
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES

**AMEC FOSTER WHEELER USA CORPORATION (EE. UU.),
PROCESS CONSULTANTS, INC. (EE. UU.), Y
JOINT VENTURE FOSTER WHEELER USA CORPORATION AND PROCESS
CONSULTANTS, INC. (EE. UU.)**
Demandantes

c.

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
Demandada

Caso CIADI No. ARB/19/34

MEMORIAL DE RÉPLICA SOBRE ANULACIÓN

17 de agosto de 2026

CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	1
II. ARGUMENTOS	15
A. Colombia caracterizó erróneamente el razonamiento del Tribunal.....	15
B. Colombia no refutó la demostración de Foster Wheeler de que el Tribunal quebrantó gravemente varias normas fundamentales de procedimiento... 19	
1. Foster Wheeler no debe demostrar que el resultado habría sido diferente si el Tribunal no hubiera quebrantado gravemente varias normas fundamentales de procedimiento	20
2. Foster Wheeler no podía haber planteado quebrantamientos graves de normas fundamentales de procedimiento que solo se materializaron cuando el Tribunal emitió su Laudo	24
3. El Tribunal quebrantó gravemente las normas fundamentales de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares	26
4. El Tribunal quebrantó gravemente la más fundamental de todas las normas de procedimiento: el derecho de una parte a ser oída	48
5. El Tribunal quebrantó gravemente las normas fundamentales de procedimiento relativas a la admisibilidad de las reclamaciones	56
C. Colombia no ha refutado la demostración de Foster Wheeler de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades.....	62
1. Foster Wheeler no debe demostrar que el resultado habría sido diferente si el Tribunal no se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades	63
2. El Tribunal no ejerció su jurisdicción respecto de casi todas las reclamaciones sometidas a su consideración	66

3. El Tribunal impuso un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos como condición previa para todas las reclamaciones bajo el TPA	68
4. El Tribunal no aplicó, o aplicó de manera manifiestamente errónea, la ley aplicable	73
D. Colombia no ha refutado la demostración de Foster Wheeler de que el Laudo no expresa los motivos en los que se funda.....	83
1. El Laudo no expresa ninguno de los motivos que condujeron a la desestimación de la mayoría de las reclamaciones formuladas por Foster Wheeler	84
2. Los motivos contenidos en el Laudo respecto de la madurez de las reclamaciones de Foster Wheeler son internamente contradictorios y, por lo tanto, equivalen a no expresar motivo alguno	87
3. La omisión del Tribunal de examinar prueba sumamente pertinente y con valor probatorio equivale a una falta de expresión de motivos	89
E. Si el Comité concluye que existen causales de anulación, debe rechazar la invitación de Colombia a ejercer su discreción para denegar la anulación	95
F. Foster Wheeler tiene derecho al reembolso de sus honorarios de abogados y costos.....	97
III. SOLICITUDES	98

I. INTRODUCCIÓN

Las Solicitantes Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc. y Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. presentan respetuosamente este Memorial de Réplica en apoyo adicional de su Solicitud de Anulación del Laudo emitido el 19 de diciembre de 2024 en *Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc. y Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/34¹.

La defensa de Colombia depende de reescribir el Laudo

1. El Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia confirma el vicio central del Laudo: Colombia reformula el razonamiento del Laudo y aporta explicaciones que el propio Laudo no contiene, con lo cual, en efecto, defiende un laudo que nunca se dictó, en lugar del que se encuentra ante este Comité. Colombia pide reiteradamente al Comité que considere que el Laudo se sustenta en una única conclusión independiente: que no existía ninguna medida susceptible de infringir el TPA cuando Foster Wheeler inició el arbitraje porque, en ese momento, la CGR solo había emitido el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal. Esa reconstrucción no corresponde al Laudo objeto de este procedimiento. El Laudo desestimó cinco reclamaciones distintas, entre ellas múltiples violaciones independientes del FET y reclamaciones adicionales surgidas con posterioridad, sobre la base de un razonamiento que, a lo sumo, explicaba por qué una alegación de denegación

¹ Los términos que comienzan con mayúscula tienen el significado que se les asigna en el Memorial de Anulación de Foster Wheeler. El hecho de que Foster Wheeler no reitere en este Memorial de Réplica todos los argumentos contenidos en su Memorial de Anulación no constituye una renuncia a ninguno de ellos.

de justicia era prematura. Ello constituye una omisión susceptible de anulación por no resolver todas las reclamaciones presentadas ante el Tribunal ni expresar los motivos de su desestimación. Esas omisiones justifican la anulación conforme a las causales establecidas en el artículo 52 del Convenio del CIADI.

2. El artículo 52 del Convenio del CIADI es una válvula de seguridad que prevé la anulación cuando un tribunal no ejerce las facultades que le fueron conferidas, quebranta gravemente garantías procesales fundamentales o no expresa los motivos en que se funda su decisión. Foster Wheeler no pide a este Comité que elija entre dos posibles resultados sobre el fondo. Por el contrario, Foster Wheeler pide al Comité que anule un Laudo que (i) resolvió reclamaciones que el Tribunal no analizó; (ii) impuso un requisito de agotamiento que no figura en el consentimiento de las partes ni en los tratados que rigen este caso (el Convenio del CIADI y el TPA); (iii) desatendió la presunción fáctica obligatoria que rige precisamente el procedimiento de objeciones preliminares invocado por Colombia; y (iv) afirmó que no existía prueba alguna respecto de la inutilidad de los recursos, pese a que el expediente contenía prueba que respaldaba directamente la posición de Foster Wheeler sobre ese punto. Esos vicios justifican la anulación conforme a los artículos 52(1)(b), 52(1)(d) y 52(1)(e).
3. La principal defensa de Colombia consiste en que esos vicios se refieren únicamente a una parte supuestamente subsidiaria del Laudo y, por lo tanto, no pueden afectar el resultado. Esa defensa es contraria al tenor del Laudo. El Tribunal no trazó la distinción en la que se basa la reescritura del Laudo que propone Colombia. El Tribunal resolvió que la obligación de no denegar justicia se limitaba a los procesos judiciales ante los tribunales nacionales y que, dado que el poder judicial no había intervenido en la controversia, no

podía existir una denegación de justicia conforme al derecho internacional. Luego concluyó que, aun si acontecimientos posteriores pudieran hacer madurar una reclamación después de iniciado el arbitraje, no existía una decisión definitiva de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa colombiana y, por ende, no había posibilidad de una denegación de justicia. En suma, el Tribunal concluyó que (i) el hecho de que el Proceso de Responsabilidad Fiscal no fuera un “procedimiento contencioso administrativo” conforme al TPA y (ii) el hecho de que Foster Wheeler no hubiera agotado todos los recursos judiciales disponibles eran “fatales para la admisibilidad de las reclamaciones de las Demandantes”, y no solo para la alegación de denegación de justicia. No se trató de meras consideraciones subsidiarias no decisorias. Fue el mecanismo mediante el cual el Tribunal extendió de manera formularia sus conclusiones sobre la denegación de justicia a reclamaciones separadas y distintas respecto de las cuales el agotamiento de los recursos internos no es, ni ha sido nunca, una condición de admisibilidad ni un elemento de la reclamación.

4. El problema no radica únicamente en que el puente trazado por el Tribunal entre su conclusión que desestimó la reclamación por denegación de justicia y todas las demás reclamaciones del arbitraje fuera jurídicamente erróneo, aunque lo era. El problema es que el Laudo nunca explica cómo ese puente llega al otro lado. Un análisis de denegación de justicia no puede, sin más, resolver reclamaciones de trato nacional, expropiación indirecta, incumplimiento de una cláusula paraguas, incumplimiento de un acuerdo de inversión y violaciones del FET distintas de la denegación de justicia. Esas reclamaciones tienen elementos diferentes, presupuestos fácticos diferentes y consecuencias distintas en materia de reparación. El Laudo no contiene ninguna explicación motivada de por qué esas reclamaciones eran

prematuras, inadmisibles o jurídicamente incapaces de dar lugar a una reparación. Simplemente las desestimó porque se consideró prematura la alegación de denegación de justicia. El Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia propone diversas teorías sobre las razones por las que el Tribunal podría haber desestimado esas otras reclamaciones, pero el propio Laudo no lo hace. La ausencia de motivos que vinculen el análisis del Tribunal sobre denegación de justicia con la desestimación de todas las reclamaciones constituye un vicio fatal conforme al artículo 52(1)(e).

5. Colombia sostiene que el Laudo sobrevive porque, supuestamente, Foster Wheeler no impugna la conclusión principal del Tribunal de que no existía ninguna medida susceptible de infringir el TPA al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje. Eso es sencillamente falso. Foster Wheeler impugna directamente esa conclusión. Impugna la negativa del Tribunal a examinar medidas susceptibles de fundar una reclamación que existían antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, entre ellas: (i) la indebida asunción de competencia de la CGR respecto de Foster Wheeler; (ii) el inicio y la tramitación pública del Proceso de Responsabilidad Fiscal; (iii) la vinculación de Foster Wheeler a dicho Proceso; y (iv) las consecuencias reputacionales y jurídicas de la conducta de Colombia, incluidos sus señalamientos públicos contra Foster Wheeler. Foster Wheeler también impugna la negativa del Tribunal a resolver las reclamaciones adicionales contenidas en la Solicitud de Arbitraje Enmendada que el Tribunal incorporó al expediente, pero que luego omitió por completo examinar, siquiera de la manera más somera.
6. Una decisión sobre una cuestión preliminar solo es decisiva si efectivamente resuelve las reclamaciones presentadas. El Laudo nunca explica por qué la conducta de la CGR anterior a la Decisión no podía constituir por sí misma una violación del TPA. Nunca analiza si el inicio y la tramitación del Proceso

de Responsabilidad Fiscal podían infringir las protecciones del Tratado relativas al FET, el trato nacional, la expropiación, la cláusula paraguas incorporada mediante la cláusula MFN o el acuerdo de inversión. Nunca examina si la conducta de la CGR causó un daño indemnizable antes de la Decisión definitiva de la CGR. Tampoco explica por qué podían ignorarse medidas posteriores, incluida la propia Decisión y las actuaciones de ejecución subsiguientes, después de que el Tribunal incorporara al expediente la Solicitud Enmendada de Foster Wheeler.

7. Colombia responde que el Tribunal no necesitaba examinar esas cuestiones una vez que determinó que las reclamaciones eran prematuras. Esa respuesta simplemente da por sentada la conclusión que el Laudo debía explicar. El Tribunal primero debía identificar cada reclamación presentada, identificar la medida o las medidas que supuestamente la sustentaban y explicar por qué esa reclamación no podía prosperar como cuestión de derecho. Una afirmación formularia de que las reclamaciones de Foster Wheeler eran inadmisibles debido a la conclusión mediante la cual desestimó una reclamación distinta no puede sustituir una decisión motivada sobre reclamaciones diferentes con elementos jurídicos diferentes. La cuestión no es que el razonamiento jurídico del Tribunal no resulte convincente, sino que no existe.
8. Por eso no funciona el intento de Colombia de dividir el Laudo en un análisis principal y un análisis subsidiario. Ambos análisis se basan en la misma premisa de que Foster Wheeler no había agotado los recursos judiciales internos. Esa premisa puede ser pertinente para una reclamación por denegación de justicia, como cuestión relativa al contenido sustantivo de la reclamación. Pero no resuelve automáticamente reclamaciones que no contienen un elemento de denegación de justicia. El Laudo nunca aporta esa

explicación faltante. Esa extensión inexplicada de un análisis de denegación de justicia a reclamaciones con elementos diferentes justifica la anulación conforme al artículo 52(1)(e).

La omisión del Tribunal de resolver las reclamaciones presentadas constituye una extralimitación manifiesta en sus facultades y una falta de expresión de motivos conforme a los artículos 52(1)(b) y 52(1)(e)

9. El artículo 48(3) del Convenio del CIADI exige que el laudo se pronuncie sobre todas las pretensiones sometidas al tribunal y exprese los motivos en los que se funda su decisión. El Laudo no cumplió ese requisito. Foster Wheeler formuló cinco reclamaciones distintas en virtud del TPA: trato nacional, expropiación indirecta, incumplimiento de la cláusula paraguas incorporada mediante la cláusula MFN, incumplimiento de un acuerdo de inversión y FET basado en múltiples violaciones independientes, de las cuales solo una era denegación de justicia, además de las reclamaciones adicionales formuladas en la Solicitud de Arbitraje Enmendada. El Tribunal solo examinó de manera sustantiva la denegación de justicia y luego desestimó indebidamente todas las demás reclamaciones remitiéndose a su conclusión de rechazo de la alegación de denegación de justicia por falta de agotamiento de los recursos internos. Resulta especialmente llamativo que ni siquiera examinara las reclamaciones adicionales de la misma manera somera, sino que las dejara totalmente sin resolver.
10. Esa omisión es fundamental y exige la anulación del Laudo. La reclamación de trato nacional exigía analizar si Colombia había otorgado a Foster Wheeler un trato menos favorable que el otorgado a inversionistas colombianos en circunstancias similares. Esa reclamación no depende de si los tribunales colombianos denegaron justicia ni de si Foster Wheeler omitió recurrir a los recursos internos. La reclamación de expropiación indirecta exigía analizar si

la conducta de Colombia había extinguido sustancialmente el valor económico de la inversión protegida de Foster Wheeler. Esa cuestión no depende del agotamiento de un proceso judicial interno. La reclamación relativa al acuerdo de inversión exigía analizar si el Contrato PMC constituye un acuerdo de inversión y si Colombia desatendió diversos compromisos contenidos en ese Contrato, [REDACTED]

[REDACTED]. La reclamación relativa a la cláusula paraguas exigía analizar si esos incumplimientos de los compromisos asumidos en el Contrato PMC constituían violaciones del TPA. Las restantes teorías de FET exigían analizar la arbitrariedad, el prejuzgamiento, la falta de transparencia y el desconocimiento de las expectativas legítimas, todos ellos elementos distintos de la denegación de justicia. El Tribunal no se pronunció, en ningún sentido sustantivo, sobre ninguna de esas reclamaciones.

11. Colombia insiste en que los tribunales no están obligados a examinar todos los argumentos ni cada elemento de prueba. Foster Wheeler no controvierte esa proposición. Pero un tribunal debe resolver las reclamaciones que le han sido sometidas. Un tribunal puede omitir el análisis de argumentos menores o subsidiarios; lo que no puede hacer es dejar sin resolver reclamaciones enteras. Esa es la diferencia entre elecciones de razonamiento no susceptibles de anulación y un laudo *infra petita* como el que se encuentra ante el Comité.
12. La omisión es aún más evidente respecto de las reclamaciones adicionales. Foster Wheeler presentó una Solicitud Enmendada después de que la CGR hubiera emitido y confirmado su Decisión y después de que se hubieran producido actuaciones adicionales de ejecución por parte de la CGR. El Tribunal reconoció que la Solicitud Enmendada formaba parte del expediente. Sin embargo, el Laudo no contiene razonamiento alguno que rechace esas

reclamaciones: no hay una decisión sobre jurisdicción, una decisión sobre admisibilidad, un análisis conforme a la Regla 40, una afirmación de que las reclamaciones estaban impedidas por las mismas razones que las reclamaciones originales ni una explicación de por qué el memorial o *pleading* adicional incorporado al expediente no requería la atención del Tribunal.

13. Colombia sostiene ahora que la Solicitud Enmendada no creó ningún derecho procesal independiente o que quedó sin objeto después de la decisión preliminar. Esos argumentos carecen de fundamento. Y, lo que es más importante, son argumentos *ex post* de los abogados destinados a aportar un razonamiento que no aparece en ninguna parte del propio Laudo. Si el Tribunal consideraba que la Regla 40 no permitía esas reclamaciones, debía decirlo. Si consideraba que el artículo 10.16.1 las impedía, debía decirlo. Si consideraba que habían quedado sin objeto, debía decirlo. El Tribunal no dijo ninguna de esas cosas. El silencio no constituye un laudo motivado.
14. Esta omisión sustenta la anulación tanto conforme al artículo 52(1)(b) como al artículo 52(1)(e). Un tribunal se extralimita manifiestamente en sus facultades cuando se niega a ejercer la jurisdicción que le fue conferida. Y un laudo incurre en falta de expresión de motivos cuando no explica por qué se desestimaron reclamaciones sometidas al tribunal. Colombia no puede subsanar ese vicio inventando explicaciones *a posteriori* que el Laudo no dio, en efecto especulando acerca de cómo el Tribunal podría haber explicado sus conclusiones.

El Tribunal quebrantó gravemente normas fundamentales de procedimiento que rigen la resolución de las objeciones preliminares e incurrió en falta de expresión de motivos conforme a los artículos 52(1)(d) y 52(1)(e)

15. Colombia invocó el artículo 10.20.4 del TPA para obtener la desestimación anticipada antes de la fase de fondo mediante una serie de objeciones preliminares. El TPA contiene una garantía procesal fundamental para ese tipo de procedimientos: al decidir una objeción preliminar conforme al artículo 10.20.4, el tribunal debe tener por ciertas las alegaciones de hecho de la demandante que sustentan las reclamaciones incluidas en la notificación de arbitraje, sin perjuicio de que pueda considerar hechos pertinentes no controvertidos. Esa garantía es la condición que hace compatible una decisión anticipada con el derecho a ser oído. Colombia no puede invocar los beneficios de un procedimiento preliminar abreviado y luego defender un Laudo que desatiende las garantías procesales obligatorias de ese procedimiento.
16. En la etapa del artículo 10.20.4, Foster Wheeler no estaba obligada a probar la veracidad de ninguna alegación de hecho. No obstante, el Tribunal reprochó a Foster Wheeler no haber probado que agotar los recursos judiciales internos en Colombia habría sido inútil o manifiestamente ineficaz, a partir de las alegaciones de Foster Wheeler sobre las demoras extraordinarias que afectan al sistema colombiano de control judicial. Esa fue una determinación fáctica decisiva que el Tribunal formuló pese a una disposición del tratado que impedía la determinación de hechos en el procedimiento invocado por Colombia.
17. La respuesta de Colombia es que las alegaciones de Foster Wheeler sobre la inutilidad de los recursos eran conclusiones jurídicas y no afirmaciones de hecho. Sin embargo, la alegación de inutilidad se sustentaba en alegaciones

de hecho relativas a la disponibilidad y eficacia prácticas del control judicial colombiano, dados los retrasos excesivos que aquejan al sistema judicial de Colombia. Esa cuestión fáctica se refiere a si el recurso a las vías internas, suponiendo que fuera exigible, se encontraba disponible en la práctica. Colombia no puede eludir la presunción fáctica obligatoria del TPA simplemente recalificando esas alegaciones como conclusiones jurídicas.

18. Además, aun si se hubiera requerido prueba, que no era el caso, el expediente la contenía. Foster Wheeler presentó la declaración testimonial del Sr. César Torrente, ex asesor jurídico general de la CGR, quien explicó que históricamente una acción de nulidad contra una decisión de la CGR tarda entre cinco y doce años y en ocasiones incluso más que eso. Foster Wheeler se basó en esa prueba como presupuesto fáctico de su alegación de inutilidad de los recursos locales. De hecho, la propia Colombia invocó el testimonio del Sr. Torrente precisamente sobre este punto cuando favorecía la posición de Colombia en una solicitud anterior de medidas provisionales. Sin embargo, el Laudo afirmó erróneamente que Foster Wheeler “no ha[bía] aportado ninguna prueba” para sustentar la inutilidad o la ineficacia manifiesta, y ni siquiera mencionó la declaración del Sr. Torrente.
19. Foster Wheeler no sostiene que el Tribunal estuviera obligado a analizar cada elemento de prueba. Aquí, sin embargo, el Tribunal afirmó expresamente que no existía prueba alguna respecto de una cuestión que el mismo Tribunal identificó como potencialmente decisiva, cuando el expediente contenía prueba precisamente sobre esa cuestión. Si el Tribunal consideraba que la prueba era insuficiente, no convincente, o jurídicamente irrelevante, debía explicar por qué. No lo hizo. El resultado constituye tanto un vicio procesal grave como una falta de expresión de motivos. El Comité no puede seguir el razonamiento del Tribunal desde el expediente hasta la conclusión porque el

Laudo describe erróneamente el contenido del expediente respecto de este punto fundamental. Esos vicios sustentan la anulación conforme a los artículos 52(1)(d) y 52(1)(e).

20. La invocación por Colombia de la duración de la fase de cuestiones preliminares no subsana el vicio. Naturalmente, es cierto que Foster Wheeler presentó escritos y prueba y asistió a una audiencia, pero el debido proceso no se mide por volumen. El derecho a ser oído incluye el derecho a que las reclamaciones y las pruebas relevantes sean consideradas conforme al estándar procesal aplicable y sobre la base de un expediente plenamente desarrollado. Un expediente extenso seguido de un laudo que no resuelve reclamaciones y desatiende las garantías procesales que permiten dictar un laudo en un procedimiento de objeciones preliminares difícilmente constituye una razón para denegar la anulación.

La imposición por el Tribunal de un requisito de agotamiento constituye una extralimitación manifiesta en sus facultades y una falta de expresión de motivos conforme a los artículos 52(1)(b) y 52(1)(e)

21. Colombia sostiene que el Tribunal no impuso un requisito de agotamiento, sino que se limitó a evaluar la madurez de las reclamaciones. El Laudo dice lo contrario. El Tribunal razonó que, dado que el Fallo con Responsabilidad Fiscal podía ser objeto de control por los tribunales colombianos, no podía constituir una denegación de justicia “ni un incumplimiento de ninguna de las demás obligaciones sustantivas del Tratado alegados por las Demandantes”. Luego resolvió que la disponibilidad de recursos judiciales era “fatal para la admisibilidad” de las reclamaciones de las Demandantes. Cualquiera sea la etiqueta que Colombia intente aplicar ahora, claramente la conclusión del

Laudo fue exigir el control judicial interno antes de que pudiera prosperar cualquier reclamación en virtud del TPA.

