

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Caso CIADI No. ARB/19/34

AMEC FOSTER WHEELER USA CORPORATION, PROCESS
CONSULTANTS, INC., Y JOINT VENTURE FOSTER WHEELER USA
CORPORATION AND PROCESS CONSULTANTS, INC.

Demandantes

c.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Demandado

MEMORIAL SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES

Abogados del Demandado



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

Ana María Ordoñez Puentes
Elizabeth Prado López
Giovanny Vega Barbosa

*Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado*



Claudia Frutos-Peterson
Elisa Botero
Fernando Tupa
Juan Jorge
Maria Paulina Santacruz

*Curtis, Mallet-Prevost, Colt &
Mosle LLP*

1 de julio de 2021

ÍNDICE

	Página #
INTRODUCCIÓN	1
ANTECEDENTES	7
A. Foster Wheeler y Process Consultants Celebran un Acuerdo de Empresa Conjunta (<i>Joint Venture</i>) para Presentar una Propuesta Conjunta a Reficar y Ejecutar el Contrato Resultante	7
B. FPJVC Celebra un Contrato de Prestación de Servicios con Reficar Para Consultoría en el Gerenciamiento del Proyecto	10
(1) Objeto del Contrato de Servicios: Prestación de Servicios de Gerenciamiento del Proyecto (<i>Project Management Consulting</i>)..	14
(2) Estructura de Remuneración: [REDACTED]	19
(3) Facturación y Pago: [REDACTED]	29
(4) [REDACTED]	33
(5) [REDACTED]	36
(6) [REDACTED]	37
(7) Enmiendas del Contrato de Servicios (Otrosíes)	38
C. El Proyecto Culmina con Retrasos y Sobrecostos; la CGR Realiza una Auditoría y Encuentra Irregularidades	41
D. Breve Resumen del Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia	44
(1) Noción de Control Fiscal y Régimen Constitucional y Legal Aplicable a los Procesos de Responsabilidad Fiscal	44
(2) Naturaleza y Características del Proceso de Responsabilidad Fiscal.....	46
(3) Elementos de la Responsabilidad Fiscal y Solidaridad de los Responsables Fiscales	52
(4) El Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal	54
a. Indagación Preliminar.....	54
b. Etapa de Apertura	55

c.	Etapa de Imputación	56
d.	Fallo con Responsabilidad Fiscal y Recursos Administrativos	58
e.	Control Judicial de los Fallos con Responsabilidad Fiscal	61
f.	Procedimiento de Cobro Coactivo	63
E.	La CGR Abre un Proceso de Responsabilidad Fiscal Contra Foster Wheeler y Process Consultants, Entre Otras Personas Naturales y Jurídicas, Extranjeras y Locales	67
F.	La CGR Emite el Auto de Imputación Contra Foster Wheeler y Process Consultants, Entre Otras Personas Naturales y Jurídicas, Extranjeras y Locales	69
G.	FPJVC Notifica a Colombia de su Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje Bajo el Tratado	77
H.	Foster Wheeler, Process Consultants y FPJVC Presentan una Notificación de Arbitraje Contra Colombia.....	79
I.	La CGR Emite un Fallo con Responsabilidad Fiscal	82
	OBJECIÓN PRELIMINAR BAJO EL ARTÍCULO 10.20.4 DEL TRATADO	95
I.	No Puede Dictarse un Laudo Favorable para los Demandantes Porque No se Cumplen los Presupuestos del Artículo 10.16.1 del Tratado	97
A.	No Existe una Violación que Pueda Dar Lugar a una Reclamación Bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado	99
(1)	No Pudo Haber Existido Ninguna Violación de una Obligación Sustantiva del Tratado en Este Caso	99
a.	No se Ha Configurado una Medida Susceptible de Constituir una Violación de una Obligación del Tratado	100
b.	Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación <i>Prima Facie</i> de Alguna de las Obligaciones Sustantivas del Tratado.....	106
(i)	Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación <i>Prima Facie</i> del Trato Justo y Equitativo	108
(a)	El Estándar de TJE Solo Protege a las Inversiones y No a los Inversionistas.....	108

