Daños⁶, *“la mayoría del Tribunal acepta que Colombia puede estar beneficiándose del hecho de que no ha emitido su delimitación definitiva del Páramo de Santurbán, dado que es la ausencia de la delimitación definitiva lo que impide al Tribunal evaluar el porcentaje de probabilidad de que la explotación económica hubiera sido posible”*.
9. La Demandante afirma que había adquirido derechos de exploración y explotación dentro de la totalidad de la Concesión 3452 (la “Concesión”)⁷. En ejercicio de sus derechos adquiridos, la Demandante alega que la conducta de la Demandada creó incertidumbre en torno a los derechos de la Demandante en virtud de la Concesión, incluso como resultado de la

⁴ *Fábrica de Chorzów*, Fallo, *PCIJ Series A*, No. 17, 13 de septiembre de 1928, en 47.

⁵ En párr. 6 (b).

⁶ En párr. 317.

⁷ Decisión, párr. 499.

Resolución 2090⁸. Además de restringir los derechos de la Demandante, esta Resolución “... creó incertidumbre; no quedaba claro en qué consistirían estos lineamientos y documentos detallados y, por tanto, en qué medida afectarían a la planificación minera o cómo se modificarían los PMA de los proyectos amparados por el régimen de reconocimiento de derechos adquiridos y si se serían más estrictos”⁹. Esta Resolución creó un nivel generalizado de incertidumbre en torno a los derechos de la Demandante con respecto a la Concesión¹⁰. Además, implementar la delimitación de la Resolución 2090 sería desproporcional al interés legítimo de proteger el ecosistema del Páramo¹¹.

10. En mi opinión, el expediente del arbitraje sustancia las alegaciones de la Demandante mencionadas *supra*.
11. Tal como se indicara en la Decisión, el nivel de incertidumbre perjudicial para los derechos de la Demandante, creado por la Resolución 2090, es una clara fuente de “... un nivel de impacto económico adverso sobre la inversión cubierta de Eco Oro...”¹². Si bien la Decisión (de la cual disentí al respecto) concluyó que la conducta de la Demandada no constituyó expropiación, la Resolución 2090 es en sí una conducta violatoria del estándar de TJE, que ocasionó daños que deben compensarse.
12. Tal como se estableciera en la Decisión, la principal fuente de incertidumbre en torno a los derechos de la Demandante (ya presente en relación con la Resolución 2090 y el Atlas de 2090¹³, siendo este último un anexo y parte integral de la Resolución 2090 que contiene una representación cartográfica de la delimitación del Páramo de Santurbán¹⁴) fue la falta de delimitación lícita del Páramo de Santurbán, por la cual la Demandada fue la única responsable¹⁵, tal como fuera aceptado por el Procurador General de Colombia¹⁶ y confirmado por otras circunstancias enunciadas en la Decisión, entre ellas, las coordenadas inexplicadas que se publicaron mediante el Atlas de 2090 y otros errores relacionados con los límites del Atlas de 2090¹⁷, cuya existencia y continuidad fueran confirmadas por la Sentencia T-361 de la Corte Constitucional de Colombia que derogó la Resolución 2090¹⁸ (si bien la Resolución 2090 fue derogada, dicha Resolución ya era en sí una conducta de Colombia que había tornado inciertos y confusos los derechos de la Demandante, y que Colombia no subsanó con posterioridad). Cabe señalar que dicha conducta y sus correspondientes efectos perjudiciales para dichos derechos

⁸ Decisión, párr. 502.

⁹ Decisión, párr. 507.

¹⁰ Decisión, párrs. 514, 515, 520.

¹¹ Decisión, párr. 570.

¹² Decisión, párr. 630.

¹³ Decisión, párr. 777.

¹⁴ Decisión, párr. 505.

¹⁵ Decisión, párrs. 775, 778.

¹⁶ Decisión, párrs. 779, 780, 781.782.

¹⁷ Decisión, párrs. 781, 782, 783.

¹⁸ Decisión, párr. 799.

persistieron luego de dictarse la sentencia de la Corte Constitucional colombiana y, al parecer, persisten hasta el momento.

13. Ello, entre otros factores descritos en la Decisión, llevó al Tribunal de Arbitraje a considerar que *“la descripción de Eco Oro de estar en una montaña rusa regulatoria es acertada”*¹⁹. La confusión del marco normativo y regulatorio se ilustró, además, con observaciones del Ministro de Minas de Colombia²⁰, incluso si se permitía realizar actividades mineras en las áreas de restauración y uso sustentable del Páramo, ya demostrado por el Atlas de 2090²¹.
14. Como muestra la Decisión, dicha continuación de conducta—acciones u omisiones—no ha sido discontinuada²²; según se indicó también en la Decisión, una parte central de dicha conducta fue la delimitación del Páramo de Santurbán *“...por el desacreditado Atlas 2090”*²³, componente básico de la Resolución 2090.
15. En resumen, la emisión de la Resolución 2090 y el Atlas de 2090 que la acompaña constituyen una conducta ilícita atribuible a Colombia en violación de las expectativas legítimas de la Demandante protegidas por el estándar de TJE bajo el derecho internacional que: a) no fue subsanada por una conducta posterior de la Demandada; b) denotó la falta por parte de Colombia de *“... garantizar[] un marco comercial predecible para la planificación de negocios y la inversión ...”*²⁴; y c) fue una causa directa de los daños provocados por la Demandada por los cuales la Demandante tiene derecho a ser compensada íntegramente en virtud del derecho internacional. En vista de las conclusiones anteriores, las costas del arbitraje y otros gastos deben ser sufragados por la Demandada.

Horacio A. Grigera Naón

Fecha: marzo de 2024

¹⁹ Decisión, párr. 791.

²⁰ Decisión, párr. 793.

²¹ Decisión, párr. 795.

²² Decisión, párr. 810.

²³ Decisión, párr. 811.

²⁴ Decisión, párrs. 801-805.