22. Ese requisito no figura en el consentimiento de las partes. El artículo 26 del Convenio del CIADI, que constituye una parte fundamental de la ley aplicable, establece expresamente que el consentimiento al arbitraje CIADI excluye cualquier otro recurso, salvo que el Estado parte haya exigido el agotamiento de los recursos internos como condición de su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio. Se entiende universalmente que esa disposición rechaza cualquier requisito de agotamiento de los recursos internos. Como la propia Colombia reconoce, no impuso tal condición a su consentimiento al arbitraje en el TPA. Y si bien cabe sostener que una reclamación por denegación de justicia está sujeta a un requisito de agotamiento —como elemento de la reclamación y no como cuestión de admisibilidad— las reclamaciones distintas de la denegación de justicia no están sujetas a ese requisito. El Laudo no ofrece ninguna explicación motivada para imponer ese requisito a las reclamaciones de trato nacional, expropiación, incumplimiento de una cláusula paraguas, incumplimiento de un acuerdo de inversión o violaciones del FET distintas de la denegación de justicia.
23. Las autoridades sobre denegación de justicia invocadas por Colombia no llenan ese vacío. Algunas autoridades sugieren que una reclamación por denegación de justicia exige recurrir a los tribunales internos como elemento sustantivo de la reclamación. Pero ello no explica por qué las reclamaciones de trato nacional, expropiación, incumplimiento de un acuerdo de inversión, incumplimiento de una cláusula paraguas o violaciones del FET distintas de la denegación de justicia deben esperar a que finalice el control judicial. El Laudo pasó de la primera proposición a la segunda sin ofrecer motivo alguno.

24. El vicio susceptible de anulación consiste en que el Laudo impuso, respecto de todas las reclamaciones, una condición que ni el TPA ni la ley aplicable contienen y luego no explicó de qué manera esa condición se aplicaba a reclamaciones que no están sujetas a un requisito de agotamiento. Esas omisiones sustentan la anulación conforme a los artículos 52(1)(b) y 52(1)(e).

La interpretación del Tribunal del término “procedimientos contencioso administrativos” del TPA constituye una extralimitación manifiesta en sus facultades y una falta de expresión de motivos conforme a los artículos 52(1)(b) y 52(1)(e)

25. El mismo problema se presenta en la interpretación del Tribunal de la expresión “procedimientos contencioso administrativos” del artículo 10.5.2(a) del TPA. El Tribunal estaba obligado a aplicar las normas de derecho internacional consuetudinario que rigen la interpretación de los tratados. Sin embargo, el Tribunal no abordó el elemento más básico de la interpretación de los tratados: la consideración del sentido corriente de los términos en cuestión. El sentido corriente de “administrativo” y “contencioso” comprende procedimientos en los que un organismo administrativo actúa en ejercicio de una función contenciosa o adjudicatoria, y no de elaboración normativa. El Proceso de Responsabilidad Fiscal fue manejado por un órgano administrativo del Estado colombiano, la CGR, y tuvo por objeto adjudicar una supuesta responsabilidad fiscal e imponer cuantiosos daños pecuniarios contra los sujetos vinculados, entre ellos Foster Wheeler.
26. El Tribunal tampoco aplicó las normas que rigen la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. Se basó en su interpretación de la versión en español del TPA. No analizó de manera sustantiva el sentido corriente de “administrative” y “adjudicatory” en el texto en inglés, que es igualmente

auténtico. Tampoco explicó por qué un término derivado del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos e incluido en tratados de inversión con países que no son de habla hispana y que no cuentan con tribunales especializados de la jurisdicción contencioso administrativa debería interpretarse como una referencia expresa a una jurisdicción judicial especializada de Colombia.

Los argumentos de Colombia sobre renuncia y arbitraje paralelo no desvirtúan las causales de anulación conforme a los artículos 52(1)(b), 52(1)(d) y 52(1)(e)

27. Colombia sostiene que Foster Wheeler renunció a formular objeciones procesales al no plantearlas antes de que se emitiera el Laudo. Ese argumento interpreta erróneamente la Solicitud. Foster Wheeler no impugna decisiones procesales que ya eran conocidas y podían haber sido impugnadas durante el arbitraje. Foster Wheeler impugna vicios que solo se hicieron presentes cuando el Tribunal emitió el Laudo: la omisión de resolver reclamaciones presentadas, la extensión del razonamiento sobre denegación de justicia a reclamaciones que no contienen un elemento de denegación de justicia, la afirmación de que no existía prueba de la inutilidad de los recursos locales pese a que el expediente contenía esa prueba y el silencio respecto de las reclamaciones adicionales. Esos vicios no podían haberse planteado antes de que el Tribunal emitiera el Laudo.
28. Colombia también se apoya en la duración de la fase preliminar. Pero el hecho de que las partes hayan presentado escritos y prueba hace que las omisiones del Tribunal sean más graves, no menos. Tras más de treinta meses de deliberaciones sobre lo que debía ser una decisión preliminar expedita, el Tribunal emitió un Laudo que dedicó solo una breve parte de su análisis a las

cuestiones decisivas y no resolvió la mayoría de las reclamaciones sometidas a arbitraje.

29. Por último, el argumento de Colombia de que esta sería una “tercera oportunidad” es irrelevante. Foster Wheeler inició un arbitraje separado, que abarca medidas ocurridas después de la Solicitud de Arbitraje, como medida de protección ante la incertidumbre acerca de si el Tribunal examinaría las reclamaciones adicionales. Para evitar el riesgo de resultados incompatibles, Foster Wheeler solicitó a Colombia que consintiera a suspender ese arbitraje hasta que se resolviera este procedimiento de anulación y Colombia aceptó. En última instancia, si este procedimiento de anulación prospera, Foster Wheeler buscará acumular cualquier caso sometido nuevamente con el caso que actualmente se encuentra suspendido, evitando así la posibilidad de procedimientos paralelos que pudieran producir resultados incompatibles. Dado que no existe riesgo alguno de resultados incompatibles, no hay razón para que este Comité deniegue la anulación en ejercicio de su facultad discrecional.
30. Por las razones en adición expuestas en este Memorial de Réplica, Foster Wheeler solicita respetuosamente que el Comité anule el Laudo, ordene el sometimiento de la controversia a un Tribunal nuevamente constituido y otorgue a Foster Wheeler sus costos y honorarios en este procedimiento de anulación.

II. ARGUMENTOS

A. Colombia caracterizó erróneamente el razonamiento del Tribunal

31. El Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia caracteriza erróneamente el Laudo y se funda en un razonamiento *ex post* que no aparece

en ninguna parte en el propio texto del Laudo. Los intentos de Colombia de reconstruir el Laudo no subsanan, ni pueden subsanar, sus vicios procesales.

32. Como señaló el comité en *Rumeli*, si existen conclusiones que “no se desprenden ni derivan necesariamente del razonamiento del laudo, un comité *ad hoc* no debe construir motivos para justificar la decisión del tribunal”². Del mismo modo, si bien reconoció que un comité dispone de cierto margen para interpretar razonablemente un laudo, el comité en *Flughafen* advirtió que no debía “llegar al extremo de suplirlo con argumentos que no puedan inferirse razonablemente”³. Asimismo, el comité en *Soufraki* resolvió que un comité puede extraer inferencias razonables, pero no puede “añadir[] nuevos elementos que antes no estaban presentes”⁴.
33. En este caso, Colombia intenta reformular el Laudo como si ofreciera dos líneas de análisis separadas y sostiene que el Memorial de Anulación de Foster Wheeler solo impugna el análisis “subsidiario” del Tribunal, mientras deja intacta su conclusión “principal”⁵. Eso sencillamente no es así. Nada en el Laudo sugiere que el Tribunal haya seguido el proceso analítico de dos vías que Colombia propone ahora. En la medida en que puedan identificarse dos líneas de análisis separadas en el Laudo, ambas se basan en los mismos vicios

² **RALA-013:** *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión del Comité *ad hoc*, ¶ 83 (25 de marzo de 2010).

³ **RALA-037:** *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Decisión sobre Anulación, ¶ 97 (15 de abril de 2019).

⁴ **AALA-033:** *Hussein Nuaman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos*, Caso CIADI No. ARB/02/7, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del Sr. Soufraki, ¶ 24 (5 de junio de 2007).

⁵ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 12.

procesales impugnados en el Memorial de Anulación. El Tribunal resolvió primero que no podía existir una denegación de justicia porque (i) el TPA no garantizaba a los inversionistas el debido proceso ante la CGR; (ii) el Proceso de Responsabilidad Fiscal no constituía un “procedimiento contencioso administrativo”; (iii) Foster Wheeler debía agotar sus recursos ante los tribunales colombianos antes de hacer valer sus derechos conforme al TPA; y (iv) el poder judicial colombiano no había emitido ninguna decisión definitiva que revisara la Decisión de la CGR. Sin ofrecer motivo alguno, el Tribunal luego extendió de manera formularia esa conclusión a todas las demás reclamaciones sometidas a su consideración, pese a que esas reclamaciones eran independientes de la denegación de justicia, tenían elementos diferentes y no estaban sujetas a ningún supuesto requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos.

34. En efecto, el Tribunal resolvió primero lo siguiente: “En el presente caso, teniendo en cuenta que el poder judicial aún no ha intervenido, no puede considerarse que se haya podido producir una denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario”⁶. Eso es lo que Colombia denomina ahora el análisis “principal”. Sin embargo, el Tribunal solo se pronunció sobre la denegación de justicia y no examinó ninguna de las demás reclamaciones de Foster Wheeler: trato nacional, expropiación indirecta, incumplimiento de una cláusula paraguas, incumplimiento de un acuerdo de inversión y violaciones del FET distintas de la denegación de justicia.
35. Luego, el Tribunal pasó a lo que Colombia, pero no el Tribunal, denomina el análisis “subsidiario” y resolvió lo siguiente:

⁶ AA-007: Laudo, ¶ 215.

Incluso si se pudiera argumentar que acontecimientos posteriores podrían hacer madurar una reclamación tras el inicio del arbitraje, en el presente caso, no existe ninguna decisión definitiva ante la jurisdicción contencioso administrativa. Teniendo en cuenta que el Fallo con Responsabilidad Fiscal podría ser revocado tras una revisión judicial, no puede constituir una denegación de justicia ni un incumplimiento de ninguna de las demás obligaciones sustantivas del Tratado alegados por las Demandantes⁷.

36. En el supuesto análisis “subsidiario” del Laudo, el Tribunal se limitó a afirmar que todas las reclamaciones fracasaban a la luz de su conclusión sobre la denegación de justicia. El Tribunal tampoco explicó por qué la conducta de la CGR anterior a que se emitiera la Decisión propiamente dicha —como asumir competencia respecto de Foster Wheeler pese a que no existía ningún fundamento mínimamente plausible para hacerlo, violar la garantía de trato nacional al negarse a ejercer jurisdicción respecto de inversionistas colombianos en circunstancias similares y no respetar [REDACTED] [REDACTED] de un acuerdo de inversión entre Foster Wheeler y Colombia— no podía infringir el TPA⁸.
37. En última instancia, los supuestos análisis “principal” y “subsidiario” del Laudo se sustentan en el mismo vicio procesal: la omisión de examinar reclamaciones debidamente sometidas al Tribunal. Es precisamente ese vicio procesal el que se encuentra en el centro de las causales de anulación

⁷ *Id.* ¶ 216.

⁸ Antes de la emisión del Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal hubo extensas actuaciones formales, incluida la presentación de escritos de defensa conocidos en español como exposiciones libres y espontáneas. Memorial de Anulación de Foster Wheeler, ¶ 41. El Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal constituyó, en efecto, la conclusión de esa fase del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

invocadas por Foster Wheeler en su Memorial de Anulación. El argumento de Colombia de que el Memorial de Anulación de Foster Wheeler no impugnó el Laudo en su totalidad es sencillamente incorrecto y no encuentra respaldo alguno en el expediente.

38. En suma, el intento de Colombia de reescribir el Laudo no refuta en absoluto la demostración de Foster Wheeler de que el Laudo debe anularse por un quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento, una extralimitación manifiesta en las facultades del Tribunal y una falta de expresión de motivos.

B. Colombia no refutó la demostración de Foster Wheeler de que el Tribunal quebrantó gravemente varias normas fundamentales de procedimiento

39. En esta Sección, Foster Wheeler aborda primero la caracterización errónea de Colombia del estándar para determinar que un tribunal ha quebrantado gravemente una norma fundamental de procedimiento. Foster Wheeler demostrará luego que, contrariamente a los argumentos de Colombia, el Tribunal quebrantó gravemente las normas fundamentales de procedimiento que rigen (i) la resolución de objeciones preliminares; (ii) el derecho de una parte a ser oída; y (iii) la admisibilidad de reclamaciones basadas en un tratado.

1. Foster Wheeler no debe demostrar que el resultado habría sido diferente si el Tribunal no hubiera quebrantado gravemente varias normas fundamentales de procedimiento

40. Colombia sostiene que un quebrantamiento solo es “grave” si el solicitante puede demostrar que el resultado habría sido sustancialmente diferente si el Tribunal hubiese seguido las normas procesales aplicables⁹.
41. Varios comités *ad hoc* han rechazado la posición de Colombia. En *Pey Casado*, Chile sostuvo la misma posición que Colombia sostiene ahora. Por su parte, las demandantes señalaron que adoptar ese estándar “impondría[] un obstáculo insuperable que desconoce el valor inherente de la propia norma”¹⁰. El comité coincidió con las demandantes y resolvió que “[e]l solicitante no está obligado a demostrar que el resultado habría sido diferente, que habría ganado el caso, si se hubiera respetado la norma”¹¹. El comité en *Tulip* resolvió en el mismo sentido y señaló que “[e]xigir a un solicitante que pruebe que el laudo efectivamente habría sido diferente si se hubiera observado la norma de procedimiento puede imponer una carga probatoria irrealmente elevada. Cuando una decisión compleja depende de varios factores, resulta casi imposible demostrar con certeza si el cambio de un parámetro habría alterado el resultado”¹². En última instancia, un comité solo debe evaluar si el

⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 163.

¹⁰ **AAIA-009**: *Victor Pey Casado & Foundation Presidente Allende c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República de Chile, ¶ 77 (18 de diciembre de 2012).

¹¹ *Id.* ¶ 78.

¹² **RALA-005**: *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Anulación, ¶ 78 (30 de diciembre de 2015). Véase también **RALA-053**: *Caratube International Oil Company LLP c. República de*

quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento pudo haber tenido un efecto sustancial en el laudo, y no si el solicitante habría prevalecido en el arbitraje salvo por las irregularidades procesales del tribunal¹³.

42. Aunque Colombia cita una serie de decisiones que señalan de manera incidental que el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento debe haber conducido a un resultado sustancialmente diferente¹⁴, ninguna de esas decisiones explica cómo funcionaría ese estándar en la práctica¹⁵. En efecto, adoptar ese estándar obligaría a un comité a especular sobre cómo habría avanzado el arbitraje si el tribunal hubiera observado las normas fundamentales de procedimiento en cuestión. Eso es especialmente cierto cuando, como aquí, el caso fue desestimado en sus etapas iniciales, sin un expediente plenamente desarrollado y sin presentaciones escritas y orales sobre el fondo. El comité tendría que volver a examinar toda la prueba y todas las autoridades legales presentadas por las partes para evaluar cómo habría fallado el tribunal en el escenario hipotético

Kazajistán, Caso CIADI No. ARB/08/12, Decisión sobre Anulación, ¶ 99 (21 de febrero de 2014) (sosteniendo que “[s]in embargo, el solicitante no está obligado a probar que la violación de la norma de procedimiento fue decisiva para el resultado ni que habría ganado el caso si se hubiera aplicado la norma”); **AALA-063**: *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.á r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España, ¶ 252 (11 de junio de 2020) (citando *Caratube*).

¹³ **AALA-063**: *Eiser c. España* (Anulación), ¶ 251; **AALA-055**: *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Decisión sobre Anulación, ¶ 85 (5 de abril de 2016).

¹⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 163.

¹⁵ A diferencia de las decisiones en las que se apoya Colombia, los comités en *Pey Casado*, *Tulip* y *Eiser* analizaron ambas posiciones de forma cuidadosa y explicaron de manera razonada por qué rechazaban el requisito de demostrar que el resultado final habría sido diferente de no ser por las irregularidades procesales del tribunal.

en el que hubiera observado esas normas fundamentales de procedimiento. Eso ciertamente excede el ámbito de las facultades de un comité *ad hoc*¹⁶.

43. En segundo lugar, la propia Colombia ha rechazado el estándar que ahora pretende imponer a Foster Wheeler. El comité en *Glencore c. Colombia (I)* señaló que “Colombia sostiene que el solicitante de anulación no está obligado a demostrar que el quebrantamiento tuvo un efecto determinante en el resultado del caso, sino solo que potencialmente pudo haber afectado ese resultado”¹⁷. Colombia rechazó el estándar que ahora propugna debido a su naturaleza especulativa: “Colombia sostiene que sería un ejercicio altamente especulativo ‘intentar adivinar el resultado’ de un caso de no haber mediado un quebrantamiento procesal fundamental”¹⁸. Sorpresivamente, Colombia ahora adopta una posición completamente distinta de la que defendió enérgicamente en *Glencore (I)*.
44. El comité en *Glencore (I)* aceptó el argumento de Colombia y rechazó cualquier requisito de demostrar que el resultado del arbitraje habría sido diferente:

Exigir a un solicitante que demuestre que habría ganado el caso o que el resultado del caso habría sido diferente si se hubiera respetado la norma de

¹⁶ **CL-098:** *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre Anulación, ¶ 31 (21 de marzo de 2007) (sosteniendo que un procedimiento de anulación no constituye un nuevo juicio); **AALA-027:** *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Decisión sobre Anulación, ¶ 97 (5 de septiembre de 2007) (sosteniendo que un comité no debe “sustituir las opiniones del Tribunal por las suyas propias”).

¹⁷ **AALA-050:** *Glencore International AG & CI Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Decisión sobre Anulación, ¶ 203 (22 de septiembre de 2021).

¹⁸ *Id.*

procedimiento constituye un ejercicio altamente especulativo. Un comité de anulación no puede determinar con ningún grado de certeza si alguno de esos resultados habría ocurrido sin ponerse en el lugar de un tribunal, algo que no se encuentra dentro de sus facultades. Lo que sí puede determinar un comité, sin embargo, es si el cumplimiento por parte del tribunal de una norma de procedimiento potencialmente pudo haber afectado el laudo¹⁹.

45. La posición expresada por Colombia en *Glencore (I)*, aceptada por el comité en ese caso, es correcta y congruente con la práctica del CIADI en materia de anulación. No debe permitirse que Colombia repudie una posición que defendió y respecto de la cual prevaleció en un procedimiento de anulación anterior.
46. En cualquier caso, el expediente demuestra que las numerosas violaciones procesales del Tribunal fueron, de hecho, determinantes para el resultado. Por citar tan solo un ejemplo particularmente claro, el Tribunal estaba obligado a tener por cierta la alegación de Foster Wheeler relativa a la inutilidad de recurrir a los tribunales colombianos. Si el Tribunal lo hubiera hecho, no habría podido llegar a la conclusión sobre denegación de justicia, que constituye el eje de todo el Laudo; la solicitud de Colombia habría sido denegada sin perjuicio de que pudiera renovarse sobre la base de un expediente completo; y el caso habría avanzado normalmente a la fase de fondo.

¹⁹ *Id.* ¶ 223 (citando AALA-055: *TECO c. Guatemala* (Anulación), ¶ 85).

2. Foster Wheeler no podía haber planteado quebrantamientos graves de normas fundamentales de procedimiento que solo se materializaron cuando el Tribunal emitió su Laudo

47. Además de distorsionar la interpretación del término “grave”, Colombia intenta imponer a Foster Wheeler el requisito imposible de plantear durante el arbitraje irregularidades que solo se materializaron con la emisión del Laudo²⁰.
48. Colombia se basa en la Regla de Arbitraje 27 del CIADI, pero esa disposición deja claro que una parte solo renuncia a su derecho a objetar si conocía o debía haber conocido una irregularidad procesal y, pese a ese conocimiento efectivo o presunto, no formuló objeción alguna²¹. Del mismo modo, el Profesor Schreuer señala que solo “una parte que a sabiendas no impugna una irregularidad grave ante el tribunal” puede considerarse como habiendo renunciado a su derecho de impugnar esa irregularidad en la etapa de anulación²².
49. En este caso, Foster Wheeler solo tuvo conocimiento de las irregularidades procesales del Tribunal cuando se emitió el Laudo. Solo en ese momento resultó aparente que el Tribunal (i) no había analizado ni resuelto la mayoría de las reclamaciones sometidas a su consideración; (ii) no había aplicado las normas para la resolución de objeciones preliminares establecidas en el TPA; (iii) había impuesto un requisito inexistente de agotamiento de los recursos

²⁰ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 166.

²¹ AALA-002: CIADI, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, Regla 27.

²² AALA-014: CHRISTOPH S. SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, pág. 1246 (Cambridge University Press, 3era ed. 2022).

judiciales internos respecto de todas las reclamaciones en virtud del TPA, y no solo respecto de la denegación de justicia; (iv) no había aplicado, o había aplicado de manera manifiestamente errónea, las normas de interpretación de tratados establecidas en la Convención de Viena; (v) no había expresado los motivos que sustentaban la desestimación de todas las reclamaciones de Foster Wheeler; (vi) no había examinado prueba pertinente y con valor probatorio en la que se habían basado ambas partes; y (vii) había expresado motivos contradictorios, lo que equivale a no expresar motivo alguno.

50. El expediente también demuestra que todas las reclamaciones, y no solo la de denegación de justicia, fueron objeto de extensos escritos y argumentos. Como parte de ese proceso, Colombia no sostuvo que todas las reclamaciones debieran desestimarse exclusivamente sobre la base de la ausencia de una denegación de justicia²³. Difícilmente puede reprocharse a Foster Wheeler no haber objetado que sus reclamaciones no debían desestimarse sobre la base de una teoría que Colombia no planteó.
51. Como Foster Wheeler no tenía, ni podía haber tenido, conocimiento de ninguna de esas irregularidades durante el arbitraje, sencillamente no podía haberlas planteado ante el Tribunal. Por lo tanto, carece de todo fundamento el argumento de Colombia de que Foster Wheeler renunció a su derecho a impugnar esas irregularidades mediante una solicitud de anulación.

²³ **AA-003**: Memorial de Colombia sobre Objeciones Preliminares; **AA-010**: Réplica de Colombia sobre Objeciones Preliminares.