(b)	De Cualquier Forma, los Demandantes Argumentan su Caso Basándose en un Estándar Incorrecto de TJE	112
(c)	No Pudo Haber Existido una Denegación de Justicia en Este Caso	118
(ii)	Los Demandantes No Han Podido Establecer una Expropiación <i>Prima Facie</i>	131
(iii)	Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación <i>Prima Facie</i> del Trato Nacional	139
(iv)	Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación <i>Prima Facie</i> del Trato de Nación Más Favorecida	142
(2)	No Pudo Haber Existido una Violación de un Acuerdo de Inversión	154
B.	No Pudo Haber Existido Ninguna Pérdida o Daño en Virtud de alguna Violación de las Obligaciones Sustantivas del Tratado o de un Acuerdo de Inversión	163
II.	Las Pretensiones que Solicitan los Demandantes Están por Fuera de las Facultades del Tribunal Conforme al Artículo 10.26 del Tratado	171
A.	El Tribunal No se Encuentra Facultado Para Otorgar Daños Morales	171
B.	El Tribunal Tampoco se Encuentra Facultado Para Otorgar Órdenes No Pecuniarias o <i>Injunctions</i>	177
C.	El Tribunal No Puede Otorgar un Laudo Compensatorio (<i>Offsetting Award</i>) Porque No se Encuentra Facultado Para Resarcir Daños Hipotéticos	179
	OBJECIONES A LA COMPETENCIA	185
I.	Los Demandantes No Poseen una Inversión Protegida Bajo el Tratado y el Convenio CIADI	186
II.	El Demandante FPJVC No Califica Como una “Persona Jurídica” Bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI	199
III.	La Notificación de Intención Fue Solo Enviada por FPJVC y No por los Otros Demandantes	206
IV.	Los Demandantes Han Elegido Definitivamente Someter la Reclamación por Violación de Trato Justo y Equitativo a los Tribunales Colombianos	214
V.	La Renuncia Efectuada por los Demandantes Es Inválida, por lo que No Existe un Consentimiento Para Someter Su Reclamación a Arbitraje Bajo el Tratado	220

CONCLUSIÓN	231
RESERVA DE DERECHOS.....	232

INTRODUCCIÓN

1. La República de Colombia (“Colombia” o el “Demandado”) presenta este Memorial sobre Objeciones Preliminares (“Memorial”) de conformidad con la Resolución Procesal No. 1 del 18 de marzo de 2021 y el calendario procesal revisado de fecha 1 de abril de 2021.¹

2. Este caso fue iniciado por dos prestadores de servicios de consultoría – Amec Foster Wheeler USA Corporation (“Foster Wheeler”) y Process Consultants, Inc. (“Process Consultants”) – y por la unión contractual conformada por ellos, Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. (“FPJVC”) (conjuntamente, los “Demandantes”) – buscando que Colombia los compense por daños meramente hipotéticos supuestamente derivados de un proceso de responsabilidad fiscal que los involucra (“Proceso de Responsabilidad Fiscal”). En su Notificación de Arbitraje de fecha 6 de diciembre de 2019 (“Notificación de Arbitraje”), los Demandantes cuentan la historia de los supuestos atropellos de los que habrían sido víctimas a manos de la Contraloría General de la República (“CGR”) – órgano del Estado colombiano que lleva a cabo dicho Proceso de Responsabilidad Fiscal – que, según argumentan, no tenía competencia para iniciar un proceso de responsabilidad fiscal en su contra, y que llegó a conclusiones sin fundamento jurídico ni fáctico, desconociendo sus argumentos de defensa. Sin embargo, lo que realmente carece de fundamento jurídico y fáctico es la

¹ Las referencias en la forma de “**Ap. R-**” y “**Ap. RL-**” son a los apéndices documentales y autoridades legales, respectivamente, presentadas por el Demandado en este Arbitraje; mientras que aquellas en la forma de “**Ap. C-**” y “**Ap. CL-**” son a los apéndices documentales y autoridades legales, respectivamente, presentadas por los Demandantes en este Arbitraje. En este Memorial se utiliza la siguiente notación: punto (“.”) para separar los miles, coma (“,”) para separar los decimales, “US\$” para referirse a dólares de los EE.UU. y “COP\$” para referirse a pesos colombianos.

reclamación de los Demandantes en este Arbitraje. Por mucho que intenten, sus quejas y malogrados argumentos no pueden ocultar la realidad: la ausencia de una medida susceptible de constituir una violación de alguna obligación asumida por Colombia y de una pérdida o daño de carácter pecuniario que haya sido incurrido por los Demandantes y que pueda ser resarcido por este Tribunal. La inexistencia de un daño cierto en este caso revela la verdadera intención de los Demandantes al iniciar este Arbitraje: disuadir a las autoridades colombianas, en particular a la CGR, de que ejerzan sus competencias constitucionales y legales.

3. El carácter prematuro de la reclamación de los Demandantes es solamente el primero de una larga lista de defectos jurídicos que impiden a este Tribunal asumir competencia sobre este caso y otorgarles a los Demandantes la reparación que pretenden. Crucialmente, los Demandantes no tienen una inversión en Colombia protegida bajo el Capítulo de Inversión (el “Tratado”)² del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América (el “APC Colombia-EE.UU.”),³ ni bajo el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “Convenio CIADI”). Sus actividades se limitaron a la prestación de servicios profesionales bajo los términos de un contrato comercial de prestación de servicios, cuya ejecución no representó para ellos

² **Ap. RL-1**, Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 22 de noviembre de 2006 y en vigor desde el 15 de mayo de 2012, Capítulo 10 (el “Tratado”).

³ **Ap. RL-2**, Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 22 de noviembre de 2006 y en vigor desde el 15 de mayo de 2012 (el “APC Colombia-EE.UU.”). Debido a la extensión del APC Colombia-EE.UU. y considerando que debe presentarse en sus dos idiomas, el Demandado acompaña como **Ap. RL-2**, únicamente el Preámbulo y el Capítulo 1, que son las únicas secciones relevantes para este caso (además del Capítulo 10, que se presenta como **Ap. RL-1**). Si el Tribunal quisiera consultar alguna otra sección del APC Colombia-EE.UU., puede encontrar el texto completo en el siguiente enlace: www.sice.oas.org.

ningún riesgo. Adicionalmente, el Demandante FPJVC, al ser una mera asociación contractual carente de personalidad jurídica, no califica como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Convenio CIADI.

4. Si bien con esto bastaría para desechar este caso en su totalidad, los defectos de la reclamación de los Demandantes no paran ahí. Foster Wheeler y Process Consultants no presentaron una notificación de intención contra Colombia, violando uno de los requisitos previstos en el Tratado para el sometimiento de una reclamación a arbitraje. En cambio, sí presentaron alegaciones de supuestas violaciones de la obligación de trato justo y equitativo (“TJE”) bajo el Tratado ante los tribunales colombianos, lo cual les impide ahora someter esa misma reclamación ante este Tribunal. Finalmente, los Demandantes no solo presentaron una renuncia que no cumple con los requisitos formales previstos en el Tratado, sino que han iniciado y continuado ante tribunales judiciales y administrativos colombianos actuaciones respecto de las mismas “medidas” de las que se quejan en este Arbitraje.