3. El Tribunal quebrantó gravemente las normas fundamentales de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares

(i) Las normas de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares son fundamentales

52. Foster Wheeler pasa ahora a las normas de procedimiento específicas que el Tribunal quebrantó gravemente, comenzando por las normas que rigen la resolución de objeciones preliminares.
53. Colombia sostiene en primer lugar que las normas que rigen la resolución de objeciones preliminares no son fundamentales. Por lo tanto, afirma que, aun si el Tribunal las hubiera infringido, ello no debería llevar a la anulación del Laudo²⁴. Como se expone a continuación, numerosos laudos han resuelto que esas normas son fundamentales en todo sentido relevante, porque establecen las bases sobre las cuales una parte puede verse privada de su derecho a una audiencia plena sobre el fondo, para que su caso sea resuelto en un procedimiento preliminar abreviado.
54. Foster Wheeler presentó sus reclamaciones al amparo del TPA. El artículo 10.20.4 de ese tratado permite a la demandada, en este caso Colombia, plantear como objeción preliminar que, “como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26”²⁵. Colombia invocó esa disposición y formuló una serie de objeciones preliminares conforme al artículo 10.20.4. Como establece el propio artículo

²⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 181-182.

²⁵ CL-001: Cap. 10 del TPA.

10.20.4, (i) el tribunal “suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio”; (ii) el tribunal “asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta)”; y (iii) “el tribunal puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa”²⁶. En efecto, renunciar al derecho a controvertir los hechos alegados por la demandante es una condición para solicitar una decisión preliminar conforme al artículo 10.20.4. Además, los tribunales que han interpretado disposiciones similares al artículo 10.20.4 han resuelto uniformemente que las objeciones preliminares están sujetas a un estándar exigente y no están destinadas a resolver cuestiones jurídicas complejas, hechos controvertidos ni cuestiones mixtas de hecho y de derecho²⁷.

²⁶ *Id.* La resolución de las objeciones preliminares también debe ser expedita. Indiscutiblemente, eso no fue lo que ocurrió aquí, dado que transcurrieron 31 meses entre el cierre de la audiencia y la emisión del Laudo. Como explicó Foster Wheeler, esta violación de las normas procesales que rigen la resolución de objeciones preliminares justifica la anulación del Laudo. Memorial de Anulación de Foster Wheeler, Sección IV.A.5. Colombia intenta, de manera poco franca, responsabilizar a Foster Wheeler por esa demora, señalando la presentación por parte de Foster Wheeler de nuevos documentos que no existían al cierre de la fase escrita y la formulación por parte de Foster Wheeler de reclamaciones adicionales conforme a la Regla de Arbitraje 40 del CIADI. Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 368. Pero el tiempo que el Tribunal tardó en resolver esas solicitudes fue insignificante en comparación con la duración del prolongado período de deliberación. Foster Wheeler solicitó la incorporación de nuevos documentos el 7 de febrero de 2023 y el Tribunal concedió esa solicitud el 7 de marzo de 2023. AA-007: Laudo, ¶ 54. Luego, el 21 de junio de 2024, Foster Wheeler presentó la Solicitud de Arbitraje Enmendada y el Tribunal confirmó el 12 de julio de 2024 que ese escrito formaba parte del expediente, aunque luego lo ignoró en el Laudo. *Id.*, ¶ 63. Colombia también cita la decisión en *CDC c. Seychelles* en apoyo de la proposición de que la demora en dictar un laudo es irrelevante, pero ese caso no resulta pertinente porque el tribunal allí no estaba sujeto a los límites temporales que rigen la resolución de objeciones preliminares.

²⁷ **RL-036:** *Pac Rim c. El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada conforme a los artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, ¶ 112 (2 de agosto de 2010) (resolviendo que “[e]l procedimiento previsto en el artículo 10.20.4 del CAFTA está claramente destinado a evitar el tiempo y el costo de un juicio, y no a reproducirlo. Con ese

55. Dado que el artículo 10.20.4 es la única disposición del tratado aplicable que establece las reglas básicas para la resolución de objeciones preliminares, sencillamente no existe fundamento para que Colombia sostenga que esas normas no son fundamentales en el contexto particular de este caso. En cualquier caso, seguirían siendo fundamentales debido a su relación inextricable con otras normas que sí tienen ese carácter. Una violación del estándar establecido en el artículo 10.20.4 podría, como ocurrió aquí, dar lugar a la violación de otros derechos fundamentales de una demandante, incluidos sus derechos al debido proceso y a ser oída, así como de las normas que rigen la distribución de la carga de la prueba.
56. En última instancia, disposiciones como el artículo 10.20.4 protegen los derechos de las partes al debido proceso y a ser oídas, al tiempo que permiten desestimar reclamaciones que carecen de fundamento jurídico. Colombia no controvierte que las normas que protegen los derechos de una parte al debido proceso y a ser oída son normas fundamentales de procedimiento, y todos los

propósito, no puede aportarse prueba alguna por el demandado que contradiga los hechos asumidos alegados en la notificación de arbitraje; y, por lo general, no debería ser necesario abordar extensamente cuestiones complejas de derecho, y mucho menos cuestiones jurídicas que dependan de cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de derecho y hecho”); **CL-272:** *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/34, Decisión sobre Objeciones Expeditas, ¶ 105 (13 de diciembre de 2017) (adoptando el estándar de *Pac Rim*); **AAIA-064:** *Mason Capital L.P. and Mason Management LLC c. República de Corea*, Caso CPA No. 2018-55, Decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, ¶ 300 (22 de diciembre de 2019) (adoptando asimismo el estándar de *Pac Rim*); **CL-273:** *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones Preliminares de la Demandada conforme al artículo 10.20.4, ¶ 206 (18 de diciembre de 2014) (sosteniendo que, “...al examinar una objeción conforme al artículo 10.20.4 basada en la insuficiencia jurídica de una reclamación, el tribunal deberá decidir si la reclamación carece jurídicamente de toda posibilidad de prosperar”).

comités que han analizado esa cuestión así lo han sostenido²⁸. Por esa razón, los tribunales han reconocido la relación entre los derechos de debido proceso de una demandante y la aplicación de procedimientos para la resolución sumaria de reclamaciones, como los establecidos en el artículo 10.20.4 y la Regla de Arbitraje 41 del CIADI. Entre los ejemplos se encuentran los siguientes:

- *Brandes c. Venezuela*: “...El Tribunal considera que el nuevo procedimiento de objeciones preliminares conforme a la Regla 41(5) tiene por objeto crear la posibilidad de desestimar en una etapa temprana aquellos casos que manifiestamente carezcan de fundamento. Se trata de un procedimiento sumario que debe tramitarse de manera expedita. Sin embargo, las normas del debido proceso deben seguir respetándose. Por lo tanto, un tribunal solo debería acoger tal objeción y llegar a la conclusión definitiva de que todas las reclamaciones carecen de mérito jurídico si concluye que ello es ‘manifiesto’”²⁹.

²⁸ **AAIA-057**: *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/84/4, Decisión del Comité *ad hoc* de Anulación, ¶ 5.06 (22 de diciembre de 1989) (sosteniendo que una norma que concede a una parte plena oportunidad de presentar su caso es una norma fundamental de procedimiento); **AAIA-007**: *Wena Hotels Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Decisión sobre Anulación, ¶ 57 (5 de febrero de 2002) (sosteniendo que “[e]s fundamental, como cuestión de procedimiento, que cada parte tenga derecho a ser oída ante un tribunal independiente e imparcial. Ello incluye el derecho a exponer su reclamación o su defensa y a presentar todos los argumentos y pruebas que la sustenten”). Véase también **RAIA-030**: *Libananco Holdings Co. Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Extractos de la Decisión sobre Anulación, ¶ 88 (22 de mayo de 2013); **RAIA-077**: *Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Anulación, ¶ 263 (8 de julio de 2013).

²⁹ **AAIA-016**: *Brandes Investment Partners, LP c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/03, Decisión sobre la Objeción de la Demandada conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, ¶ 62 (2 de febrero de 2009).

- *Global Trading c. Ucrania*: “Aquí, evidentemente, debe alcanzarse un equilibrio entre el derecho (aunque condicionado) que la Regla 41(5) confiere a la parte objetante para que una reclamación manifiestamente carente de mérito sea resuelta antes de incurrir en esfuerzos y gastos innecesarios para defenderla, y el deber del tribunal de cumplir los requisitos del debido proceso”³⁰.
- *Fornan c. España*: El tribunal consideró que no existiría una violación del debido proceso al desestimar sumariamente las reclamaciones porque “todos los hechos alegados por los Demandantes se han dado por ciertos y el Tribunal no ve ningún hecho adicional que pudiera alegarse y demostrarse, y que alterara su valoración jurídica”³¹.

57. Como se señaló en estas decisiones, desestimar reclamaciones sin brindar a la demandante la oportunidad de presentar su caso en un procedimiento arbitral completo plantea serias preocupaciones de debido proceso. Por esa razón, los procedimientos de desestimación sumaria contienen garantías importantes, incluyendo el requisito de tener por ciertos los hechos alegados por la demandante. En respuesta a ese argumento, Colombia cuestiona que

³⁰ **RL-319**: *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo, ¶ 34 (1 de diciembre de 2010).

³¹ **AALA-065**: *Nurhima Kiram Fornan y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/24/45, Laudo, ¶ 100 (6 de noviembre de 2025). Véase también **AALA-066**: *Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. c. Estado de Kuwait*, Caso CIADI No. ARB/18/2, Opinión Disidente de Pascal Dévaud sobre la Solicitud de la Demandada conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, ¶ 2 (1 de noviembre de 2019) (“El laudo de la mayoría del Tribunal concede a los demandados (y, por ende, a los Estados) el privilegio indebido de obtener, en procedimientos de arbitraje CIADI, la desestimación sumaria de las reclamaciones sin que se respeten los derechos de debido proceso de los demandantes (es decir, de los inversionistas)”).

Foster Wheeler se apoye en decisiones dictadas conforme a la Regla de Arbitraje 41 del CIADI para interpretar disposiciones como el artículo 10.20.4 del TPA³². El argumento de Colombia carece de fundamento. El propio CIADI señala que “[a]lgunos tratados de inversión [como el CAFTA, que en este aspecto es idéntico al TPA] contienen procedimientos similares a la Regla 41(5), aplicables a los casos sometidos al CIADI conforme a dichos instrumentos”³³. En consecuencia, varios tribunales han reconocido la clara relación entre la Regla de Arbitraje 41(5) del CIADI y disposiciones similares incluidas en tratados de protección de inversiones³⁴. Por último, la pertinencia de esas decisiones no radica en que las disposiciones precisas del artículo 10.20.4 sean idénticas a la Regla 41(5), sino en que ambas contemplan la resolución acelerada y sumaria de un caso sobre la base de un expediente abreviado y contienen una regla idéntica para proteger los derechos de la

³² Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 185-186.

³³ **AALA-019**: CIADI, Falta Manifiesta de Mérito Jurídico - Arbitraje conforme al Convenio CIADI (Reglas de 2006). *Compárese AALA-067*: Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA), Cap. 10 *con CL-001*: Cap. 10 del TPA.

³⁴ Véase **CL-272**: *Bridgestone Americas, Inc. and Bridgestone Licensing Services, Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/34, Decisión sobre Objeciones Expeditas, ¶¶ 115-117 (13 de diciembre de 2017) (reconociendo la relación entre el artículo 10.20.5 del TPA Estados Unidos-Panamá y la Regla 41). Por su parte, Colombia se basa en *Renco c. Perú (I)* para negar la pertinencia de las decisiones dictadas conforme a la Regla 41. Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 187. Sin embargo, Colombia ignora el contexto de *Renco (I)*. En ese caso, los materiales presentados por Perú no abordaban la cuestión específica controvertida, a saber, si el artículo 10.20.4 también puede abarcar objeciones de competencia. Por esa razón, el tribunal finalmente decidió no basarse en las decisiones obrantes en el expediente dictadas conforme a la Regla 41. Colombia invoca ese análisis específico como supuesto respaldo de la proposición de que ninguna decisión dictada conforme a la Regla 41 puede ser jamás pertinente para interpretar disposiciones como el artículo 10.20.4, pero eso no fue lo que resolvió el tribunal en *Renco (I)*. **CL-273**: *The Renco Group, Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Decisión sobre el Alcance de las Objeciones Preliminares de la Demandada conforme al artículo 10.20.4, ¶¶ 232-238 (18 de diciembre de 2014).

demandante: sus alegaciones de hecho deben tenerse por ciertas³⁵. Esa es una norma fundamental de procedimiento en cualquier sentido concebible y el Tribunal la violó de manera flagrante en este caso.

58. Además de su relación con las normas procesales que protegen los derechos de una parte al debido proceso y a ser oída, el artículo 10.20.4 también está estrechamente vinculado con las normas procesales relativas a la carga de la prueba. El artículo 10.20.4 es claro al establecer que, “[a]l decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta)”. En consecuencia, una demandante que se defiende frente a una objeción conforme al artículo 10.20.4 no tiene carga alguna de presentar prueba para demostrar que sus alegaciones de hecho son ciertas, y el tribunal no puede admitir ni valorar prueba que contradiga esas alegaciones³⁶. Los comités *ad hoc* han reconocido que normas como esta, que establecen la carga de la prueba, tienen carácter fundamental. El comité en *Klöckner c. Camerún (II)* fue el primero en reconocer que “una inversión errónea de la carga de la prueba podía constituir un quebrantamiento grave de

³⁵ Véase, por ejemplo, **AAIA-068**: *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Decisión sobre la Objeción de la Demandada conforme a la Regla de Arbitraje 41(5) del CIADI, ¶ 26 (11 de marzo de 2013) (sosteniendo que, para decidir una objeción conforme a la Regla 41(5), un tribunal “debe normalmente presumir que son ciertos los hechos alegados por la demandante que sirven de fundamento a la reclamación sobre el fondo”); **AAIA-069**: *Ricardo Filomeno Duarte Ventura Leitão Machado c. República de Angola*, Caso CIADI No. ARB/24/8, Decisión sobre la Objeción de la Demandada conforme a la Regla 41, ¶ 92 (29 de mayo de 2025) (sosteniendo que, en esta etapa, “[el tribunal] solo debe realizar una valoración jurídica del mérito jurídico de las reclamaciones de la Demandante”).

³⁶ **RL-036**: *Pac Rim c. El Salvador* (Objeciones Preliminares), ¶¶ 78, 87-89. *Pac Rim* se resolvió conforme al artículo 10.20.4 del DR-CAFTA, que es idéntico al artículo 10.20.4 del TPA.

una norma fundamental de procedimiento”³⁷. El comité en *Lemire c. Ucrania* también identificó “el tratamiento de la evidencia y la carga de la prueba” como un ejemplo paradigmático de una norma fundamental de procedimiento³⁸.

59. En respuesta, Colombia se apoya en las decisiones *Tenaris c. Venezuela (II)* y *Cube c. España*³⁹. De hecho, aunque esas decisiones rechazaron la anulación de los laudos respectivos, ambas reconocieron que una inversión errónea de la carga de la prueba podría dar lugar a la anulación de un laudo. En *Tenaris*, el comité señaló lo siguiente:

El comité coincide con el comité en *Caratube* en que ‘una inversión de la carga de la prueba bien podría conducir a la violación de una norma fundamental de procedimiento’, por ejemplo, si el tribunal no tratara a las partes por igual o no brindara la oportunidad de ser oídas sobre la cuestión. Sin embargo, estas son consecuencias de otros principios que inciden en el tratamiento de la carga de la prueba, pero no constituyen principios en sí mismos⁴⁰.

³⁷ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI No. ARB/81/2, Segunda Decisión del Comité *ad hoc* sobre Anulación, ¶ 6.80 (17 de mayo de 1990) (citado en **AAIA-014**: Schreuer, Commentary, pág. 1330).

³⁸ **RALA-077**: *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Anulación, ¶ 263 (8 de julio de 2013).

³⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 283.

⁴⁰ **RALA-018**: *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. c. República Bolivariana de Venezuela (II)*, Caso CIADI No. ARB/12/23, Decisión sobre Anulación, ¶ 93 (28 de diciembre de 2018). Colombia omitió esta afirmación de su cita de esa decisión. El comité en *Tenaris* también rechazó los argumentos que Colombia plantea ahora respecto del estándar aplicable a esta causal de anulación: “no debe ni puede exigirse al solicitante que pruebe además que ese resultado sustantivamente insostenible provocado por un

60. Del mismo modo, el comité en *Cube* reconoció que “...la distribución o aplicación de la carga de la prueba puede dar lugar a la violación de una norma fundamental de procedimiento (como la igualdad de las partes)”⁴¹.
61. De hecho, resulta difícil imaginar una norma procesal más fundamental que la distribución de la carga de la prueba. Ello es particularmente cierto aquí, teniendo en cuenta que el TPA contiene una disposición expresa que exige a los tribunales tener por ciertas las alegaciones de hecho de una demandante como condición para poder privarla potencialmente de su derecho a una audiencia plena sobre el fondo. Colombia ejerció el derecho que le confería el TPA de formular una objeción conforme al artículo 10.20.4. Eso, a su vez, activó las normas y garantías procesales establecidas en esa disposición en favor de Foster Wheeler. Resulta poco franco que Colombia sostenga que esas normas procesales —contenidas en la única disposición del TPA que rige la resolución de sus objeciones— no son fundamentales en el contexto específico de este caso. Y aun si este Comité llegara de algún modo a considerar que esas normas no son fundamentales por sí mismas, Foster Wheeler igualmente debería prevalecer. Esas disposiciones están estrechamente entrelazadas con otras normas procesales cuyo carácter fundamental Colombia no controvierte, como las que protegen el derecho de una parte al debido proceso y a ser oída y las que establecen la carga de la prueba. En consecuencia, una violación de las disposiciones establecidas en

quebrantamiento específico de las normas de procedimiento causó que el tribunal dictara un laudo diferente”. *Id.* ¶ 100.

⁴¹ **RALA-019:** *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/20, Decisión sobre Anulación, ¶ 448 (28 de marzo de 2022).

el artículo 10.20.4 daría igualmente lugar a la violación de esas normas fundamentales de procedimiento.

(ii) El Tribunal violó reiteradamente las normas de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares

62. Habiendo establecido que las normas de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares son fundamentales, esta Sección aborda las formas específicas en que el Tribunal las violó: (i) el Tribunal no tuvo por ciertos los hechos alegados por Foster Wheeler; (ii) impuso erróneamente a Foster Wheeler la carga de probar esos hechos; y (iii) agravó luego su error al sostener falsamente que no se había presentado prueba alguna respecto de una cuestión crítica: la inutilidad de buscar reparación en los tribunales colombianos después de una Decisión definitiva de la CGR.
63. En primer lugar, el Tribunal estaba obligado a tener por ciertos los hechos alegados por Foster Wheeler en su Solicitud de Arbitraje, pero no lo hizo⁴². Foster Wheeler alegó que no existía ningún requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos. Pero aun si tal requisito existiera, sería inaplicable aquí porque, como alegó Foster Wheeler, agotar los recursos judiciales internos en Colombia habría sido inútil o ineficaz⁴³. El argumento de Foster Wheeler sobre este punto se fundó en sus alegaciones de hecho de que el sistema jurídico colombiano en general, y su sistema de tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa en particular, estaban afectados por

⁴² **CL-001**: Cap. 10 del TPA, art. 10.20.4(c) (“Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta)”).

⁴³ **AA-001**: Solicitud de Arbitraje de Foster Wheeler, ¶ 110.

demoras tan extraordinarias que cualquier recurso a esos tribunales sería inútil⁴⁴.

64. En lugar de aplicar la presunción fáctica obligatoria del TPA, el Tribunal resolvió lo siguiente: “Sin embargo, las Demandantes no han aportado ninguna prueba en sustento de sus alegaciones de que sería obviamente inútil o manifiestamente ineficaz solicitar una revisión adicional del Fallo con Responsabilidad Fiscal”⁴⁵. La irregularidad procesal de la decisión del Tribunal es evidente por sí misma. Constituye una falla de justicia y una violación de los derechos de debido proceso de Foster Wheeler porque trasladó la carga de la prueba a Foster Wheeler en violación directa del artículo 10.20.4(c) del TPA. Foster Wheeler tenía la expectativa legítima de que no tenía carga alguna de presentar prueba en apoyo de los hechos alegados en la Solicitud de Arbitraje⁴⁶. El Tribunal frustró esa expectativa al negarse a cumplir los mandatos del TPA y desestimar reclamaciones con mérito sobre la base de una supuesta falta de presentación de prueba⁴⁷.
65. Colombia sostiene que las alegaciones de Foster Wheeler relativas a la excepción de inutilidad frente a cualquier requisito de agotamiento eran argumentos jurídicos y afirmaciones conclusivas y, por lo tanto, no estaban

⁴⁴ **AA-012**: Transcripción de la Audiencia sobre Objeciones Preliminares, Volumen 1, págs. 197:5-15.

⁴⁵ **AA-007**: Laudo, ¶ 217.

⁴⁶ Pese a no soportar carga probatoria alguna, Foster Wheeler sí presentó prueba de respaldo mediante una declaración testimonial del ex asesor jurídico general de la CGR, el Sr. César Torrente. El Tribunal agravó su error al ignorar esa prueba. El hecho de que el Tribunal ignorara prueba pertinente en la que se basaron ambas partes constituye una causal separada de anulación.

⁴⁷ **AA-007**: Laudo, ¶ 217.

comprendidas en el artículo 10.20.4(c)⁴⁸. Esto sencillamente no es así. Este es solo otro ejemplo de Colombia recurriendo a un razonamiento *ex post* para intentar salvar un Laudo fundamentalmente defectuoso. Como ya se señaló, un comité no puede basarse en motivos que no figuren en el propio laudo para justificar la decisión de un tribunal⁴⁹. Pero eso es precisamente lo que Colombia pide a este Comité que haga. En ninguna parte del Laudo el Tribunal se niega a aplicar la presunción del artículo 10.20.4(c) con fundamento en que las alegaciones de Foster Wheeler sobre la excepción de inutilidad fueran conclusivas o fueran argumentos jurídicos disfrazados de alegaciones de hecho. Por el contrario, aceptó que cualquier requisito de agotamiento de los recursos internos es inaplicable si el recurso a los tribunales internos es inútil y luego resolvió en contra de Foster Wheeler sobre la base de la conclusión fatalmente defectuosa del Laudo de que no existía prueba de inutilidad⁵⁰. Ninguno de los argumentos que Colombia plantea ahora sobre este punto aparece en el Laudo.