5. Los hechos que dan lugar a esta reclamación son básicamente los siguientes: FPJVC, la unión contractual conformada por Foster Wheeler y Process Consultants, celebró un contrato de prestación de servicios con una empresa petrolera con capital estatal para proveer servicios de consultoría para el gerenciamiento de un proyecto de expansión y modernización de un complejo de refinación en Cartagena, Colombia. Conforme a las disposiciones contractuales, FPJVC [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

6. Infortunadamente para Colombia, las obras de expansión y modernización de la refinería culminaron tras años de demoras y miles de millones de dólares de sobrecostos. Sospechando que como resultado de tales demoras y costos excesivos podía haberse causado un daño al patrimonio público de los colombianos, la CGR – el organismo del Estado colombiano cuya función constitucional es la vigilancia y control del gasto de fondos públicos – inició un Proceso de Responsabilidad Fiscal para determinar el monto de ese daño, identificar a los responsables y, en dado caso, conseguir el resarcimiento de dicho daño patrimonial al Estado.

7. Tras una extensa investigación, la CGR emitió un acto administrativo de trámite imputando responsabilidad fiscal a los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants, así como a otras personas jurídicas y naturales, colombianas y extranjeras, habiendo encontrado que eran presuntamente responsables, en forma solidaria, del daño patrimonial derivado de los sobrecostos en el proyecto.

8. Ese acto administrativo de trámite, sin más, fue suficiente para llevar a los Demandantes a iniciar este Arbitraje por supuestas violaciones del Tratado, a pesar de que dicho acto no constituía una decisión definitiva en materia de responsabilidad fiscal y que los Demandantes hasta ese momento no habían sufrido pérdida o daño alguno como resultado de su vinculación o imputación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

9. A sabiendas de que el Proceso de Responsabilidad Fiscal estaba lejos de culminar y de que no existía ninguna pérdida o daño patrimonial, en su Notificación de Arbitraje los Demandantes esencialmente piden al Tribunal (i) que ordene a Colombia al

pago de una indemnización por daños morales por la supuesta pérdida reputacional derivada de su vinculación al proceso, (ii) que emita una orden que prohíba (*enjoin*) al Demandado realizar cualquier intento de embargo o confiscación activos de su propiedad en Colombia o en el extranjero, y (iii) que emita un laudo compensatorio (*offsetting award*) por el monto de un eventual fallo con responsabilidad.

10. Si bien con posterioridad a la presentación de la Notificación de Arbitraje se emitió un fallo que encuentra solidariamente responsables fiscales a varios de los imputados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, incluyendo a los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants, por los daños que causaron al patrimonio público, la situación de los Demandantes de cara a este Arbitraje no ha cambiado: el fallo no se encuentra en firme y está sujeto a control judicial, y los Demandantes siguen sin haber sufrido una pérdida o daño.

11. El carácter prematuro de la reclamación de los Demandantes impide al Tribunal, como cuestión de derecho, emitir un laudo a su favor ya que, para someter una reclamación a arbitraje bajo el Tratado, el Artículo 10.16.1 requiere que, por un lado, exista una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión y, por otro, que el demandante haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta. Ninguno de estos dos requisitos se cumple en este caso.⁴ Tampoco puede el Tribunal, como cuestión de derecho, emitir un laudo favorable para los Demandantes porque sus pretensiones están por fuera del alcance de las facultades que el Tratado le concede al Tribunal. El Artículo 10.26 del Tratado establece que el Tribunal puede otorgar únicamente daños pecuniarios o restitución de propiedad

⁴ Ver ¶¶ 168-261, *infra*.

y prohíbe expresamente el otorgamiento de daños punitivos, por lo que el Tribunal no puede ordenar a Colombia el pago de daños morales o daños hipotéticos, ni tampoco emitir órdenes no pecuniarias (*injunctions*).⁵ Por esas razones, y conforme lo autorizan el Artículo 10.20.4. del Tratado y la Resolución Procesal No. 1,⁶ en la primera parte de este Memorial el Demandado presentará una objeción preliminar consistente en que, como cuestión de derecho, la reclamación de los Demandantes no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para ellos.⁷