66. En cualquier caso, el intento *ex post* de Colombia de justificar la decisión del Tribunal carece de todo fundamento racional. La aplicación de la excepción de inutilidad es una cuestión de hecho⁵¹. Conforme con el claro mandato del

⁴⁸ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 291 y ss.

⁴⁹ **RALA-013**: *Rumeli c. Kazajistán* (Anulación), ¶ 83; **RALA-037**: *Flughafen c. Venezuela* (Anulación), ¶ 97; **AALA-033**: *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Anulación), ¶ 24.

⁵⁰ **AA-007**: Laudo, ¶ 217.

⁵¹ Véase **CL-091**: *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, ¶ 169 (26 de junio de 2003) (resolviendo que “[l]a disponibilidad [de los recursos internos] no es un estándar que deba determinarse o aplicarse en abstracto. Significa razonablemente disponible para el reclamante a la luz de su situación, incluidas sus circunstancias financieras y económicas como inversionista extranjero, en la medida en que se vean afectadas por las condiciones relativas al ejercicio de cualquier recurso interno”); **AALA-056**: Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática con comentarios,

TPA, el Tribunal estaba obligado a tener por ciertas las alegaciones de Foster Wheeler y luego, como parte del procedimiento sobre el fondo, brindar a cada parte plena oportunidad de presentar prueba relativa a si agotar los recursos judiciales internos en Colombia habría sido inútil o ineficaz⁵². Al violar el artículo 10.20.4 y privar a Foster Wheeler de la oportunidad de probar su caso, el Tribunal quebrantó una norma fundamental de procedimiento.

67. El Tribunal agravó luego su error al ignorar que Foster Wheeler, de hecho, había presentado precisamente la prueba que el Tribunal exigió de manera errónea. En efecto, Foster Wheeler presentó una declaración testimonial del Sr. Torrente, ex asesor jurídico general de la CGR⁵³. El Tribunal ignoró esa prueba y afirmó erróneamente que no se había presentado prueba alguna.
68. En segundo lugar, además de desatender la presunción fundamental del artículo 10.20.4, el Tribunal excedió el alcance permisible del procedimiento de objeciones preliminares. El artículo 10.20.4 no está concebido para dar lugar a un “mini juicio”. Como observó el Tribunal en *Pac Rim*:

El procedimiento previsto en el artículo 10.20.4 del
CAFTA está claramente destinado a evitar el tiempo
y el costo de un juicio, y no a reproducirlo. Con ese

[2006] 2 Y.B. INT’L L. COMM’N, Doc. ONU A/CN.4/SER/A/2006/Add.1 (Parte 2), pág. 48 (señalando que, al decidir si la congestión judicial hace que los recursos internos sean inútiles o ineficaces, “[c]ada caso debe juzgarse según sus propios hechos”).

⁵² La decisión *Trans-Global*, citada por Colombia en el párrafo 293 de su Memorial de Contestación, resolvió que un procedimiento de resolución sumaria no es el lugar para “valorar la credibilidad o plausibilidad de una alegación fáctica controvertida”. **AAALA-060: *Trans-Global Petroleum, Inc. c. Reino Hachemita de Jordania***, Caso CIADI No. ARB/07/25, Decisión sobre la Objeción de la Demandada conforme a la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, ¶ 105 (12 de mayo de 2008).

⁵³ Aunque tanto Foster Wheeler como Colombia hicieron referencia a la declaración testimonial del Sr. Torrente, esta ni siquiera se menciona, mucho menos se analiza, en el Laudo.

propósito, no puede aportarse prueba alguna por el demandado que contradiga los hechos asumidos alegados en la notificación de arbitraje; y, por lo general, no debería ser necesario abordar extensamente cuestiones complejas de derecho, y mucho menos cuestiones jurídicas que dependan de cuestiones complejas de hecho o cuestiones mixtas de derecho y hecho⁵⁴.

69. El Tribunal se apartó de esta norma procesal al (i) resolver cuestiones fácticas controvertidas, como si agotar los recursos judiciales internos en Colombia hubiera sido inútil o ineficaz; (ii) trasladar indebidamente la carga de la prueba a Foster Wheeler⁵⁵; y (iii) pronunciarse sobre si el Proceso de Responsabilidad Fiscal constituía un “procedimiento contencioso administrativo” conforme al artículo 10.5.2(a) del TPA, pese a que se trataba de una cuestión compleja de hecho y de derecho que solo podía resolverse sobre la base de un expediente completo⁵⁶.
70. En respuesta, Colombia controvierte que el procedimiento de objeciones preliminares fuera en absoluto un procedimiento sumario y, por tanto, que estuviera sujeto a determinadas limitaciones respecto de las cuestiones que podían decidirse adecuadamente en las primeras etapas del arbitraje. En efecto, Colombia no sostiene que la fase de objeciones preliminares fuera un

⁵⁴ **RL-036:** *Pac Rim c. El Salvador* (Objeciones Preliminares), ¶ 112. Véase también **CL-272:** *Bridgestone c. Panamá* (Objeciones Preliminares), ¶ 105; **AALA-064:** *Mason Capital c. Corea* (Objeciones Preliminares), ¶ 300; **CL-273:** *Renco c. Perú (I)* (Objeciones Preliminares), ¶ 206.

⁵⁵ **RL-036:** *Pac Rim c. El Salvador* (Objeciones Preliminares), ¶ 111 (sosteniendo que “la carga de persuadir al tribunal para que acoja la objeción preliminar debe recaer sobre la parte que la formula, es decir, la demandada”).

⁵⁶ Colombia dedica varios párrafos de su Memorial de Contestación a intentar justificar la interpretación insostenible del Tribunal de ese término del tratado, lo que subraya aún más la complejidad de la cuestión y lo inapropiado de resolverla mediante un procedimiento sumario. Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 217-247.

“mini juicio”, sino que fue una audiencia plena sobre el fondo⁵⁷. Colombia hace referencia a las dos rondas de escritos, la audiencia de dos días y una supuesta oportunidad de Foster Wheeler de solicitar la exhibición de documentos⁵⁸. Los argumentos de Colombia son tanto incorrectos como irrelevantes.

71. Independientemente de si se califica o no el procedimiento para resolver las objeciones preliminares de Colombia como un procedimiento sumario, lo cierto es que fue un procedimiento preliminar sujeto a las normas y limitaciones procesales específicas establecidas en el artículo 10.20.4 del TPA. La indiscutible violación de esas normas por parte del Tribunal constituye una causal de anulación, independientemente del número de escritos presentados, aunque dos rondas de escritos y una audiencia oral no son inusuales en materia de objeciones preliminares. Colombia no puede hacer desaparecer esas violaciones procesales señalando que el Tribunal — como estaba obligado a hacer conforme a las nociones más elementales de debido proceso— brindó a ambas partes la oportunidad de presentar escritos y argumentos orales sobre las objeciones preliminares de Colombia.
72. Colombia también caracteriza erróneamente los comentarios de los abogados al final de la audiencia en el sentido de que el expediente estaba suficientemente desarrollado⁵⁹. Esos comentarios se formularon en respuesta a la pregunta del Presidente: “Sr. Sills, considera que necesitamos

⁵⁷ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 203 y ss.

⁵⁸ *Id.* ¶¶ 204, 206.

⁵⁹ *Id.* ¶ 177.

información adicional *en forma de escritos posteriores a la audiencia?*”⁶⁰. El abogado respondió que “aquí existe un expediente extenso” y que no era necesario presentar escritos adicionales salvo que el Tribunal tuviera preguntas específicas⁶¹. Colombia tergiversa gravemente esos comentarios en un intento de presentarlos como una autorización para que el Tribunal se pronunciara sobre cuestiones que indiscutiblemente excedían el alcance de un procedimiento destinado a resolver objeciones preliminares o para que valorara prueba en un procedimiento que solo podía decidir si una reclamación fracasaba “como cuestión de derecho”. El Comité debería rechazar una tergiversación tan flagrante del expediente.

73. Colombia también caracteriza erróneamente la referencia de Foster Wheeler a un procedimiento “sumario”. Ese término significa únicamente que un procedimiento destinado a resolver objeciones preliminares cumple una finalidad limitada y se basa en un expediente limitado. Como se señaló con anterioridad, “[e]l procedimiento previsto en el artículo 10.20.4 del CAFTA está claramente destinado a evitar el tiempo y el costo de un juicio, y no a reproducirlo”⁶².
74. Una consideración adecuada de los antecedentes del artículo 10.20.4 confirma aún más la gravedad de las violaciones procesales del Tribunal. Como reconoce Colombia, el artículo 10.20.4 se basa en una moción de desestimación o *motion to dismiss* conforme a los procedimientos seguidos

⁶⁰ **AA-013:** Transcripción de la Audiencia sobre Objeciones Preliminares, Volumen 2, págs. 364:2-4 [énfasis añadido].

⁶¹ *Id.* págs. 364:10-365:5.

⁶² **RL-036:** *Pac Rim c. El Salvador* (Objeciones Preliminares), ¶ 112.

por los tribunales federales de los Estados Unidos⁶³. Como señala el Profesor Vandeveld, el artículo 10.20.4 “...se inspira conceptualmente en la Regla 12(b)(6) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, que autoriza la desestimación de una reclamación respecto de la cual no puede concederse reparación y ordena al tribunal, al decidir si debe desestimarla, presumir que los hechos alegados por el demandante son ciertos”⁶⁴. La finalidad es “evitar[] a las partes el gasto de recopilar y presentar prueba en aquellos casos en los que tales determinaciones no sean necesarias”⁶⁵.

75. En términos simples, la fase de objeciones preliminares no era la etapa apropiada para que el Tribunal examinara el fundamento fáctico de las reclamaciones de Foster Wheeler, aunque eso fue lo que el Tribunal hizo, o pretendió hacer⁶⁶. Tal evaluación está reservada para la fase de fondo del arbitraje. Sin embargo, como deja claro el artículo 10.20.4, una vez que la demandada formula una objeción preliminar, el tribunal “suspenderá cualquier actuación sobre el fondo del litigio”⁶⁷. Como era de esperar, la Resolución Procesal No. 1 no contemplaba una oportunidad para que Foster Wheeler presentara un memorial sobre el fondo acompañado de toda la prueba en la que pretendía basarse durante el arbitraje⁶⁸. Tampoco las partes

⁶³ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 292.

⁶⁴ **RL-121**: KENNETH J. VANDEVELDE, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, pág. 608 (Oxford University Press 2009).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ **AA-007**: Laudo, ¶ 217.

⁶⁷ **CL-001**: Cap. 10 del TPA, art. 10.20.4(b).

⁶⁸ **AA-005**: Resolución Procesal No. 1, Anexo A Revisado, Calendario Procesal (7 de octubre de 2021).

organizaron una audiencia de varios días en la que se presentaran testigos y fueran sometidos a contrainterrogatorio⁶⁹.

76. Además, contrariamente a lo que sostiene Colombia⁷⁰, la Resolución Procesal No. 1 no permitía a Foster Wheeler solicitar la exhibición de documentos. Colombia se basa en el párrafo 15.3 de la Resolución, que permite a una parte solicitar la exhibición de documentos en una oportunidad no prevista en el calendario procesal únicamente si demuestra la existencia de “circunstancias excepcionales”⁷¹. En consecuencia, el calendario de la fase de objeciones preliminares no contemplaba una oportunidad para formular solicitudes de exhibición de documentos⁷². Y no había razón para que Foster Wheeler formulara esa solicitud excepcional. El alcance adecuado de los procedimientos conforme al artículo 10.20.4 hacía irrelevante esa exhibición de documentos, porque las cuestiones fácticas controvertidas —que normalmente constituyen la base de las solicitudes de exhibición de documentos— no tienen cabida en procedimientos de objeciones preliminares en los que los hechos alegados deben tenerse por ciertos. En suma, no había razón para que Foster Wheeler formulara esa solicitud excepcional porque tenía la expectativa legítima de que el Tribunal aplicaría diligentemente, como estaba obligado a hacerlo, la presunción fáctica del artículo 10.20.4(c).

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 38.

⁷¹ **AA-006**: Resolución Procesal No. 1, ¶ 15.3 (18 de marzo de 2021).

⁷² **AA-005**: Resolución Procesal No. 1, Anexo A Revisado, Calendario Procesal (7 de octubre de 2021).

Como se analizó anteriormente, el Tribunal violó de forma grave esa expectativa.

77. En conclusión, el Tribunal quebrantó las normas fundamentales de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares. El TPA deja claro que, al decidir una objeción conforme al artículo 10.20.4, un tribunal debe tener por ciertos los hechos alegados por la demandante y limitar su examen a determinar si una reclamación debe desestimarse como “cuestión de derecho”⁷³. En este caso, el Tribunal desatendió esas normas procesales básicas y efectivamente transformó esta etapa limitada del arbitraje en un procedimiento pleno sobre el fondo, desestimando reclamaciones con mérito debido a una supuesta falta de presentación de prueba, pese a que esa prueba efectivamente se había presentado, y privó a Foster Wheeler del más básico de todos los derechos procesales: el derecho a presentar su caso.

(iii) El quebrantamiento de las normas procesales por parte del Tribunal fue grave

78. El requisito final del artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI es que el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento sea grave. Ese requisito se cumple aquí.
79. El quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento es grave si pudo haber tenido un efecto sustancial en el laudo⁷⁴. Sin embargo, como se señaló con anterioridad, no existe requisito alguno de demostrar que, de no haber mediado el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, el resultado final habría sido diferente, aunque aquí lo habría

⁷³ CL-001: Cap. 10 del TPA, art. 10.20.4

⁷⁴ *Supra* Sección II.1.

sido. Por ejemplo, el comité en *Eiser* concluyó que una violación de las normas sobre revelaciones de los árbitros era grave porque la parte afectada por la falta de revelación “perdió la posibilidad de obtener un laudo diferente”⁷⁵. En *Fraport (I)*, el tribunal no brindó a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre prueba presentada después del cierre del procedimiento. Luego, el tribunal basó parcialmente su decisión en cuestiones relacionadas con esa nueva prueba. El comité resolvió que esa violación procesal era grave porque causó un “perjuicio sustancial” a la parte perdedora⁷⁶.

80. Como en *Eiser* y *Fraport (I)*, las violaciones procesales aquí afectaron sustancialmente el Laudo y causaron un perjuicio sustancial a Foster Wheeler. La decisión del Tribunal se sustentó en la supuesta falta de Foster Wheeler de agotar los recursos judiciales internos⁷⁷, pero el Tribunal incumplió el requisito del artículo 10.20.4(c) de tener por ciertas las alegaciones de hecho de Foster Wheeler relativas a la inutilidad de recurrir a esos recursos⁷⁸. Foster Wheeler no debe demostrar que un resultado diferente era probable. En cualquier caso, si el Tribunal hubiera tenido por ciertas las alegaciones de Foster Wheeler —incluidas las extraordinarias demoras que afectan al sistema judicial colombiano— un resultado distinto habría sido prácticamente seguro incluso conforme con la teoría jurídica defectuosa del Tribunal. La única

⁷⁵ AALA-063: *Eiser c. España* (Anulación), ¶ 251.

⁷⁶ AALA-008: *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas (I)*, Caso CIADI No. ARB/03/25, Decisión sobre Anulación, ¶¶ 245-246 (23 de diciembre de 2010).

⁷⁷ AA-007: Laudo, ¶¶ 215-216.

⁷⁸ *Id.* ¶ 217 (“Sin embargo, las Demandantes no han aportado ninguna prueba en sustento de sus alegaciones de que sería obviamente inútil o manifiestamente ineficaz solicitar una revisión adicional del Fallo con Responsabilidad Fiscal”).

prueba obrante en el expediente sobre esa cuestión, la declaración testimonial del Sr. Torrente, respaldaba con firmeza las alegaciones de Foster Wheeler, pero el Tribunal la ignoró y afirmó incorrectamente que no se había presentado prueba alguna⁷⁹. Si el Tribunal hubiera cumplido el artículo 10.20.4(c), habría rechazado las objeciones preliminares de Colombia o, como mínimo, habría diferido la cuestión del agotamiento hasta la fase de fondo. El Tribunal también debería haber diferido hasta esa fase las cuestiones jurídicas complejas y las cuestiones mixtas de hecho y de derecho, incluida la cuestión de si los procedimientos ante la CGR califican como “procedimientos contencioso administrativos”.

81. El perjuicio causado a Foster Wheeler es evidente. Foster Wheeler tenía la expectativa razonable de que el Tribunal seguiría las garantías procesales del artículo 10.20.4 y de que no estaba obligada a desarrollar un expediente fáctico completo sobre este punto. El Tribunal pasó por encima de esas expectativas al desatender las disposiciones procesales aplicables a la resolución de objeciones preliminares conforme al artículo 10.20.4.
82. Aun si este Comité estuviese inclinado a analizar si Foster Wheeler hubiera finalmente prosperado en sus reclamaciones de no haber mediado las irregularidades procesales del Tribunal —pese a que la única cuestión ante el Comité es si existía una posibilidad razonable de que el resultado del procedimiento de objeciones preliminares hubiera sido diferente— Foster Wheeler también cumpliría ese estándar. Una de las principales alegaciones de Foster Wheeler era que la CGR violó el TPA al asumir indebidamente

⁷⁹ *Id.*

competencia respecto de Foster Wheeler⁸⁰. Como se describe detalladamente en la Solicitud de Arbitraje, conforme a los términos claros de su ley orgánica, la CGR solo tiene competencia respecto de gestores fiscales, definidos como aquellas partes que tienen facultad decisoria sobre el gasto de fondos públicos⁸¹. La CGR vinculó a Foster Wheeler como parte del Proceso de Responsabilidad Fiscal, pese a que existe prueba abrumadora de que Foster Wheeler no tenía autoridad alguna sobre el gasto de fondos públicos de Colombia en relación con el Proyecto objeto de la controversia⁸². Esa indebida asunción de competencia constituyó una medida estatal contraria al TPA incluso antes de cualquier decisión definitiva. Esa indebida asunción de competencia, sumada a la campaña de Colombia para dar publicidad a esa decisión y atacar a Foster Wheeler sobre la base de las alegaciones contenidas en el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, causó un perjuicio financiero directo, incluida la pérdida por Foster Wheeler de proyectos en otros países de América Latina.

⁸⁰ **AA-001**: Solicitud de Arbitraje de Foster Wheeler, ¶¶ 76-92.

⁸¹ *Id.* ¶ 78.

⁸² *Id.* ¶ 6. Otro tribunal internacional analizó esa prueba y concluyó acertadamente que Reficar y Ecopetrol, ambas entidades del Estado colombiano, y no Foster Wheeler, administraron el Proyecto que dio lugar a la investigación de la CGR, con lo que validó el fundamento fáctico de las reclamaciones de Foster Wheeler después de una audiencia plena y justa sobre el fondo. **AA-070: Refinería de Cartagena S.A.S. c. Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants Inc. for the PMDC et al.**, Caso CCI No. 26339/JPA/AJP, Laudo Final, ¶ 351 (9 de febrero de 2026) (“Como se ha expuesto, el Tribunal concluye de su análisis de la prueba que Reficar redujo el alcance de las obligaciones de gerenciamiento descritas en el Apéndice 8 [del Contrato PMC], como se lo permitía la sección 4 del Contrato, al crear un PMT dirigido por ella misma e integrado por funcionarios tanto de Reficar como de [Foster Wheeler], pero en el cual la autoridad era ejercida exclusivamente por Reficar y Ecopetrol”) [énfasis añadido]. Naturalmente, Foster Wheeler no pide a este Comité que formule determinaciones de hecho.

83. En suma, el Tribunal quebrantó gravemente las normas fundamentales de procedimiento que rigen la resolución de objeciones preliminares. La reparación adecuada es la anulación total del Laudo conforme al artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI.

4. El Tribunal quebrantó gravemente la más fundamental de todas las normas de procedimiento: el derecho de una parte a ser oída

84. Colombia reconoce, como debe hacerlo, que el derecho a ser oído es una norma fundamental de procedimiento y afirma que “[e]l derecho a ser escuchado exige que las partes tengan una oportunidad justa de presentar su posición y *que un tribunal la considere*”⁸³. El Laudo viola esa norma porque una simple lectura del Laudo deja claro que el Tribunal solo examinó una subparte de la reclamación de FET de Foster Wheeler, la denegación de justicia. El Tribunal no examinó ninguna de las demás reclamaciones debidamente sometidas a su consideración: trato nacional, expropiación indirecta, incumplimiento de una cláusula paraguas, incumplimiento de un acuerdo de inversión y violaciones del FET distintas de la denegación de justicia. El Tribunal tampoco analizó ninguna de las reclamaciones adicionales contenidas en la Solicitud de Arbitraje Enmendada de Foster Wheeler.
85. Respecto de las reclamaciones iniciales, la respuesta de Colombia es que no era necesario efectuar un análisis y pronunciamiento individualizado sobre esas reclamaciones. El razonamiento de Colombia es el siguiente: “Tras determinar que los Demandantes no cumplían los requisitos del Artículo 10.16.1 del Tratado para la presentación de una reclamación válida ante

⁸³ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 343 [énfasis añadido].

arbitraje debido a que sus reclamaciones eran prematuras, el hallazgo preliminar del Tribunal fue necesariamente determinante para todas las reclamaciones restantes”⁸⁴. Una vez más, el razonamiento *ex post* de Colombia no encuentra respaldo alguno ni en el texto del propio Laudo ni en las decisiones de comités de anulación anteriores.

86. La determinación del Tribunal de que las reclamaciones eran prematuras se formuló únicamente con referencia a la denegación de justicia y se sustentó enteramente en autoridades relativas a esa doctrina. El Tribunal resolvió primero lo siguiente: “En el presente caso, teniendo en cuenta que el poder judicial aún no ha intervenido, no puede considerarse que se haya podido producir *una denegación de justicia* en virtud del derecho internacional consuetudinario”⁸⁵. La única autoridad citada en respaldo de esa afirmación es el párrafo 392 del laudo en *Flughafen c. Venezuela*, que también trata exclusivamente la relación entre la denegación de justicia y el agotamiento de los recursos internos⁸⁶. El Tribunal continuó luego resolviendo que, “[i]ncluso si se pudiera argumentar que acontecimientos posteriores podrían hacer

⁸⁴ *Id.* ¶ 348.

⁸⁵ **AA-007**: Laudo, ¶ 215 [énfasis añadido].