12. En la segunda parte del Memorial, el Demandado presentará cinco objeciones adicionales para que sean resueltas por el Tribunal como cuestión preliminar,⁸ a saber: (I) una objeción relativa a la falta de competencia *ratione materiae* del Tribunal, porque los Demandantes no poseen una inversión protegida ni bajo el Tratado ni bajo el Convenio CIADI, ya que el contrato que suscribieron es un contrato de prestación de servicios que no presenta ningún riesgo de inversión;⁹ (II) una objeción relativa a la falta de competencia *ratione personae* del Tribunal sobre el Demandante FPJVC, porque dicho Demandante no califica como una “persona jurídica” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI;¹⁰ (III) una objeción relativa a la falta de competencia *ratione voluntatis* del Tribunal con respecto a los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants, porque dichos Demandantes no presentaron una

⁵ Ver ¶¶ 262-278, *infra*.

⁶ Resolución Procesal No. 1, ¶ 14.6.

⁷ Ver ¶¶ 164-278, *infra*.

⁸ Ver Resolución Procesal No. 1, ¶ 14.7.

⁹ Ver ¶¶ 281-298, *infra*.

¹⁰ Ver ¶¶ 299-309, *infra*.

notificación de intención conforme lo requiere el Artículo 10.16.2 del Tratado;¹¹ (IV) una objeción relativa a la falta de competencia *ratione voluntatis* del Tribunal con respecto a las reclamaciones por violación de la obligación de TJE en el Tratado, porque Foster Wheeler y Process Consultants presentaron alegaciones en ese mismo sentido ante los tribunales colombianos y, conforme al Anexo 10-G del Tratado, esa elección de vía es definitiva;¹² y (V) una objeción relativa a la falta de competencia *ratione voluntatis* del Tribunal, porque los Demandantes no presentaron una renuncia válida y efectiva en los términos del Artículo 10.18.2(b) del Tratado.¹³

13. A continuación, el Demandado presentará sumariamente los hechos principales de la controversia a fin de contextualizar las objeciones preliminares antes mencionadas. En el caso eventual de que este procedimiento prosiga a la etapa de fondo, el Demandado se reserva el derecho de ampliar la declaración de hechos contenida en este Memorial.

ANTECEDENTES

A. Foster Wheeler y Process Consultants Celebran un Acuerdo de Empresa Conjunta (*Joint Venture*) para Presentar una Propuesta Conjunta a Reficar y Ejecutar el Contrato Resultante

14. En la década del 2000, Ecopetrol, S.A. (“Ecopetrol”) emprendió un ambicioso proyecto de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena (el “Proyecto”), un gran complejo industrial de refinación ubicado en la costa caribe

¹¹ Ver ¶¶ 310-318, *infra*.

¹² Ver ¶¶ 319-328, *infra*.

¹³ Ver ¶¶ 329-343, *infra*.

colombiana.¹⁴ Para ese propósito se creó una nueva compañía denominada Refinería de Cartagena, S.A. (“Reficar”), una sociedad de economía mixta descentralizada por servicios, organizada en la forma de una sociedad por acciones.¹⁵

15. Actualmente, el 100% del capital social de Reficar es de propiedad de Ecopetrol,¹⁶ que es una sociedad de economía mixta descentralizada por servicios, organizada en la forma de una sociedad anónima.¹⁷ La República de Colombia es el accionista mayoritario de Ecopetrol, con 88,49% del capital social.¹⁸ Ni Ecopetrol, ni Reficar pertenecen al nivel central del gobierno colombiano.¹⁹

16. El Proyecto buscaba incrementar la capacidad de refinación de la Refinería de Cartagena, con lo cual no solo crecerían las exportaciones de combustibles de alto

¹⁴ [REDACTED]

¹⁵ Inicialmente Reficar fue constituida como sociedad anónima, pero actualmente tiene la forma de una sociedad por acciones simplificada. **Ap. R-33**, Estatutos Sociales Refinería de Cartagena S.A.S., Artículo 1.