⁸⁶ **RL-083**: *Flughafen Zürich A.G. and Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, ¶ 392 (18 de noviembre de 2014) (“Cuestión diferente es que el agotamiento de recursos internos pueda constituir un requisito de carácter sustantivo para apreciar la existencia de *denegación de justicia*”) [énfasis añadido]. El Tribunal cita el laudo *Flughafen*, pese a que ese laudo en realidad no respalda las decisiones adoptadas por el Tribunal. El tribunal en *Flughafen* explicó claramente que un supuesto requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos como condición previa para la admisibilidad de reclamaciones solo se aplicaría, si algo, a la denegación de justicia, no a otras reclamaciones basadas en un tratado. Como se analizó con anterioridad, el Tribunal de Foster Wheeler impuso un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones en virtud del TPA, no solo respecto de la denegación de justicia. *Compárese AA-007*: Laudo, ¶¶ 215-216 *con RL-083: Flughafen c. Venezuela* (Laudo), ¶¶ 391-392.

madurar una reclamación tras el inicio del arbitraje”, aun así no podía existir una denegación de justicia.

87. Aunque el Tribunal se refirió de forma exclusiva a la denegación de justicia, luego extendió inexplicablemente ese razonamiento a todas las demás reclamaciones bajo el TPA, pese a que ninguna de ellas estaba siquiera plausiblemente sujeta a un requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos y a que el texto del Convenio del CIADI y del TPA deja absolutamente claro que no existe tal requisito. En efecto, el Tribunal resolvió lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el Fallo con Responsabilidad Fiscal podría ser revocado tras una revisión judicial, no puede constituir *una denegación de justicia ni un incumplimiento de ninguna de las demás obligaciones sustantivas del Tratado alegados por las Demandantes*”⁸⁷. Esa extensión formularia de las conclusiones sobre denegación de justicia no estuvo acompañada por ningún análisis de las demás reclamaciones planteadas por Foster Wheeler, todas las cuales eran independientes de la denegación de justicia y no estaban sujetas a ningún requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos⁸⁸.

88. Conforme al artículo 48(3) del Convenio del CIADI, el Tribunal estaba obligado a pronunciarse “sobre todas las pretensiones” que las partes le habían presentado⁸⁹. Al interpretar las versiones en inglés, español y francés del Convenio, el comité en *Daimler* resolvió que “parece no haber duda de que las palabras ‘*every question*’ de la versión en inglés se refieren a las

⁸⁷ AA-007: Laudo, ¶ 216 [énfasis añadido].

⁸⁸ Como se analiza a continuación, el Tribunal ni siquiera abordó las reclamaciones adicionales.

⁸⁹ AALA-006: Convenio del CIADI, art. 48(3).

pretensiones de las partes ('las pretensiones' en la versión en español, *les chefs de conclusions* en la versión en francés)"⁹⁰. Al no pronunciarse sobre la mayoría de las pretensiones debidamente sometidas a su consideración, el Tribunal en este caso quebrantó gravemente la norma fundamental de procedimiento que protege el derecho de una parte a ser oída. Ese derecho exige que se permita a una parte formular sus reclamaciones y que estas sean resueltas por un tribunal imparcial⁹¹. El Tribunal no brindó a Foster Wheeler esa garantía procesal básica⁹².

89. La extensión formularia por parte del Tribunal de sus conclusiones sobre denegación de justicia a todas las demás reclamaciones no fue suficiente para subsanar esta grave irregularidad procesal. La Corte Internacional de Justicia ha examinado y rechazado precisamente un argumento de ese tipo, que privilegia la forma sobre el fondo. Por ejemplo, al analizar el ejercicio de jurisdicción por el Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas, la Corte señaló lo siguiente:

⁹⁰ **AALA-058: Daimler Financial Services AG c. República Argentina**, Caso CIADI No. ARB/05/1, Decisión sobre Anulación, ¶ 87 (7 de enero de 2015).

⁹¹ **AALA-009: Pey Casado c. Chile** (Anulación), ¶ 184; **AALA-007: Wena Hotels c. Egipto** (Anulación), ¶ 57.

⁹² Colombia cuestiona que una violación del artículo 48 pueda constituir una causal de anulación. Pero está bien establecido que puede serlo, siempre que una violación del artículo 48 dé lugar a una falta de expresión de motivos, una exlimitación manifiesta en las facultades del tribunal o un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. **AALA-012: Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia**, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación, ¶ 32 (16 de mayo de 1986) ("La omisión de examinar una o más cuestiones planteadas por las partes conllevaría la anulación del laudo cuando tal omisión equivalga a 'no expresar los motivos en que se funda [el laudo]' (art. 52(1)(e) del Convenio). Además, en determinadas situaciones, tal omisión podría equivaler a 'un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento' (art. 52(1)(d)) y a una 'exlimitación manifiesta en las facultades' (art. 52(1)(b))").

Claramente, al evaluar si el Tribunal ha omitido o no ejercer facultades jurisdiccionales pertinentes, la Corte debe atender al fondo de la cuestión y no meramente a la forma. En consecuencia, el mero hecho de que el Tribunal haya pretendido ejercer sus facultades respecto de una determinada cuestión sustancial no será suficiente: debe haberlas aplicado efectivamente a la resolución de esa cuestión⁹³.

90. La supuesta extensión de las conclusiones del Tribunal sobre denegación de justicia a todas las demás reclamaciones —sin un análisis o pronunciamiento individualizado— violó el derecho de Foster Wheeler a ser oída.
91. Respecto de las reclamaciones adicionales, Colombia sostiene que el Tribunal “condicionó claramente cualquier consideración futura [de las reclamaciones adicionales] al resultado de la Fase de Cuestiones Preliminares”⁹⁴. Eso es incorrecto. Inicialmente, el Tribunal señaló que no “analizaría la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada hasta tanto hubiera emitido su decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, en caso de corresponder”⁹⁵. Foster Wheeler solicitó luego al Tribunal que aclarara el estado de la Solicitud de Arbitraje Enmendada. Al responder a esa solicitud de aclaración, el Tribunal confirmó que, “de conformidad con la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada era parte del expediente del presente caso”⁹⁶.

⁹³ **AA-010**: *Solicitud de Revisión de la Sentencia No. 158 del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, Opinión Consultiva de 12 de julio de 1973, 1973 I.C.J. Rep. 166, págs. 189-190.

⁹⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 352.

⁹⁵ **AA-007**: Laudo, ¶ 62.

⁹⁶ *Id.* ¶ 63.

92. Si las reclamaciones adicionales formaban parte del expediente, como efectivamente era el caso, el Tribunal estaba obligado conforme al artículo 48(3) del Convenio del CIADI a pronunciarse sobre ellas. No existe justificación alguna para que un tribunal se niegue a pronunciarse sobre un conjunto de reclamaciones —las reclamaciones adicionales— simplemente porque acogió una objeción preliminar dirigida a un conjunto distinto de reclamaciones—las reclamaciones iniciales. Ni el Laudo ni el Memorial de Contestación *ex post* de Colombia ofrecen justificación alguna para esa patente irregularidad procesal⁹⁷.
93. La irregularidad procesal del Tribunal consistente en no pronunciarse sobre la mayoría de las reclamaciones iniciales y sobre todas las reclamaciones adicionales fue grave. Había varias pretensiones distintas ante el Tribunal: (i) FET, incluidas cuatro violaciones separadas: denegación de justicia, incumplimiento de expectativas legítimas, falta de debido proceso y prejuzgamiento del caso; (ii) trato nacional; (iii) expropiación indirecta; (iv) incumplimiento de una cláusula paraguas; y (v) incumplimiento de un acuerdo de inversión. El Tribunal, sin embargo, solo se pronunció sobre la denegación de justicia. El Tribunal también ignoró por completo las reclamaciones adicionales, que impugnaban medidas ocurridas después del inicio del arbitraje. No se trató de un descuido del Tribunal ni de una omisión de pronunciarse sobre una cuestión menor. Por el contrario, el Tribunal

⁹⁷ Colombia intenta presentar las reclamaciones adicionales como extemporáneas. Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 352. Pero el Tribunal nunca resolvió efectivamente que así fuera. Por el contrario, confirmó que las reclamaciones formaban parte del expediente. AA-007: Laudo, ¶ 63. En cualquier caso, el argumento de Colombia sobre extemporaneidad es incompatible con la Regla de Arbitraje 40 del CIADI, que permite presentar reclamaciones adicionales antes de la presentación de un escrito de réplica sobre el fondo sin autorización previa del tribunal. AALA-002: CIADI, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, Regla 40(2) (2006).

simplemente se negó a pronunciarse sobre la mayoría de las reclamaciones sometidas a su consideración, lo que causó un grave perjuicio a Foster Wheeler y la privó de la posibilidad de obtener un laudo favorable⁹⁸.

94. La violación del derecho de Foster Wheeler a ser oída por parte del Tribunal resulta evidente del propio tenor del Laudo, porque el Tribunal no examinó prácticamente la totalidad del caso que tenía ante sí. El Tribunal no consideró la alegación de Foster Wheeler de que la conducta de la CGR, incluso antes de la Decisión de la CGR, infringía varios estándares de protección distintos establecidos en el TPA, como Foster Wheeler había alegado en su Solicitud de Arbitraje. La idea de que el Tribunal formuló una “conclusión preliminar” de falta de madurez de las reclamaciones que hacía innecesaria una consideración individualizada de cada reclamación sencillamente no es compatible con el texto del Laudo ni con los estándares aplicables. Cualquier conclusión de ese tipo sobre el carácter prematuro se formuló únicamente con referencia a la alegación de Foster Wheeler de denegación de justicia. Y la supuesta extensión de esas conclusiones a reclamaciones distintas de la denegación de justicia —sin consideración ni análisis alguno— no satisface los requisitos del debido proceso. El Tribunal tampoco consideró en absoluto las reclamaciones adicionales, aunque esas reclamaciones se referían a hechos ocurridos después del inicio del arbitraje, incluida la emisión de la Decisión de la CGR. Esas reclamaciones controvertían directamente el argumento de Colombia de que, al momento de iniciarse el arbitraje, no existía ninguna medida susceptible de infringir el TPA.

⁹⁸ Véase **AAIA-063**: *Eiser c. España* (Anulación), ¶ 251.

95. Las reclamaciones que el Laudo desestimó con una referencia superficial a la conclusión del Tribunal sobre el carácter prematuro —es decir, su conclusión de que una alegación de denegación de justicia no estaría madura hasta que Foster Wheeler hubiera buscado reparación ante los tribunales colombianos— no dependían en modo alguno del agotamiento de los recursos judiciales. A modo de ejemplo, Foster Wheeler formuló una reclamación de trato nacional. El núcleo de esa reclamación era que los miembros de junta de Ecopetrol, un inversionista colombiano en el Proyecto, habían sido originalmente incluidos en la resolución de apertura de la CGR, pero no fueron incluidos en el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal con fundamento en que no tenían autoridad final sobre el gasto de fondos públicos. En cambio, Foster Wheeler, un inversionista no colombiano, fue vinculado como parte en el Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal, pese a que carecía por completo de cualquier autoridad. Ese trato desigual no tenía relación alguna con la supuesta falta de recurrir a los recursos judiciales.
96. Como segundo ejemplo, Foster Wheeler formuló una reclamación por prejuzgamiento basada en declaraciones de la CGR —en los medios de comunicación y en sus propios comunicados de prensa— en las que acusaba a Foster Wheeler de perpetrar un fraude masivo contra Colombia, con la consiguiente pérdida de negocios para Foster Wheeler. Una vez más, la conducta ilícita de Colombia constituía una medida adoptada por el Estado en violación del TPA y causó daños a Foster Wheeler, sin necesidad de agotar recursos judiciales antes de solicitar reparación mediante arbitraje CIADI.
97. Como tercer ejemplo, Foster Wheeler solicitó reparación conforme al artículo 10.16.1(a)(i)(C) del TPA, con fundamento en el Contrato PMC, un acuerdo de inversión en el sentido de esa disposición, así como en las cláusulas paraguas más amplias incorporadas de los Tratados Bilaterales de Inversión

Colombia-Suiza y Colombia-Japón en virtud de la cláusula MFN del artículo 10.4 del TPA. Entre las disposiciones del Contrato PMC que Colombia incumplió se encuentra [REDACTED]

[REDACTED] al formular contra Foster Wheeler, en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, reclamaciones relacionadas con su cumplimiento del Contrato PMC.

98. Resulta evidente que [REDACTED] se viola con el inicio de procedimientos en cualquier otro foro y que la parte perjudicada no necesita esperar a que concluya el caso indebidamente iniciado para impugnar esa medida. Del mismo modo, no existe ningún requisito de agotar todos los recursos judiciales disponibles antes de recurrir al arbitraje internacional. La afirmación conclusiva del Laudo de que cada una de esas reclamaciones debía desestimarse por las consideraciones del Tribunal sobre denegación de justicia constituye un completo *non sequitur* y, en cualquier sentido sustantivo, equivale a no haber adoptado decisión alguna.

5. El Tribunal quebrantó gravemente las normas fundamentales de procedimiento relativas a la admisibilidad de las reclamaciones

99. En su Memorial de Anulación, Foster Wheeler demostró que el Tribunal impuso erróneamente un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones bajo el TPA, y no solo respecto de la denegación de justicia, en violación del artículo 26 del Convenio del CIADI y del derecho internacional general⁹⁹. En respuesta,

⁹⁹ Memorial de Anulación de Foster Wheeler, Sección IV.A.2.

Colombia sostiene que esta es una cuestión de fondo, y no una norma fundamental de procedimiento¹⁰⁰, y que el Tribunal simplemente aplicó normas bien establecidas de derecho internacional consuetudinario¹⁰¹. Ambos argumentos carecen por completo de fundamento.

100. En primer lugar, un supuesto requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de reclamaciones distintas de la denegación de justicia es una cuestión de admisibilidad, no de fondo. La única autoridad en la que se basó el Tribunal para sus conclusiones sobre denegación de justicia, el laudo *Flughafen c. Venezuela*, lo confirma¹⁰². En ese caso, el tribunal resolvió que, mediante el artículo 26 del Convenio del CIADI, las partes del Convenio “renunciaron al agotamiento de los recursos internos como requisito de jurisdicción o admisibilidad”¹⁰³ y que cualquier supuesto requisito de agotamiento de los recursos internos solo constituye una cuestión de fondo en el caso específico de la denegación de justicia¹⁰⁴. Para cualquier otra reclamación, se trata de una cuestión de admisibilidad, que es una cuestión de procedimiento, no de fondo¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 269.

¹⁰¹ *Id.* ¶ 263.

¹⁰² AA-007: Laudo, ¶ 215.

¹⁰³ RL-083: *Flughafen c. Venezuela* (Laudo), ¶ 391.

¹⁰⁴ *Id.* ¶ 392.

¹⁰⁵ AALA-036: *Georg Gavrilović and Gavrilović D.O.O. c. República de Croacia*, Caso CIADI No. ARB/12/39, Laudo, ¶ 412 (26 de julio de 2018); AALA-078: *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania* (I), Caso CIADI No. ARB/05/20, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 63 (24 de septiembre de 2008).

101. Del mismo modo, la norma bien establecida de que un inversionista no necesita agotar los recursos judiciales internos para que sus reclamaciones sean admisibles es fundamental en el contexto del arbitraje inversionista-Estado. Conforme al sistema preexistente de protección diplomática, una reclamación de que un Estado receptor había violado los derechos de un inversionista extranjero solo era admisible si el inversionista había agotado todos los recursos internos disponibles ¹⁰⁶. Una de las innovaciones fundamentales del sistema de arbitraje inversionista-Estado fue eliminar ese requisito. Como señalan los Profesores Dolzer y Schreuer, “...cuando existe consentimiento al arbitraje inversionista-Estado, generalmente no es necesario agotar los recursos internos”¹⁰⁷. La razón de esa innovación es que “[u]no de los propósitos del arbitraje inversionista-Estado es evitar las vicisitudes de los procedimientos ante los tribunales del Estado receptor”¹⁰⁸. En suma, resulta evidente que la decisión del Tribunal de imponer un requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones, y no solo de la denegación de justicia, constituye un apartamiento de uno de los principios fundamentales del arbitraje

¹⁰⁶ **AALA-056:** Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Protección Diplomática con comentarios, artículo 14 (“Un Estado no podrá presentar una reclamación internacional en razón de un perjuicio causado a uno de sus nacionales o a otra de las personas a que se refiere el proyecto de artículo 8 antes de que la persona lesionada haya agotado, con sujeción al proyecto de artículo 15, todos los recursos internos”).

¹⁰⁷ **AALA-013:** RUDOLPH DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW*, pág. 381 (Oxford University Press, 3era ed. 2022).

¹⁰⁸ *Id.* Véase también **AALA-045:** JAN PAULSSON, *DENIAL OF JUSTICE IN INTERNATIONAL LAW*, pág. 108 (Cambridge University Press 2009) (“Para reiterar: los Estados pueden celebrar y efectivamente celebran tratados que prevén el acceso directo de extranjeros a tribunales internacionales sin tener que agotar primero los recursos internos. Esas renunciaciones brindan a los extranjeros la garantía de que la conducta internacionalmente ilícita no quedará indefinidamente oculta bajo el tapete”).

inversionista-Estado relativos a la admisibilidad de las reclamaciones y, por tanto, de una norma fundamental de procedimiento.

102. El segundo argumento de Colombia es que el Tribunal simplemente aplicó el derecho internacional consuetudinario cuando impuso el amplio requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones conforme el TPA, y no solo respecto de la denegación de justicia¹⁰⁹. Pero aquí las partes acordaron una disposición de tratado que elimina específicamente cualquier requisito del derecho internacional consuetudinario de agotar los recursos judiciales internos. En efecto, el Convenio del CIADI contiene en su artículo 26 una disposición expresa relativa al agotamiento de los recursos internos:

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante *podrá* exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio¹¹⁰.

103. Al interpretar esta disposición, el tribunal en *Flughafen* resolvió lo siguiente: “Por virtud de esta norma, en los arbitrajes CIADI los Estados renunciaron al agotamiento de los recursos internos como requisito de jurisdicción o admisibilidad, salvo que un Estado Contratante lo exigiera específicamente como condición de su consentimiento a un arbitraje CIADI”¹¹¹. Los

¹⁰⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 263.

¹¹⁰ AALA-006: Convenio del CIADI, art. 26 [énfasis añadido].

¹¹¹ RL-083: *Flughafen c. Venezuela* (Laudo), ¶ 391 [traducción libre].

Profesores Dolzer y Schreuer ofrecen la misma interpretación: “El artículo 26 del Convenio del CIADI excluye específicamente el requisito de agotar los recursos ‘salvo estipulación en contrario’”¹¹². Colombia reconoce prontamente que “no impuso tal condición”, pese a que ahora intenta aplicarla a Foster Wheeler mediante una flagrante tergiversación del derecho internacional consuetudinario¹¹³.

104. Como era de esperar, todas las autoridades a las que Colombia se refiere sobre este punto, las decisiones en *Alps Finance*, *Flughafen* y *Apotex* y la presentación de los Estados Unidos en *Lion*, se refieren a denegación de justicia e impugnación de actos judiciales, no administrativos¹¹⁴, y no mencionan ningún supuesto requisito de agotamiento de los recursos judiciales respecto de otras reclamaciones basadas en tratados¹¹⁵. Colombia

¹¹² **AALA-013**: Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law*, pág. 381. Véase también **AALA-045**: Paulsson, *Denial of Justice*, pág. 108.

¹¹³ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 264.

¹¹⁴ Durante el arbitraje, Colombia reconoció que las actuaciones de la CGR tienen carácter administrativo, no judicial. **AA-003**: Memorial de Colombia sobre Objeciones Preliminares, ¶ 82 (“El proceso de responsabilidad fiscal es además un procedimiento administrativo, y no judicial”).

¹¹⁵ **RL-082**: *Alps Finance c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, ¶ 250 (5 de marzo de 2011) (“Lo que prohíbe el derecho internacional no es un posible error de derecho, sino un sistema de justicia que se sitúa por debajo de un estándar mínimo de modo tal que conduce a una *denegación de justicia* inevitable”) [énfasis añadido]; **RL-083**: *Flughafen c. Venezuela* (Laudo), ¶¶ 391-392 (negando que el agotamiento de los recursos internos sea un requisito para la admisibilidad de reclamaciones basadas en tratados, pero resolviendo lo siguiente: “Cuestión diferente es que el agotamiento de recursos internos pueda constituir un requisito de carácter sustantivo para apreciar la existencia de *denegación de justicia*”) [énfasis añadido]; **RL-084**: *Apotex Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos de América*, TLCAN/CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 257 (14 de junio de 2013) (“cualquier reclamación conforme al TLCAN que se base en un *acto judicial* está sujeta al requisito de que primero se agoten todos los recursos judiciales dentro del Estado receptor”) [énfasis añadido]; **RL-055**: *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Presentación de los Estados Unidos de América, ¶ 11 (21 de junio de 2019) (“Está bien establecido que no puede invocarse

también se refiere a la presentación de los Estados Unidos como parte no contendiente en este caso, pero ese documento no respalda su posición. Los Estados Unidos señalaron lo siguiente: “Está bien establecido que no puede invocarse la responsabilidad internacional de los Estados respecto de *actos judiciales no definitivos*, salvo que el recurso a otros remedios internos sea obviamente inútil o manifiestamente ineficaz”¹¹⁶. Pero los actos de la CGR son administrativos, no judiciales, por lo que la presentación de la parte no contendiente no respalda el intento de Colombia de imponer un requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones basadas en tratados¹¹⁷. El intento de Colombia de hacer pasar las graves irregularidades procesales del Tribunal por una aplicación del derecho internacional consuetudinario carece de fundamento. Si bien la aplicación de un requisito de agotamiento a las reclamaciones por denegación de justicia es objeto de debate, no existe ningún laudo ni jurisprudencia que respalde su aplicación a otras reclamaciones inversionista-Estado, y Colombia no aporta ninguno.

la responsabilidad internacional de los Estados respecto de *actos judiciales no definitivos*, salvo que el recurso a otros remedios internos sea obviamente inútil o manifiestamente ineficaz”) [énfasis añadido]. Además, ni *Alps Finance ni Apotex* son casos CIADI, por lo que no son pertinentes para la aplicación del artículo 26 del Convenio del CIADI. Colombia también se refiere a la presentación de los Estados Unidos en *Lion*, pero omite mencionar que el laudo como tal respalda la posición de Foster Wheeler. El tribunal en *Lion* confirmó que cualquier supuesto requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos se aplica únicamente a las alegaciones de denegación de justicia. **CL-068**: *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, ¶ 549 (20 de septiembre de 2021) (“una reclamación *por denegación de justicia* solo madura cuando se han agotado los recursos disponibles en el sistema jurídico del Estado receptor para impugnar la decisión”) [énfasis añadido].