¹⁶ **Ap. R-34**, Refinería de Cartagena, Portal de Internet, “Perfil de la empresa”, p. 4. Ver Notificación de Arbitraje, 6 de diciembre de 2019 (“Notificación de Arbitraje”), ¶ 3.

¹⁷ **Ap. RL-3**, Ley 1118 de 2006, por la cual se modifica la naturaleza jurídica de Ecopetrol S. A. y se dictan otras disposiciones, Artículo 1. **Ap. R-35**, Ecopetrol, Portal de Internet, “Marco legal”. Ver **Ap. RL-4**, Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones (“Ley 489 de 1998”), Artículo 68.

¹⁸ **Ap. R-36**, Ecopetrol, Portal de Internet, “Acerca de Ecopetrol”. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 20.

¹⁹ Ver **Ap. RL-4**, Ley 489 de 1998, Artículo 38 (indicando que el sector central de la rama ejecutiva está integrado por: la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República, los Consejos Superiores de la administración, los ministerios y departamentos administrativos, y las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica). Las sociedades de economía mixta, tales como Reficar y Ecopetrol, pertenecen al nivel descentralizado por servicios. *Id.*, Artículo 38 (indicando que el sector descentralizado por servicios lo integran los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley).

valor agregado y más limpios, sino que se reduciría la dependencia en combustibles importados.

17. A finales de 2007, Reficar encargó a las empresas Chicago Bridge & Iron Company N.V., Chicago Bridge & Iron Company (CB&I) Americas Ltd., CB&I UK Ltd. y CBI Colombiana S.A. (conjuntamente, “CB&I”)²⁰ la ingeniería, compras, y construcción del Proyecto, suscribiendo una serie de acuerdos con tales empresas (tales acuerdos, en conjunto, el “Contrato EPC”).²¹ En el Contrato EPC se pactaron originalmente dos etapas con estructuras de remuneración diferenciadas: una etapa inicial de FEED (*Front-End Engineering and Design*) sobre la base de costos reembolsables, y una segunda etapa de ingeniería de detalle, compra y construcción bajo la modalidad “llave en mano” (*turnkey*), con CB&I recibiendo un pago único (*lump sum*) contra entrega del Proyecto concluido.²² Sin embargo, durante la ejecución del Contrato EPC se decidió continuar con la segunda etapa sobre la base de costos reembolsables.²³

18. El 9 de octubre de 2009, Foster Wheeler y Process Consultants, ambas sociedades constituidas y existentes bajo las leyes del Estado de Delaware en los EE.UU., celebraron un acuerdo de empresa conjunta (*joint venture agreement*) con el objetivo de [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

²⁰ El Contrato de Servicios se refiere a CB&I como “EPC Contractor” o “EPCC”.

²¹ Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 52.

²² **Ap. R-37**, Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, Informe final de la actuación especial, noviembre de 2016, p. 32.

²³ *Id.*

[REDACTED]²⁴ (el “Acuerdo de Empresa Conjunta”, y la unión de las dos empresas conforme a los términos del Acuerdo de Empresa Conjunta, “FPJVC”).

19. En el Acuerdo de Empresa Conjunta, Foster Wheeler y Process Consultants expresamente reconocieron y acordaron que FPJVC [REDACTED]

[REDACTED]²⁵ Contrario a lo que afirman los Demandantes,²⁶ conforme a las leyes del Estado de Nueva York que gobiernan el Acuerdo de Empresa Conjunta,²⁷ las entidades no constituidas no son personas jurídicas independientes a sus miembros.²⁸

B. FPJVC Celebra un Contrato de Prestación de Servicios con Reficar Para Consultoría en el Gerenciamiento del Proyecto

20. Conforme a los términos del Acuerdo de Empresa Conjunta, el 18 de noviembre de 2009 FPJVC presentó a Reficar una oferta mercantil [REDACTED]

[REDACTED]²⁹ El 19 de noviembre de 2009 Reficar aceptó la oferta en los términos y condiciones propuestos,³⁰ formándose así una

²⁴ [REDACTED]

²⁵ [REDACTED]

²⁶ Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 12 (“FPJVC es un *joint venture* que se rige bajo las leyes del Estado de Nueva York, EE.UU., conforme a las cuales un *joint venture* es una forma reconocida de persona jurídica.”) (traducción del inglés).