¹¹⁶ **RA-021**: Presentación de los Estados Unidos de América en el Arbitraje Subyacente, ¶ 5 (4 de abril de 2022).

¹¹⁷ **AA-003**: Memorial de Colombia sobre Objeciones Preliminares, ¶ 82.

105. Aquí, las medidas objeto de queja en la Solicitud de Arbitraje (con la posible excepción de la alegación de denegación de justicia) se habían consumado antes de que ocurriera cualquier acto judicial, y el hecho de que Foster Wheeler pudiera teóricamente haber contado con un recurso ante los tribunales colombianos es irrelevante, como deja claro el artículo 26 del Convenio del CIADI.
106. Esta irregularidad procesal también cumple el requisito de gravedad del artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI. Debido a los errores procesales del Tribunal, Foster Wheeler se vio privada de un pronunciamiento efectivo sobre todas sus reclamaciones iniciales salvo una y sobre todas sus reclamaciones adicionales. Como se explicó detalladamente tanto en la Solicitud de Arbitraje inicial como en la enmendada, y en las presentaciones escritas y orales de Foster Wheeler en respuesta a la aplicación de Colombia, esas reclamaciones tenían mérito y podían, y debían, haber dado lugar a un laudo favorable a Foster Wheeler. La omisión del Tribunal de analizar esas reclamaciones causó un grave perjuicio a Foster Wheeler y socavó la integridad del arbitraje¹¹⁸.

C. Colombia no ha refutado la demostración de Foster Wheeler de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades

107. En esta Sección, Foster Wheeler abordará primero la caracterización errónea de Colombia del estándar para determinar que un tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades. Foster Wheeler demostrará luego que Colombia no ha refutado la presentación de Foster Wheeler de que el Tribunal

¹¹⁸ Además de constituir un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, la imposición por parte del Tribunal de un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones en virtud del TPA también constituye una extralimitación manifiesta en sus facultades conforme al artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI.

en este caso se extralimitó manifiestamente en sus facultades al (i) no ejercer su jurisdicción existente; (ii) imponer un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos como condición previa para todas las reclamaciones conforme el TPA; y (iii) no aplicar, o aplicar de manera manifiestamente errónea, la ley aplicable.

1. Foster Wheeler no debe demostrar que el resultado habría sido diferente si el Tribunal no se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades

108. Incapaz de refutar la demostración de Foster Wheeler de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades, Colombia intenta crear un requisito inexistente de que Foster Wheeler pruebe que, de no haber mediado la extralimitación manifiesta en cuestión, el resultado final habría sido diferente¹¹⁹. Esa posición carece de fundamento.

109. El peso abrumador de las autoridades respalda la conclusión de que el requisito de que una extralimitación en las facultades sea “manifiesta” se refiere a que sea evidente y fácilmente perceptible, lo que es congruente con el sentido corriente de la palabra. Por lo tanto, no existe ningún requisito de analizar la gravedad de la extralimitación en las facultades ni su influencia en el laudo. En efecto, los comités han resuelto reiteradamente que “manifiesta” significa “perceptible sin dificultad”¹²⁰, “evidente por sí misma”¹²¹ y

¹¹⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 108.

¹²⁰ **AALA-034**: *Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Anulación del Laudo, ¶ 57 (2 de noviembre de 2015).

¹²¹ **AALA-007**: *Wena Hotels c. Egipto* (Anulación), ¶ 25.

“manifiesta a primera vista”¹²². El comité en *Dogan* explicó acertadamente por qué este enfoque es congruente con la regla general de interpretación de tratados expresada en el artículo 31 de la Convención de Viena:

[El comité] señala que el alcance del término “manifiesta” no debe ampliar el concepto más allá del “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, como dispone la Convención de Viena. El significado de diccionario de “manifiesto” es “claramente aparente”, “obvio”¹²³.

110. Por su parte, Colombia se apoya en las decisiones de anulación en *Soufraki*, *Libananco* y *Standard Chartered Bank*¹²⁴. Aunque esos comités hicieron referencia incidental a que una extralimitación en las facultades debía ser “sustantivamente grave” para ser manifiesta¹²⁵, ninguno explicó cómo debe aplicarse ese requisito en la práctica, ni impuso a la parte solicitante la carga de demostrar que el resultado del caso subyacente habría sido diferente de no haber mediado el error del tribunal. Aplicar ese requisito obligaría a los comités a especular sobre cómo habría avanzado el arbitraje si el tribunal no se hubiera extralimitado en sus facultades: en efecto, a volver a juzgar el caso. Aquí, ello exigiría que el Comité intentara predecir el resultado de este caso sobre la base de un expediente que nunca llegó a desarrollarse. Lo único que tiene ante sí el Comité es el expediente abreviado elaborado en respuesta a la

¹²² **RALA-004:** *CDC Group plc c. República de Seychelles*, Caso CIADI No. ARB/02/14, Decisión sobre Anulación, ¶ 41 (29 de junio de 2005).

¹²³ **AALA-071:** *Adem Dogan c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/09/9, Decisión sobre Anulación, ¶ 103 (15 de enero de 2016).

¹²⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 108.

¹²⁵ **AALA-033:** *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Anulación), ¶ 40. Los comités en *Libananco* y *Standard Chartered Bank* simplemente se remitieron a las conclusiones del comité en *Soufraki*.

solicitud de objeciones preliminares de Colombia. Tal especulación sobre la base de un expediente incompleto ciertamente excede el ámbito de las facultades de un comité¹²⁶.

111. Sorpresivamente, en *Glencore (I)*, Colombia rechazó precisamente el estándar que ahora defiende. Al reseñar los argumentos de las partes en ese procedimiento de anulación, el comité señaló que, “[s]egún Colombia, el requisito de que la extralimitación sea ‘manifiesta’ no se refiere a la gravedad de la extralimitación, sino a si puede o no determinarse fácilmente”¹²⁷. El comité coincidió con Colombia y resolvió lo siguiente: “El requisito de que la extralimitación en las facultades sea ‘manifiesta’ se refiere a cuán fácilmente aparente es la extralimitación, y no a su gravedad”¹²⁸. No debe permitirse que Colombia repudie una posición que defendió y respecto de la cual prevaleció en un caso anterior, especialmente cuando su posición anterior era congruente con principios aceptados de derecho internacional.
112. En conclusión, conforme con el sentido corriente de la palabra “manifiesta”, una extralimitación en las facultades cumple ese requisito cuando es fácilmente discernible. Para que prospere una solicitud de anulación, el solicitante no necesita demostrar que el resultado final habría sido diferente de no haber mediado la extralimitación en las facultades en cuestión.

¹²⁶ Véase *supra* Sección II.1.

¹²⁷ **AAIA-050**: *Glencore c. Colombia* (Anulación), ¶ 201.

¹²⁸ *Id.* ¶ 229.

2. El Tribunal no ejerció su jurisdicción respecto de casi todas las reclamaciones sometidas a su consideración

113. En ninguna parte de su Memorial de Contestación Colombia controvierte que un tribunal se extralimita en sus facultades cuando no ejerce la jurisdicción que posee y dicta un laudo *infra petita*¹²⁹. Foster Wheeler ya ha establecido que el Tribunal no se pronunció en ningún sentido sustantivo sobre la mayoría de las reclamaciones iniciales ni sobre ninguna de las reclamaciones adicionales que estaban debidamente sometidas a su consideración¹³⁰. Foster Wheeler también demostró que las justificaciones *ex post* de Colombia respecto de las omisiones del Tribunal carecen de todo fundamento¹³¹. Para evitar repeticiones, Foster Wheeler incorpora esas secciones por referencia.
114. En cualquier caso, en aras de la exhaustividad, Foster Wheeler refutará la escueta respuesta ofrecida por Colombia a esta causal de anulación. En su Memorial de Contestación, Colombia sostiene que el Tribunal resolvió que todas las reclamaciones eran prematuras y que “[e]l Tribunal fundamentó esta conclusión en principios establecidos de derecho internacional, citando *Flughafen c. Venezuela* para sostener que una reclamación no puede madurar mientras sigan existiendo recursos locales disponibles¹³².

¹²⁹ En su Memorial de Anulación, Foster Wheeler hizo referencia a las decisiones de anulación que han resuelto que la omisión de ejercer una jurisdicción existente constituye una extralimitación manifiesta en las facultades, entre ellas *Micula* (AALA-030, ¶ 126), *Lucchetti* (AALA-027, ¶ 99), *Orascom* (AALA-028, ¶ 155) y *Helnan* (AALA-031, ¶ 41).

¹³⁰ *Supra* Sección II.4.

¹³¹ *Id.*

¹³² Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 334.

115. Una vez más, Colombia caracteriza erróneamente el razonamiento del Tribunal. El Tribunal formuló esas conclusiones únicamente en relación con la denegación de justicia¹³³. No hubo ningún análisis individualizado ni pronunciamiento efectivo respecto de las demás reclamaciones formuladas por Foster Wheeler. En efecto, la única autoridad citada por el Tribunal, el laudo en *Flughafen c. Venezuela*, deja claro que cualquier supuesto requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos se aplica exclusivamente, si es que se aplica, a una alegación de denegación de justicia, pero no a todas las demás reclamaciones basadas en tratados. En palabras del tribunal en *Flughafen*:

Por virtud de esta norma [artículo 26 del Convenio del CIADI], en los arbitrajes CIADI los Estados renunciaron al agotamiento de los recursos internos como requisito de jurisdicción o admisibilidad, salvo que un Estado Contratante lo exigiera específicamente como condición de su consentimiento a un arbitraje CIADI. Venezuela no incluyó en ninguno de los AAPRI, ni en ningún otro documento, la excepción permitida por el artículo 26 del Convenio del CIADI. *En consecuencia, el agotamiento de recursos internos no puede constituir un requisito de admisibilidad del reclamo o para la jurisdicción del Centro o la competencia del Tribunal.*

Cuestión diferente es que el agotamiento de recursos internos pueda constituir un requisito de carácter sustantivo para apreciar la existencia de denegación de justicia. No puede existir responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia si existe un remedio interno efectivo contra la decisión interna que es atacada. Pero esta

¹³³ AA-007: Laudo, ¶¶ 215-216.

condición, al ser intrínseca al tipo de denegación de justicia, será analizada en la parte de fondo...¹³⁴.

116. Como se analizó anteriormente, Foster Wheeler planteó reclamaciones distintas de la denegación de justicia. Sin embargo, el Tribunal optó por analizar únicamente las alegaciones de denegación de justicia e ignorar todos los demás componentes del caso de Foster Wheeler. Esta omisión de pronunciarse sobre reclamaciones debidamente sometidas al Tribunal —un ejemplo paradigmático de laudo *infra petita*— es fácilmente aparente y, por lo tanto, “manifiesta”. El Laudo tiene 296 párrafos, de los cuales solo 32, numerados del 193 al 224, contienen algún análisis sustantivo de las objeciones de Colombia. En ninguno de esos 32 párrafos el Tribunal analiza en ningún sentido sustantivo reclamaciones distintas de la denegación de justicia. Y aunque no existe ningún requisito de que la extralimitación en las facultades sea sustantivamente grave, ese estándar también se cumple en este caso. La indebida omisión del Tribunal de examinar el caso tal como fue presentado causó un perjuicio a Foster Wheeler y la privó de la posibilidad de obtener un laudo favorable sobre la base de las reclamaciones con mérito formuladas en las solicitudes de arbitraje tanto la inicial como la enmendada.

3. El Tribunal impuso un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos como condición previa para todas las reclamaciones bajo el TPA

117. Foster Wheeler ya ha establecido que el Tribunal impuso un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos como condición previa para todas las reclamaciones conforme el TPA, y no solo respecto de

¹³⁴ **RL-083: Flughafen c. Venezuela** (Laudo), ¶¶ 391-392 [énfasis añadido].

la denegación de justicia¹³⁵. Foster Wheeler también refutó el intento de Colombia de hacer pasar esa grave irregularidad como una aplicación del derecho internacional consuetudinario¹³⁶. Para evitar repeticiones, Foster Wheeler incorpora esas secciones por referencia.

118. El hecho de que el Tribunal impusiera este requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos constituye tanto un quebrantamiento grave de las normas procesales fundamentales que rigen la admisibilidad de las reclamaciones como una extralimitación manifiesta en sus facultades. Por ejemplo, el tribunal en *Helnan* resolvió que las medidas controvertidas en ese caso no podían constituir una violación del tratado porque el inversionista “nunca había intentado impugnar la rebaja de categoría ante los tribunales administrativos egipcios competentes”¹³⁷. Eso es precisamente lo que resolvió el Tribunal *Foster Wheeler* en este caso¹³⁸. En el posterior procedimiento de anulación, el comité *Helnan* resolvió que esa conclusión específica constituía una extralimitación manifiesta de facultades y, por lo tanto, una causal de anulación:

Por las razones que se exponen a continuación, los argumentos (a), (c) y (d) no justifican la anulación del Laudo. La situación es distinta respecto del argumento (b) (la falta de impugnación de la decisión ante los tribunales egipcios). La conclusión del Tribunal sobre esta cuestión (que se encuentra principalmente en el párrafo 148 del Laudo)

¹³⁵ *Supra* Sección II.5.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ **AA-LA-072**: *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Laudo, ¶ 148 (3 de julio de 2008).

¹³⁸ **AA-007**: Laudo, ¶¶ 215-216.

constituyó una extralimitación manifiesta en sus facultades. Un tribunal CIADI no puede negarse a determinar que existe una violación del tratado con fundamento en que el inversionista debería haber agotado recursos internos o haber validado de otro modo el contenido de sus reclamaciones recurriendo a los tribunales del Estado receptor¹³⁹.

119. El Memorial de Contestación de Colombia no explica por qué no debería aplicarse aquí la misma conclusión, ni podría hacerlo. Foster Wheeler no tenía obligación alguna de agotar recursos judiciales internos en Colombia antes de recurrir a un arbitraje internacional. Como en *Helnan*, la imposición de un requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos como condición previa para todas las reclamaciones basadas en tratados constituye una extralimitación manifiesta en las facultades y justifica la anulación. Como se analizó anteriormente, el Convenio del CIADI eliminó cualquier requisito de ese tipo y el hecho de que Colombia no formulara la excepción permitida por el Convenio confirma que no existía tal requisito para la admisibilidad de las reclamaciones de Foster Wheeler.
120. Ese principio se aplica con aún mayor fuerza cuando se trata de un tratado como el TPA, que incluye tanto una disposición de elección de vía (“*fork-in-the-road*”)¹⁴⁰ como una disposición de renuncia¹⁴¹. Conforme a la disposición

¹³⁹ **AAIA-031:** *Helnan International Hotels A/S c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/19, Decisión del Comité *ad hoc*, ¶ 9 (14 de junio de 2010).

¹⁴⁰ **CL-001:** Capítulo 10 del TPA, Anexo 10-G (“Para mayor certeza, si un inversionista de los Estados Unidos elige someter una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte distinta a los Estados Unidos, dicha elección será definitiva y el inversionista no puede a partir de ese momento, someter la reclamación a un arbitraje bajo la Sección B”).

¹⁴¹ *Id.* art. 10.18.2(b) (que exige la renuncia “de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros

de elección de vía, Foster Wheeler podía elegir entre distintos recursos: podía impugnar las actuaciones de la CGR ante los tribunales colombianos o ante un tribunal internacional. La decisión sobre qué foro conocería de las reclamaciones es definitiva. Si Foster Wheeler optaba por iniciar un arbitraje internacional, conforme a la disposición de renuncia, debía entonces renunciar a cualquier derecho de iniciar o continuar procedimientos internos. Dada la interacción entre esas dos disposiciones, no puede existir un requisito de agotamiento de los recursos judiciales internos porque, de existir, ninguna reclamación podría jamás prosperar. Si existiera tal requisito, un inversionista tendría que agotar todos los recursos judiciales internos antes de iniciar un arbitraje. Pero ese recurso a las vías internas activaría la disposición de elección de vía, lo que haría inadmisibles todas las reclamaciones del arbitraje porque el inversionista habría elegido que sus reclamaciones fueran resueltas por los tribunales internos. Además, si existiera un requisito de agotar todos los recursos judiciales disponibles, la disposición de renuncia se volvería superflua. Al momento de iniciar un arbitraje, ya no quedaría ningún recurso judicial interno al cual renunciar.

121. En respuesta, Colombia sostiene que la disposición de elección de vía es “totalmente irrelevante para el análisis del Tribunal” porque “la elección de un foro no garantiza, por sí misma, que un tribunal judicial o arbitral admita las demandas que se le presenten”¹⁴². Eso evade por completo la cuestión central. Si un inversionista cumpliera este supuesto requisito de agotar los recursos judiciales internos antes de iniciar un arbitraje internacional, sus

procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación responde de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”).

¹⁴² Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 265.

reclamaciones en virtud del tratado serían luego declaradas inadmisibles debido a la disposición de elección de vía. Si, en cambio, esa parte recurriera al arbitraje, sus reclamaciones fracasarían por no haber agotado los recursos internos. Conforme a la interpretación adoptada por el Tribunal, ninguna reclamación en virtud del tratado podría jamás prosperar, lo que convertiría en completamente ilusorio el derecho a iniciar un arbitraje internacional conforme al TPA¹⁴³.

122. Esta extralimitación en las facultades es “manifiesta” porque se desprende fácilmente del propio tenor del Laudo, que claramente impone un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones conforme el TPA, y no solo respecto de la denegación de justicia¹⁴⁴.

¹⁴³ Así describe Colombia la decisión del Tribunal: “La conclusión del Tribunal de que las reclamaciones basadas en el Fallo con Responsabilidad Fiscal no estaban maduras —porque el fallo seguía sujeto a revisión judicial— se deriva directamente de los requisitos de admisibilidad establecidos en el Artículo 10.16.1 del Tratado, que exigen la existencia de una medida capaz de constituir un incumplimiento en el momento en que se somete una reclamación a arbitraje”. *Id.* Esto no hace más que destacar que la decisión del Tribunal constituye una extralimitación manifiesta en sus facultades. Tal decisión es sencillamente incompatible con las disposiciones de elección de vía y renuncia del TPA. El argumento de Colombia solo tendría sentido si el Tribunal hubiera invocado una causal de inadmisibilidad distinta de un supuesto incumplimiento del requisito de agotar los recursos internos, como el incumplimiento de un período de espera (“*cooling-off period*”). Pero en un tratado como el TPA, que contiene tanto una disposición de renuncia como una disposición de elección de vía, declarar inadmisibles las reclamaciones por no haber agotado los recursos judiciales internos convierte en letra muerta el derecho a recurrir al arbitraje.

¹⁴⁴ AA-007: Laudo, ¶¶ 215-216. En la medida en que la imposición por el Tribunal de un requisito inexistente de agotamiento de los recursos judiciales internos respecto de todas las reclamaciones bajo el TPA también pueda entenderse como una aplicación manifiestamente errónea de la ley, equivalente a no aplicar la ley en absoluto, Foster Wheeler también invoca esa causal de anulación.

4. El Tribunal no aplicó, o aplicó de manera manifiestamente errónea, la ley aplicable

(i) El Tribunal no aplicó la ley aplicable que rige la interpretación de los tratados

123. Colombia no controvierte que la falta de aplicación de la ley aplicable constituye una extralimitación manifiesta en las facultades ¹⁴⁵. En su Memorial de Anulación, Foster Wheeler estableció que el Tribunal no aplicó uno de los cuerpos normativos más fundamentales: las normas de derecho internacional consuetudinario que rigen la interpretación de los tratados, cristalizadas en la Convención de Viena¹⁴⁶. En particular, el Tribunal no aplicó esas normas para interpretar la expresión del TPA “procedimientos contencioso administrativos”¹⁴⁷. La única respuesta de Colombia es que, “...aunque no se refirió expresamente a la Convención de Viena, el Tribunal interpretó el Artículo 10.5.2(a) del Tratado de conformidad con las reglas consuetudinarias de interpretación de los tratados”¹⁴⁸.

124. Una simple lectura del Laudo demuestra que el argumento de Colombia carece de fundamento. La interpretación del Tribunal de ese término del

¹⁴⁵ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 111.

¹⁴⁶ Memorial de Anulación de Foster Wheeler, Sección IV.B.3(i). Foster Wheeler, naturalmente, sabe que los Estados Unidos no han ratificado la Convención de Viena. Pero, como reconoce la propia Colombia, eso es irrelevante: La Convención de Viena refleja normas de derecho internacional consuetudinario que son aplicables independientemente de que un determinado país haya ratificado o no la Convención. Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 219.

¹⁴⁷ **CL-001**: Capítulo 10 del TPA, art. 10.5.2(a) (“‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”).

¹⁴⁸ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 218.

tratado está contenida en apenas cinco párrafos, del 210 al 214. En ninguno de esos cinco párrafos el Tribunal abordó el elemento más básico de un análisis conforme a la Convención de Viena, a saber, la consideración del “sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado”¹⁴⁹. En efecto, en ninguna parte del Laudo el Tribunal consideró el sentido corriente de los términos “administrative” o “adjudicatory”. Tampoco existe consideración alguna del objeto y fin del TPA, otro de los elementos básicos de la regla general de interpretación de tratados¹⁵⁰.

125. Dado que el TPA fue autenticado en dos idiomas, inglés y español¹⁵¹, el artículo 33 de la Convención de Viena establece reglas específicas de interpretación¹⁵². Pero en el Laudo no hay nada que siquiera se asemeje a un análisis conforme al artículo 33. El Tribunal afirmó que se basó en su lectura de la versión en español del TPA¹⁵³, pero nunca comparó los textos auténticos para determinar si existía una diferencia de sentido, como estaba obligado a hacerlo¹⁵⁴, y su conclusión respecto del texto en español es simplemente un

¹⁴⁹ **RL-053**: Convención de Viena, art. 31.

¹⁵⁰ *Id.* Colombia sostiene que, si los términos son claros, no se requiere ninguna interpretación adicional. Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 221. Eso no viene al caso en una situación como esta, en la que el Tribunal ni siquiera analizó el sentido corriente de los términos en cuestión. En cualquier caso, la consideración del sentido corriente de los términos es apenas uno de los diversos componentes de la regla general de interpretación de tratados establecida en el artículo 31. Esa disposición no otorga prioridad a ningún elemento por sobre los demás.

¹⁵¹ **ALA-041**: Capítulo 23 del TPA, art. 23.6.

¹⁵² **RL-053**: Convención de Viena, art. 33.

¹⁵³ **AA-007**: Laudo, ¶ 211.

¹⁵⁴ **RL-053**: Convención de Viena, art. 33.

ipse dixit, sin análisis alguno¹⁵⁵. Colombia sostiene que “el Tribunal consideró que el término español *procedimiento contencioso administrativo* no relevaba tal diferencia [de sentido]”, lo que hacía innecesario un análisis conforme al artículo 33¹⁵⁶. Esa afirmación, sin embargo, no aparece en ninguna parte del Laudo. El Tribunal ni siquiera analizó el sentido corriente de los términos, ya fuera en español o en inglés. Tampoco analizó si existía una posible diferencia de sentido entre las dos versiones auténticas del TPA.

126. La invocación por parte de Colombia de las decisiones de anulación en *Lucchetti y Continental Casualty* es igualmente infructuosa. En *Lucchetti*, el Tribunal realizó una interpretación extensa del término “controversia”¹⁵⁷. Esa interpretación era fundamental para que el tribunal determinara si tenía jurisdicción *ratione temporis*¹⁵⁸. El comité criticó al tribunal, señalando que su razonamiento era “algo simplificado en relación con la Convención de Viena”, pero consideró que ello no constituía una extralimitación en las facultades¹⁵⁹. Aquí, a diferencia del tribunal en *Lucchetti*, el Tribunal de *Foster Wheeler* ni siquiera consideró el sentido corriente de los términos operativos en ninguno de los dos idiomas. Este no es un caso de un análisis simplificado conforme a la Convención de Viena; es un caso de ausencia total

¹⁵⁵ AA-007: Laudo, ¶ 211.

¹⁵⁶ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 222.

¹⁵⁷ AALA-073: *Industria Nacional de Alimentos, S.A. and Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A.) c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/03/4, Laudo, ¶ 48 (7 de febrero de 2005).

¹⁵⁸ *Id.* ¶ 25.

¹⁵⁹ AALA-027: *Lucchetti c. Perú* (Anulación), ¶ 116.

de análisis, como resulta evidente de los pocos párrafos del Laudo que tratan esta cuestión.

127. Del mismo modo, el tribunal en *Continental Casualty* también realizó un análisis integral conforme a la Convención de Viena, considerando tanto el sentido corriente de los términos como el objeto y fin de la disposición del tratado en cuestión¹⁶⁰. La parte que solicitaba la anulación cuestionó la forma en que el tribunal aplicó la Convención de Viena, incluido el hecho de que se basara en una disposición del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) para interpretar una disposición de un tratado distinto¹⁶¹. El comité resolvió acertadamente que esos argumentos excedían el alcance de las disposiciones del Convenio del CIADI relativas a la anulación¹⁶². Pero eso no tiene nada que ver con este caso, en el que el Tribunal sencillamente no realizó ningún análisis conforme a la Convención de Viena. En todo caso, *Continental Casualty* respalda la posición de Foster Wheeler porque acepta que un laudo puede anularse si “un tribunal no t[iene] en cuenta una disposición específica del derecho aplicable”¹⁶³. Eso es lo que ocurrió aquí: el Tribunal no consideró las normas de interpretación de tratados consagradas en los artículos 31 y 33 de la Convención de Viena.

¹⁶⁰ **AALA-074:** *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, ¶ 164 (5 de septiembre de 2008).

¹⁶¹ **RALA-033:** *Continental Casualty Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Decisión sobre la Solicitud de Anulación Parcial de Continental Casualty Company y la Solicitud de Anulación Parcial de la República Argentina, ¶¶ 89-90 (16 de septiembre de 2011).

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ *Id.* ¶ 93.

128. El Tribunal tampoco consideró los antecedentes ni el objeto y fin de la disposición del tratado en cuestión. Como se explica a continuación, la expresión “administrative adjudicatory proceedings” proviene del Modelo de TBI de los Estados Unidos y ha sido incluida en tratados con países que no son de habla hispana y que no cuentan con tribunales especializados de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁶⁴. Además, la interpretación del Tribunal implica que los organismos administrativos que conocen de reclamaciones controvertidas, como la CGR, no están sujetos a ningún estándar internacional de debido proceso, conclusión totalmente incompatible con la estructura y el propósito del TPA, que incluye entre sus objetivos “asegurar un marco jurídico y comercial previsible para los negocios y las inversiones”¹⁶⁵. Si el Tribunal hubiera considerado el sentido corriente de los términos utilizados, habría tenido que concluir que los términos “administrative” y “adjudicatory” estaban destinados a distinguir las funciones decisorias de un organismo administrativo de sus funciones normativas.
129. En suma, la falta de aplicación por el Tribunal de la ley aplicable, en particular de la Convención de Viena y del propio TPA, constituye un ejemplo paradigmático de una extralimitación manifiesta en sus facultades que justifica la anulación del Laudo.

¹⁶⁴ Véase, por ejemplo, **AAIA-042**: Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-Australia, Capítulo 11, artículo 11.5(2)(a); **AAIA-043**: Tratado de Libre Comercio Estados Unidos-República de Corea, Capítulo 11, artículo 11.5(2)(a).

¹⁶⁵ **RL-002**: Preámbulo del TPA.

(ii) Subsidiariamente, el Tribunal aplicó de manera manifiestamente errónea la ley aplicable que rige la interpretación de los tratados

130. Foster Wheeler sostiene que el Tribunal en este caso no aplicó la ley aplicable. Sin embargo, si este Comité llegara a resolver que el Tribunal sí aplicó las normas que rigen la interpretación de los tratados, el Tribunal aplicó esas normas de manera tan manifiestamente errónea que el Laudo debe anularse.
131. En respuesta, Colombia cuestiona que una aplicación manifiestamente errónea de la ley constituya una causal de anulación¹⁶⁶ y sostiene que, en cualquier caso, la interpretación del Tribunal de la expresión “procedimiento contencioso administrativo” era compatible con el derecho internacional¹⁶⁷. Colombia se equivoca en ambos aspectos.
132. El principio de que una aplicación manifiestamente errónea de la ley puede dar lugar a la anulación no se limita a dos “decisiones aisladas”, como sostiene erróneamente Colombia¹⁶⁸. Por el contrario, existe una línea bien establecida de casos que sostienen que una aplicación manifiestamente errónea de la ley equivale a una falta total de aplicación de la ley aplicable y, por lo tanto, constituye una causal de anulación¹⁶⁹. Colombia se refiere a una serie de

¹⁶⁶ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 111.

¹⁶⁷ *Id.* ¶¶ 228 y ss.

¹⁶⁸ *Id.* ¶ 114.

¹⁶⁹ **AALA-011**: *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/06, Decisión sobre Anulación, ¶ 51 (19 de octubre de 2009) (“Una violación manifiesta del derecho supondría un apartamiento de un principio jurídico o de una norma jurídica que sea clara y no pueda dar lugar a interpretaciones divergentes”); **RALA-053**: *Caratube c. Kazajistán* (Anulación), ¶ 81 (“...en circunstancias excepcionales, un error de derecho grave o manifiesto, reconocido como tal por cualquier persona razonable, podría interpretarse como equivalente a una falta de aplicación de la ley aplicable y podría dar lugar a

decisiones que distinguen entre no aplicar la ley aplicable y un mero error en su aplicación¹⁷⁰. Pero eso es irrelevante aquí. Foster Wheeler no sostiene que todo error en la aplicación de la ley deba dar lugar a la anulación. En cambio, como han aceptado varios comités, existen errores en la aplicación de la ley que son tan manifiestos que equivalen a no aplicar la ley que corresponde.

133. Dada la línea de casos que sostiene que una aplicación manifiestamente errónea de la ley equivale a no aplicar la ley correspondiente, no sorprende que Colombia haya planteado ese mismo argumento en casos anteriores. En *Glencore (I)*, “Colombia sost[uvo] que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al desatender el marco jurídico aplicable para evaluar la admisibilidad de la prueba y, subsidiariamente, que cometió errores tan graves y manifiestos en la aplicación de la ley que equivalen a una falta de aplicación de la ley aplicable”¹⁷¹. El comité en ese caso aceptó que ello podía dar lugar a la anulación en las circunstancias adecuadas¹⁷².

134. La interpretación de Colombia de los antecedentes de redacción del Convenio del CIADI también es incorrecta y no aporta respaldo alguno a sus argumentos. Inicialmente, hubo una propuesta que “sugería que la revisión

la posibilidad de anulación”); **AALA-033**: *Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Anulación), ¶ 86 (“La interpretación o aplicación errónea de la ley aplicable puede, en casos particulares, ser tan grave o manifiesta que equivalga sustancialmente a una falta de aplicación de la ley aplicable”); **RALA-009**: *Sempra Energy International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Laudo, ¶ 164 (29 de junio de 2010) (“Como propuesta general, este Comité no desea descartar totalmente la posibilidad de que un error manifiesto de derecho pueda, en una situación excepcional, ser de una notoriedad tal que importe una extralimitación manifiesta de facultades”).

¹⁷⁰ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 113.

¹⁷¹ **AALA-050**: *Glencore c. Colombia* (Anulación), ¶ 242.

¹⁷² *Id.* ¶ 312.

también debía estar disponible cuando el laudo fuera manifiestamente erróneo en derecho”¹⁷³. El Sr. Broches, asesor jurídico general del Banco Mundial, respondió que “la cuestión de la aplicación errónea de la ley podría tratarse adecuadamente, si acaso, *en el artículo que preveía la anulación*”¹⁷⁴. Después de ese intercambio, uno de los delegados propuso incluir en el artículo sobre anulación una disposición específica relativa a “una aplicación manifiestamente incorrecta de la ley”, pero la propuesta fue rechazada¹⁷⁵. Entendidos correctamente, estos antecedentes de redacción demuestran que los redactores sí contemplaron que una aplicación errónea de la ley pudiera, en determinados casos, constituir una causal de anulación, aunque decidieran no introducir una referencia específica en ese sentido en el artículo 52. La ausencia de una referencia específica no es, en cualquier caso, decisiva. Por ejemplo, el artículo 52 no incluye una referencia específica a la falta de aplicación de la ley. Pese a ello, se acepta ampliamente que esa omisión constituye una extralimitación manifiesta en las facultades y una causal de anulación.

135. Este es precisamente uno de esos casos en los que un error en la aplicación de la ley es tan manifiesto que equivale a no aplicar el derecho en absoluto. La interpretación del Tribunal de la expresión “procedimiento contencioso administrativo” no es simplemente incorrecta; es totalmente incompatible con el origen del TPA. Como explicó Foster Wheeler, y Colombia no controvertió, la expresión “administrative adjudicatory proceeding” o “procedimiento contencioso administrativo” proviene del Modelo de TBI de los Estados

¹⁷³ AALA-014: Schreuer, Commentary, pág. 1286.

¹⁷⁴ *Id.* [énfasis añadido].

¹⁷⁵ *Id.*

Unidos¹⁷⁶. Esa expresión, tomada de un Modelo de TBI utilizado por los Estados Unidos para negociar acuerdos de inversión con varios países, sencillamente no puede constituir una referencia a un cuerpo especializado de tribunales colombianos que conoce de controversias en las que interviene el Gobierno colombiano. Pero eso fue lo que resolvió el Tribunal en este caso. El Tribunal hizo referencia al “argumento de las Demandantes de que el Fallo con Responsabilidad Fiscal es el resultado de un procedimiento contencioso administrativo que se encuentra dentro del ámbito del Artículo 10.5.2(a) del Tratado, lo que permite una reclamación de denegación de justicia”¹⁷⁷. Sin embargo, el Tribunal resolvió que “procedimiento contencioso administrativo” se refiere a procedimientos ante la “jurisdicción contencioso administrativa” colombiana¹⁷⁸. En consecuencia, el Tribunal consideró que las actuaciones de la CGR no estaban sujetas al estándar que protege a los inversionistas extranjeros frente a una denegación de justicia¹⁷⁹.

¹⁷⁶ **CL-152**: Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de 2012, artículo 5.2(a). Esta disposición reproduce, palabra por palabra, el artículo 10.5.2(a) del TPA (**CL-001**).

¹⁷⁷ **AA-007**: Laudo, ¶ 210.

¹⁷⁸ *Id.*

¹⁷⁹ El Tribunal no se limitó a resolver que las actuaciones de la CGR nunca podían ser objeto de una reclamación conforme al TPA hasta que se agotaran todos los recursos judiciales, sino que también resolvió que el TPA no brindaba garantía alguna de debido proceso ante la CGR. *Id.* ¶¶ 210-214. Esa interpretación contradice frontalmente el propósito del TPA y los estándares aceptados de debido proceso en el derecho internacional. Como resolvió el tribunal en *Glencore (I)*, “[e]l Estado de derecho exige que tanto en los procesos judiciales (administrados por un órgano judicial o un tribunal) como en los procedimientos administrativos (administrados por la administración pública) se respete el debido proceso...No se discute que una violación del debido proceso, ya sea en procesos judiciales o en procedimientos administrativos, puede dar lugar a una violación del estándar de FET”. **CL-005**: *Glencore Int’l A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1318-1319 (27 de agosto de 2019).

136. En respuesta, Colombia señala que los actos de los organismos administrativos en los Estados Unidos están sujetos a control judicial¹⁸⁰. En consecuencia, sostiene Colombia, “los autores estadounidenses del texto del TBI Modelo de EE. UU. entendían que los ‘procedimientos contencioso administrativos’ se referían a los procedimientos ante el tribunal de revisión judicial —los tribunales federales que ejercen el control de legalidad de los actos administrativos— y no a los procedimientos de la agencia per se”¹⁸¹. Colombia no aporta ninguna autoridad ni prueba en respaldo de esa afirmación, y no existe ninguna. En cualquier caso, tal interpretación dejaría sin efecto la disposición de elección de vía o de elección de recursos del TPA, como se señaló anteriormente¹⁸². El TPA brinda a los inversionistas colombianos en los Estados Unidos, así como a los inversionistas estadounidenses en Colombia, la posibilidad de impugnar los actos de los organismos administrativos ante los tribunales internos o ante un tribunal internacional. La posición de Colombia elimina en la práctica esa disposición al exigir que los inversionistas siempre impugnen los actos de los organismos administrativos ante los tribunales internos, lo que a su vez extinguiría el derecho a recurrir al arbitraje internacional. Los forzados argumentos *ex post* de Colombia no subsanan la interpretación manifiestamente errónea del TPA por parte del Tribunal.

137. Además, la posición oficial de Colombia sobre esta cuestión está establecida en una decisión de la Comisión de Libre Comercio conjunta Estados Unidos-Colombia, emitida después de que se dictara el Laudo. Conforme a esa

¹⁸⁰ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 244.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² **CL-001**: Capítulo 10 del TPA, Anexo 10-G.

interpretación oficial, el TPA sí garantiza derechos de debido proceso en procedimientos administrativos, aunque con la inexplicable salvedad de que esos derechos actualmente no se encuentran “al mismo nivel” en los procedimientos administrativos que en los procesos judiciales¹⁸³. El intento de Colombia de defender la interpretación del Tribunal del artículo 10.5.2(a) del TPA contradice directamente su interpretación oficial del TPA.

138. Para concluir, este es uno de esos casos en los que un tribunal comete un error en la aplicación de la ley tan manifiesto que equivale a una falta de aplicación total de la ley. El Laudo resultante constituye una extralimitación manifiesta en las facultades y, por lo tanto, debe anularse conforme al artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI¹⁸⁴.

D. Colombia no ha refutado la demostración de Foster Wheeler de que el Laudo no expresa los motivos en los que se funda

139. En esta Sección, Foster Wheeler demostrará que Colombia no ha refutado tres puntos. El Tribunal (i) no expresó los motivos que sustentaban su decisión de declarar inadmisibles todas las reclamaciones de Foster Wheeler; (ii) se basó en motivos contradictorios y mutuamente excluyentes; y (iii) ignoró prueba pertinente en la que se habían basado ambas partes.

¹⁸³ **AA-LA-046**: Decisión No. 9 de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Promoción Comercial Estados Unidos-Colombia, ¶ 3(b) (15 de enero de 2025).

¹⁸⁴ En la medida en que esta aplicación manifiestamente errónea del derecho también pueda significar que el Tribunal ofreció motivos frívolos, lo que equivale a no ofrecer motivo alguno, Foster Wheeler también invoca esa causal de anulación.

1. El Laudo no expresa ninguno de los motivos que condujeron a la desestimación de la mayoría de las reclamaciones formuladas por Foster Wheeler

140. Foster Wheeler ha demostrado anteriormente que el Tribunal no examinó de manera sustantiva la mayoría de las reclamaciones iniciales ni ninguna de las reclamaciones adicionales¹⁸⁵. Para evitar repeticiones, Foster Wheeler incorpora esas secciones por referencia. La omisión del Tribunal de examinar el caso sometido a su consideración constituye un quebrantamiento grave de la norma fundamental de procedimiento que garantiza a las partes el derecho a ser oídas, una extralimitación manifiesta en las facultades y una falta de expresión de motivos¹⁸⁶.
141. La única respuesta de Colombia sobre este punto consiste en sostener que un tribunal no está obligado a abordar cada uno de los argumentos¹⁸⁷. Pero eso caracteriza erróneamente la posición de Foster Wheeler. Foster Wheeler no sostiene que un tribunal deba abordar todos y cada uno de los argumentos y subargumentos planteados por las partes. El argumento de Foster Wheeler es que un tribunal está obligado, conforme al artículo 48(3) del Convenio del CIADI, a pronunciarse sobre “todas las pretensiones sometidas” al Tribunal¹⁸⁸. Las demás versiones auténticas del Convenio ayudan a aclarar el significado de la palabra “pretensión” o “question”. La versión en español del

¹⁸⁵ *Supra* Secciones II.4 y II.2.

¹⁸⁶ Contrariamente a los argumentos de Colombia, no existe nada improcedente en que Foster Wheeler alegue que un mismo error constituye varias causales distintas de anulación. Véase **AAIA-014**: Schreuer, Commentary, pág. 1259 (“La práctica ha demostrado...que con frecuencia se considera que el mismo conjunto de hechos configura simultáneamente distintas causales de anulación”).

¹⁸⁷ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 338.

¹⁸⁸ **AAIA-006**: Convenio del CIADI, art. 48(3).

Convenio utiliza la palabra “pretensiones”¹⁸⁹. La versión en francés utiliza el término “*chefs de conclusions*”¹⁹⁰. Al analizar las distintas versiones del Convenio, el comité en *Daimler* resolvió que “parece no haber duda de que las palabras ‘*every question*’ de la versión en inglés se refieren a las pretensiones de las partes (‘las pretensiones’ en la versión española, *les chefs de conclusions* en la versión en francés)”¹⁹¹.

142. Aquí, Foster Wheeler sometió al Tribunal varias cuestiones o pretensiones. Esas pretensiones incluían, en primer lugar, si Colombia había violado el estándar de protección de FET. Eso, a su vez, incluía cuatro violaciones distintas del FET alegadas: (i) una aplicación manifiestamente errónea del derecho colombiano e internacional que constituía una denegación de justicia; (ii) una violación del debido proceso procedimental contraria al derecho colombiano e internacional; (iii) una violación de las expectativas legítimas de Foster Wheeler; y (iv) el prejuzgamiento del caso¹⁹². En segundo lugar, si Colombia había violado el estándar de protección de trato nacional¹⁹³. En tercer lugar, si Colombia había expropiado indirectamente la inversión de Foster Wheeler¹⁹⁴. En cuarto lugar, si Colombia había incumplido una cláusula paraguas incorporada al TPA mediante la disposición MFN del

¹⁸⁹ **AALA-075**: Convenio del CIADI [versión en español], art. 48(3).

¹⁹⁰ **AALA-076**: Convenio del CIADI [versión en francés], art. 48(3).

¹⁹¹ **AALA-058**: *Daimler c. Argentina* (Anulación), ¶ 87.

¹⁹² **AA-001**: Solicitud de Arbitraje de Foster Wheeler, ¶¶ 97-173.

¹⁹³ *Id.* ¶¶ 174-178.

¹⁹⁴ *Id.* ¶¶ 179-187.

TPA¹⁹⁵. Y, en quinto lugar, si Colombia había incumplido el Contrato PMC, que constituía un acuerdo de inversión conforme al TPA¹⁹⁶. Foster Wheeler también formuló reclamaciones adicionales que impugnaban actuaciones de la CGR ocurridas después del inicio del arbitraje¹⁹⁷.

143. Pese a estar obligado a analizar todas esas cuestiones o pretensiones, el Tribunal analizó únicamente el componente de denegación de justicia de la reclamación de FET. No obstante ese análisis limitado, y sin ofrecer motivo alguno, el Tribunal declaró inadmisibles todas las reclamaciones, no solo la de denegación de justicia¹⁹⁸. Eso equivale a una falta total de expresión de motivos y constituye por sí mismo una causal de anulación.
144. En la medida en que Colombia sostenga que las conclusiones del Tribunal sobre el supuesto carácter prematuro hacían innecesario un análisis individualizado de cada cuestión o pretensión, ese argumento carece de cualquier fundamento plausible. Como ya explicó Foster Wheeler, la conclusión del Tribunal sobre el carácter prematuro se formuló únicamente con referencia a la denegación de justicia y se sustentó en autoridades que tratan exclusivamente esa doctrina¹⁹⁹. El hecho de que el Tribunal analizara un solo componente de una única reclamación obviamente no lo liberaba de su obligación de analizar todas las demás reclamaciones, ninguna de las

¹⁹⁵ *Id.* ¶¶ 188-200.

¹⁹⁶ *Id.* ¶¶ 201-205.

¹⁹⁷ **AA-014**: Solicitud de Arbitraje Enmendada y Reformulada de Foster Wheeler.

¹⁹⁸ **AA-007**: Laudo, ¶ 296.

¹⁹⁹ *Id.* ¶¶ 215-216.

cuales dependía de si había existido una denegación de justicia. Colombia no cita respaldo alguno para esa proposición, y no existe ninguno.

145. Además, respecto de las reclamaciones adicionales, el Laudo ni siquiera cumple la formalidad de invocar su decisión sobre denegación de justicia para luego declarar inadmisibles las reclamaciones en cuestión. Simplemente guarda silencio respecto de esas reclamaciones, salvo por la afirmación en la parte dispositiva del Laudo de que “las reclamaciones de las Demandantes son inadmisibles”²⁰⁰.

146. En suma, declarar inadmisibles varias reclamaciones sin ofrecer motivo alguno que sustente esa decisión es precisamente el tipo de caso que justifica la anulación conforme al artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

2. Los motivos contenidos en el Laudo respecto de la madurez de las reclamaciones de Foster Wheeler son internamente contradictorios y, por lo tanto, equivalen a no expresar motivo alguno

147. Colombia acepta que ofrecer motivos contradictorios puede equivaler a no ofrecer motivo alguno y, por lo tanto, constituir una causal de anulación²⁰¹. En su Memorial de Anulación, Foster Wheeler demostró que el razonamiento del Tribunal respecto de la madurez de las reclamaciones de Foster Wheeler era contradictorio e internamente inconsistente²⁰². Al resolver objeciones preliminares, el TPA establece que el tribunal considere “cualquier otro hecho

²⁰⁰ *Id.* ¶ 296.

²⁰¹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 146.

²⁰² Memorial de Anulación de Foster Wheeler, Sección IV.C.4.

pertinente que no esté bajo disputa”²⁰³. Y, de hecho, el Tribunal “accept[ó] que, cuando la Sala Fiscal desestimó formalmente el recurso de apelación de FPJVC el 6 de julio de 2021 y confirmó el Fallo con Responsabilidad Fiscal en su totalidad, las Demandantes habían agotado sus recursos administrativos”²⁰⁴. Apenas unos párrafos más adelante, el Tribunal señaló lo siguiente: “El Tribunal reitera que el acto administrativo firme debía existir al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, lo cual no fue así”²⁰⁵. Esas afirmaciones sencillamente no pueden conciliarse entre sí.

148. Tanto el TPA como la práctica aceptada en el arbitraje inversionista-Estado permiten al Tribunal considerar hechos no controvertidos, independientemente de que hayan ocurrido antes o después de la presentación de la Solicitud de Arbitraje. El propio Tribunal aceptó que “las pruebas asociadas a las reclamaciones pueden, en ciertos casos, estar disponibles solo después de la presentación de la correspondiente solicitud de arbitraje”²⁰⁶. El Tribunal advirtió que esto “no se considerará un cheque en blanco que permita a un demandante introducir documentos periódicamente a lo largo del arbitraje”²⁰⁷. Pero aquí fue Colombia, no Foster Wheeler, quien presentó una copia completa del acto administrativo definitivo²⁰⁸. Por lo tanto, estaba claro

²⁰³ **CL-001**: Capítulo 10 del TPA, art. 10.20.4(c).

²⁰⁴ **AA-007**: Laudo, ¶ 208.

²⁰⁵ *Id.* ¶ 221.

²⁰⁶ *Id.* ¶ 205.

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ Colombia incorporó al expediente la decisión de primera instancia de la CGR como Anexos Documentales **R-071 a R-083**. Colombia incorporó luego al expediente la decisión de segunda instancia de la CGR como Anexos Documentales **R-101 a R-105**.

que la existencia de un acto administrativo definitivo no era controvertida y estaba acreditada en el expediente mediante prueba presentada por Colombia.

149. Colombia intenta explicar esta contradicción haciendo referencia a los comentarios del Tribunal de que Foster Wheeler todavía podía impugnar la Decisión de la CGR ante los tribunales colombianos²⁰⁹. Como se analizó anteriormente, esos comentarios se referían, a lo sumo, únicamente a la denegación de justicia. No se referían, ni podían referirse, a ninguna de las demás reclamaciones planteadas por Foster Wheeler, que no dependían de si había existido una denegación de justicia ni de si Foster Wheeler había agotado los recursos judiciales internos en Colombia.
150. Las afirmaciones contradictorias del Tribunal, que efectivamente se anulan entre sí, equivalen a no ofrecer motivo alguno. El Tribunal reconoció que, conforme con el TPA, podía considerar hechos no controvertidos. Luego aceptó, conforme con la prueba que la propia Colombia había incorporado al expediente, que la CGR había emitido una decisión administrativa definitiva. Eso no puede conciliarse con la decisión del Tribunal de declarar inadmisibles todas las reclamaciones, en parte porque no existía un acto administrativo definitivo cuando se presentó la Solicitud de Arbitraje.

3. La omisión del Tribunal de examinar prueba sumamente pertinente y con valor probatorio equivale a una falta de expresión de motivos

151. Como se explicó anteriormente, al resolver las objeciones preliminares de Colombia, el Tribunal debía tener por ciertos los hechos alegados por Foster Wheeler, incluidos los hechos subyacentes a la inutilidad de agotar los

²⁰⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 325.

recursos judiciales internos²¹⁰. El Tribunal no lo hizo, lo que constituye por sí solo una causal de anulación²¹¹. Pero, dejando eso de lado, lo cierto es que Foster Wheeler, aunque no soportaba carga probatoria alguna, sí presentó prueba de la inutilidad mediante la declaración testimonial del ex asesor jurídico general de la CGR, el Sr. César Torrente²¹². Al ignorar esa prueba y afirmar falsamente que Foster Wheeler no había presentado ninguna, el Tribunal no expresó los motivos de su determinación²¹³. En respuesta, Colombia cuestiona (i) si ignorar prueba puede dar lugar a la anulación; (ii) si el Tribunal ignoró la prueba; y (iii) si la prueba era relevante²¹⁴. Esos argumentos carecen de fundamento.

152. En primer lugar, Colombia sostiene que un tribunal no está obligado a analizar cada elemento de prueba presentado por las partes²¹⁵. Pero eso no es lo que alegó Foster Wheeler. Como han sostenido varios comités, esta causal de anulación se limita a una omisión total de examinar prueba sumamente relevante²¹⁶. Lógicamente, si un tribunal pudiera simplemente ignorar prueba

²¹⁰ **CL-001**: Capítulo 10 del TPA, art. 10.20.4(c).

²¹¹ *Supra* Sección II.3.

²¹² **CWS-1 Torrente**, ¶ 20 (señalando que una impugnación judicial contra una decisión de la CGR “...históricamente tarda[ba] entre cinco y doce años en concluir (pero, en algunos casos, puede tardar más)”).

²¹³ **AA-007**: Laudo, ¶ 217 (“Sin embargo, las Demandantes no han aportado ninguna prueba en sustento de sus alegaciones de que sería obviamente inútil o manifiestamente ineficaz solicitar una revisión adicional del Fallo con Responsabilidad Fiscal”).

²¹⁴ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 310 y ss.

²¹⁵ *Id.* ¶ 311.

²¹⁶ **AA-055: TECO c. Guatemala** (Anulación), ¶ 131 (“Si bien el Comité acepta que no puede exigirse a un tribunal que aborde en su laudo todos y cada uno de los elementos de prueba obrantes en el expediente, ello no puede interpretarse en el sentido de que un tribunal pueda

sumamente relevante, en particular prueba en la que se basaron ambas partes²¹⁷, entonces la obligación de expresar motivos se convertiría en una formalidad vacía. La propia Colombia solicitó la anulación en *Glencore (I)* porque el tribunal allí “cerró los ojos” ante prueba que supuestamente podía demostrar actos de corrupción²¹⁸. Aquí, el Tribunal cerró los ojos ante la única prueba que tenía ante sí respecto de la inutilidad.

153. En segundo lugar, Colombia sostiene que el Tribunal no ignoró la prueba, sino que la consideró implícitamente²¹⁹. Ese argumento es incompatible con el texto claro del Laudo. El Tribunal ni siquiera hizo una afirmación general de que consideraba no convincente la prueba presentada por Foster Wheeler. Afirmó llana y falsamente que Foster Wheeler no había presentado prueba alguna sobre este punto: “Sin embargo, las Demandantes no han aportado ninguna prueba en sustento de sus alegaciones de que sería obviamente inútil o manifiestamente ineficaz solicitar una revisión adicional del Fallo con Responsabilidad Fiscal”²²⁰. La referencia de Colombia a *Pawłowski* es infructuosa. Ese comité simplemente resolvió que un tribunal no necesita hacer referencia expresa a un anexo o documento que no considere

simplemente pasar por alto prueba a la que las Partes han atribuido una importancia significativa, sin análisis alguno y sin explicar por qué consideró que esa prueba era insuficiente, no convincente o de otro modo insatisfactoria”); **AA-LA-054**: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Argentina, ¶ 162 (5 de mayo de 2017) (al resolver que esta causal de anulación se refería al “caso excepcional en el que una omisión total de examinar prueba ‘sumamente relevante’ equivalía a una falta de expresión de motivos conforme al artículo 52(1)(e)”) [énfasis en el original].

²¹⁷ **AA-008**: Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, págs. 63:16-64:2.

²¹⁸ **AA-LA-050**: *Glencore c. Colombia* (Anulación), ¶ 190.

²¹⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 312.

²²⁰ **AA-007**: Laudo, ¶ 217.

relevante²²¹. Esa decisión no respalda la proposición de que un tribunal pueda afirmar que no se presentó prueba alguna cuando sí existe prueba, y mucho menos que el silencio respecto de la única prueba ofrecida demuestre que el tribunal la consideró y rechazó.

154. La invocación por Colombia de *Suez* es igualmente infructuosa²²². Ese comité aceptó el estándar de *TECO*, pero resolvió que no se había cumplido en ese caso²²³. El comité sostuvo que “[p]uede inferirse razonablemente del razonamiento del Tribunal que sí consideró la prueba que tenía ante sí y llegó a sus conclusiones sobre esa base probatoria, aunque sin analizar en detalle ningún elemento específico presentado por cualquiera de las Partes”²²⁴. Pero el comité en *Suez* distinguió esa situación de un caso en el que el tribunal afirma que existe prueba insuficiente sobre una cuestión determinada “sin especificar por qué los informes periciales presentados por las partes no calificaban como tal prueba”²²⁵. La irregularidad procesal es aún más grave aquí porque el Tribunal afirmó falsamente que Foster Wheeler no había presentado ninguna prueba. Dejando de lado que el TPA impedía cualquier valoración de prueba en una solicitud conforme al artículo 10.20.4, sencillamente no existe forma de concluir del texto del Laudo que el Tribunal consideró y rechazó la declaración testimonial del Sr. Torrente.

²²¹ **RALA-050:** *Pawlowski AG and Project Sever s.r.o. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Decisión sobre Anulación, ¶ 159 (7 de marzo de 2025).

²²² Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶ 143.

²²³ **AALA-054:** *Suez c. Argentina* (Anulación), ¶ 299.

²²⁴ *Id.* ¶ 300.

²²⁵ *Id.*

155. Por último, Colombia intenta restar importancia a la declaración testimonial del Sr. Torrente. Colombia aparentemente cuestiona la cantidad de veces que Foster Wheeler hizo referencia a la declaración testimonial en sus escritos²²⁶. Eso carece de fundamento. En primer lugar, la cantidad de veces que se hace referencia a un elemento de prueba no determina su valor probatorio ni su impacto jurídico. En segundo lugar, Colombia simplemente ignora el hecho de que los abogados de Foster Wheeler hicieron referencia específicamente a la declaración testimonial de Torrente durante los argumentos orales y la identificaron como prueba de que agotar los recursos judiciales internos en Colombia habría sido inútil²²⁷. Por último, Colombia nada dice sobre el hecho de que también se basó en la declaración testimonial de Torrente para sustentar sus propios argumentos en una fase anterior del arbitraje, lo que subraya aún más que se trataba de prueba relevante que el Tribunal no debía haber ignorado²²⁸. En cualquier caso, no existe ninguna norma según la cual solo deba tenerse en cuenta la prueba a la que se hace referencia reiteradamente en las presentaciones de una parte.
156. Del mismo modo, Colombia cuestiona la relevancia de la prueba al sostener que en realidad no demuestra el hecho de que agotar los recursos judiciales internos habría sido inútil. Por lo tanto, afirma Colombia, aun si el Tribunal hubiera considerado la prueba, ello no habría modificado el resultado final²²⁹. Pero esa no es la cuestión pertinente. Como se señaló en la decisión *TECO*,

²²⁶ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 314-315.

²²⁷ **AA-012**: Transcripción de la Audiencia sobre Objeciones Preliminares, Volumen 1, págs. 197:5-15.

²²⁸ **AA-008**: Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, págs. 63:16-64:2.

²²⁹ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 317-319.

un comité de anulación no está en condiciones de “determinar si la prueba ignorada por el Tribunal habría tenido o no un impacto en el Laudo”²³⁰. Lo único que un comité puede determinar es “si el Tribunal omitió considerar prueba que al menos tenía el potencial de ser relevante para el resultado final del caso”²³¹. Y eso es precisamente lo que ocurrió aquí. Una demora excesiva en la resolución de casos, como la identificada por el Sr. Torrente en su declaración testimonial, puede conducir a una conclusión de que los recursos judiciales internos no están efectivamente disponibles o son inútiles²³². Tal conclusión, a su vez, conduce a la inaplicabilidad de cualquier requisito de agotamiento de esos recursos²³³. El Tribunal debería haber considerado y analizado la declaración testimonial del Sr. Torrente y, sobre la base de esa evaluación, haber determinado si agotar los recursos judiciales internos en Colombia habría sido inútil, al menos en una base *prima facie*²³⁴. El Tribunal, sin embargo, simplemente ignoró la prueba y no proporcionó razonamiento alguno que explicara si la consideraba insuficiente o no convincente.

²³⁰ **AALA-055**: *TECO c. Guatemala* (Anulación), ¶ 135.

²³¹ *Id.*

²³² **AALA-056**: Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Protección Diplomática con comentarios, pág. 48 (“Que el requisito de agotamiento de los recursos internos pueda dejarse de lado en casos en los que el Estado demandado sea responsable de una demora irrazonable que impida la efectividad de un recurso interno está confirmado por los intentos de codificación, los instrumentos y la práctica en materia de derechos humanos, las decisiones judiciales y la doctrina”). Véase también **CL-068**: *Lion c. México* (Laudo), ¶ 579 (aplicando la excepción de inutilidad en un caso en el que “la Demandante tramitó infructuosamente el Juicio de Amparo durante tres años ante las dos instancias disponibles y retiró dicho procedimiento en un momento en que su continuación habría sido obviamente inútil y no se habría obtenido ninguna reparación efectiva”).

²³³ *Id.*

²³⁴ Una determinación definitiva sobre esta cuestión solo podría haberse formulado en la fase de fondo.

157. Esta indiscutida omisión de examinar prueba sumamente relevante en la que se basaron ambas partes constituye una falta de expresión de motivos y, por lo tanto, una causal adicional de anulación del Laudo.

E. Si el Comité concluye que existen causales de anulación, debe rechazar la invitación de Colombia a ejercer su discreción para denegar la anulación

158. Ante la perspectiva de la anulación, Colombia pide a este Comité que adopte la medida sin precedentes de negarse discrecionalmente a anular el Laudo aun si existen causales de anulación²³⁵. El fundamento de esa solicitud es el hecho de que Foster Wheeler inició un segundo arbitraje contra Colombia²³⁶.

159. No existe ningún principio general que permita a un comité simplemente ignorar la ley y negarse a anular un laudo que contiene errores susceptibles de anulación. El comité en *Tulip* resolvió que “...una vez que un comité *ad hoc* ha establecido que el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento es grave, ya no tiene discreción para no anular”²³⁷. La decisión *Eiser* también señala que los comités deben considerar el impacto de la irregularidad en cuestión: “El impacto será material y requerirá la anulación si el quebrantamiento afecta el derecho legal de las partes con respecto a una cuestión determinante para el resultado”²³⁸. En consecuencia, en un caso como este, no existe discreción para negarse a anular el Laudo. Como Foster Wheeler ya ha establecido, el Tribunal quebrantó gravemente varias normas

²³⁵ Memorial de Contestación sobre Anulación de Colombia, ¶¶ 99 y ss.

²³⁶ *Id.* ¶ 101.

²³⁷ **RALA-005**: *Tulip c. Turquía* (Anulación), ¶ 79. Véase también **AALA-009**: *Pey Casado c. Chile* (Anulación), ¶ 80.

²³⁸ **AALA-063**: *Eiser c. España* (Anulación), ¶ 254.

fundamentales de procedimiento. Del mismo modo, las restantes causales de anulación se refieren a irregularidades que afectaron los derechos jurídicos de Foster Wheeler. En particular, las irregularidades aquí, que dieron lugar a que el Tribunal se negara a examinar reclamaciones con mérito, han afectado gravemente el derecho de Foster Wheeler a ser oída.

160. En cualquier caso, no existe razón para que este Comité deniegue la anulación debido al inicio de un nuevo arbitraje. Dada la incertidumbre respecto de si el Tribunal analizaría las reclamaciones adicionales de Foster Wheeler y la posibilidad de que esas reclamaciones fueran afectadas por un plazo de prescripción o caducidad, por extrema cautela, Foster Wheeler inició un nuevo arbitraje, que el CIADI registró como Caso No. ARB/25/16²³⁹. Para evitar el riesgo de resultados incompatibles, Foster Wheeler propuso a Colombia acordar la suspensión de ese arbitraje hasta que se resolviera este procedimiento de anulación. Colombia aceptó y ese arbitraje se encuentra actualmente suspendido²⁴⁰. Si prospera esta solicitud de anulación, Foster Wheeler procurará acumular cualquier caso sometido nuevamente con el Caso No. ARB/25/16. Esa acumulación eliminará el riesgo de resultados incompatibles. En estas circunstancias, dado que no existe riesgo alguno de procedimientos paralelos que puedan dar lugar a resultados incompatibles, no

²³⁹ La Solicitud de Arbitraje que dio lugar al Laudo en este caso impugnó actuaciones de la CGR anteriores a la Decisión definitiva. Como las reclamaciones adicionales que el Tribunal ignoró, el segundo arbitraje se refiere a actuaciones posteriores a la presentación de la Solicitud de Arbitraje inicial, incluida la emisión de la Decisión de la CGR y las posteriores medidas de ejecución de la CGR.

²⁴⁰ **AA-017:** CIADI, Base de Datos de Casos, *Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. c. República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/25/16), disponible en <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/25/16> (último acceso: 9 de julio de 2026).

hay razón para que este Comité ejerza cualquier discreción que pudiera tener para negarse a anular el Laudo.

F. Foster Wheeler tiene derecho al reembolso de sus honorarios de abogados y costos

161. El principio de que “los costos siguen el resultado” está bien establecido en el arbitraje internacional y se aplica cada vez más en el contexto de la anulación. Por ejemplo, el comité en *Eiser* anuló el laudo y resolvió que las partes que se oponían a la anulación “deberán sufragar los honorarios y gastos de los miembros del Comité; los derechos devengados por el uso de las instalaciones del Centro pagados con anticipación por el Solicitante; y los honorarios y gastos incurridos por el Solicitante en conexión con este procedimiento”²⁴¹. El comité en *Khudyan* adoptó el mismo enfoque²⁴². Es irrelevante si la parte que se opuso a la anulación causó los errores que condujeron a la anulación. En efecto, sería contrario al principio de igualdad exigir a un solicitante de anulación que no prospera que soporte los costos y honorarios, pero no imponer la misma consecuencia a una parte que se opone infructuosamente a la anulación.

162. Además, la conducta de Colombia en este procedimiento también justifica una condena de costos. Colombia adoptó en este caso posiciones diametralmente opuestas a las que sostuvo en casos anteriores. En particular, como se demuestra en este Memorial, la mayoría de los argumentos que Colombia planteó en este caso son exactamente opuestos a los que planteó en *Glencore (I)*, donde era la parte que solicitaba la anulación. Esa conducta

²⁴¹ AALA-063: *Eiser c. España* (Anulación), ¶ 270.

²⁴² AALA-052: *Edmond Khudyan and Arin Capital & Investment Corp. c. República de Armenia*, Caso CIADI No. ARB/17/36, Decisión sobre Anulación, ¶ 258 (21 de julio de 2023).

indebida debe tenerse en cuenta al momento de distribuir las costas de este procedimiento²⁴³.

III. SOLICITUDES

163. Foster Wheeler solicita respetuosamente al Comité que:

- a) Anule el Laudo en su totalidad por las razones expuestas en este Memorial;
- b) Subsidiariamente, anule el Laudo en su totalidad, excepto por la desestimación de la violación por denegación de justicia del estándar de FET;
- c) Luego de la anulación, ordene la remisión del arbitraje para su continuación ante un tribunal nuevamente constituido, conforme con el Artículo 52(6) de la Convención CIADI;
- d) Ordene que Colombia asuma la totalidad de los costos de este procedimiento, y que reembolse a Foster Wheeler todos sus costos y gastos, incluidos los honorarios razonables de sus abogados; y
- e) Otorgue cualquier otra reparación en favor de Foster Wheeler que el Comité considere justa y apropiada.

²⁴³ **AALA-077:** *Venezuela Holdings, B.V., et al. (caso anteriormente conocido como Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/27, Decisión sobre Anulación, ¶ 193 (9 de marzo de 2017) (“Con respecto a la distribución de costas en este procedimiento de anulación, el Comité pretende seguir el mismo enfoque que el Tribunal y tener en cuenta *la conducta de las Partes* como también el principio de que normalmente la parte vencida paga”) [énfasis añadido].

FECHA:

17 de agosto de 2026

PILLSBURY WINTHROP SHAW PITTMAN LLP

/s/ Robert L. Sills

Robert L. Sills

Charles C. Conrad

Richard D. Deutsch

Max A. Winograd

Elizabeth J. Dye

Martín Ruiz García

Carolina Plaza

31 West 52nd Street

Nueva York, NY 10019-6131

Teléfono: +1-212-858-1000

Correo electrónico: robert.sills@pillsburylaw.com

Correo electrónico: max.winograd@pillsburylaw.com

Correo electrónico: martin.ruizgarcia@pillsburylaw.com

609 Main Street, Suite 2000

Houston, TX 77002

Teléfono: +1-713-276-7600

Correo electrónico: charles.conrad@pillsburylaw.com

Correo electrónico: richard.deutsch@pillsburylaw.com

Correo electrónico: elizabeth.dye@pillsburylaw.com

Correo electrónico: carolina.plaza@pillsburylaw.com