²⁷ [REDACTED]

²⁸ Por ese motivo, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* sobre el Demandante FPJVC ya que al no ser una “persona jurídica” no califica como un “nacional de otro Estado Contratante” conforme el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. Ver ¶¶ 299-309, *infra*.

²⁹ [REDACTED]

³⁰ [REDACTED]

relación contractual entre FPJVC, por una parte,³¹ y Reficar, por la otra (el “Contrato de Servicios”).³²

21. Dada su extensión, presentamos a continuación una tabla de contenidos de los documentos que componen el Contrato de Servicios,³³ indicando el número de apéndice que identifica cada documento en el expediente de este Arbitraje:

Contrato de Servicios	Ref.
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]

31 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

32 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

33 [REDACTED]
[REDACTED]

Contrato de Servicios	Ref.
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]	[REDACTED]

Contrato de Servicios	Ref.
██ ██ ██ ██	████
██ ██	████
██ ██	████
██	████

22. Los Demandantes afirman que el Contrato de Servicios constituye su “inversión” en Colombia,³⁴ y que por lo tanto tienen legitimación para iniciar este Arbitraje tanto bajo el Convenio CIADI como bajo el Tratado.³⁵ Asimismo, argumentan que el Contrato de Servicios también constituye un “acuerdo de inversión” conforme al Tratado,³⁶ que los habilita para iniciar una reclamación conforme al Artículo 10.16.1(a)(i)(C) de dicho instrumento. Los Demandantes se equivocan en ambos aspectos. El Contrato de Servicios no constituye una “inversión” ni bajo el Convenio CIADI ni bajo el Tratado, porque carece de una de las características esenciales de una inversión: la asunción de riesgo. Como será evidente de un repaso de las disposiciones contractuales relevantes,³⁷ el Contrato de Servicios es un mero contrato comercial de

³⁴ **Ap. R-39**, Notificación de Intención, 26 de diciembre de 2018, (“Notificación de Intención”), ¶ 12 (para facilidad del Tribunal, el Demandado presenta las versiones originales en inglés y español de la Notificación de Intención en un mismo apéndice documental); Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 11. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 3 (“Esta disputa surge de un contrato de noviembre de 2009 entre FPJVC y Refinería de Cartagena S.A. . . . para la prestación de servicios con relación a la modernización y expansión de una gran refinería de petróleo de propiedad estatal ubicada en Cartagena, Colombia.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver ¶¶ 289-292, *infra*.

³⁵ **Ap. R-39**, Notificación de Intención, ¶ 12.

³⁶ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 26-31.

³⁷ Ver ¶¶ 24-65, *infra*.

compraventa de servicios, cuya ejecución por parte de los Demandantes no supuso de ninguna manera un riesgo de inversión (*i.e.*, incertidumbre sobre sobre cuál sería su retorno y sobre si recuperarían los recursos que destinaron en la prestación de los servicios).³⁸ El Contrato de Servicios tampoco encaja dentro de la definición de “acuerdo de inversión” contenida en el Tratado.³⁹

23. A continuación, el Demandado describirá aquellas disposiciones del Contrato de Servicios que son relevantes para el análisis de las reclamaciones de los Demandantes y para sustanciar sus objeciones preliminares.

(1) Objeto del Contrato de Servicios: Prestación de Servicios de Gerenciamiento del Proyecto (*Project Management Consulting*)

24. Ostensiblemente, el objeto del Contrato de Servicios es la prestación de “Servicios”⁴⁰ de consultoría para el gerenciamiento del Proyecto,⁴¹ incluyendo servicios de:

[REDACTED]

³⁸ Ver ¶¶ 281-298, *infra*.

³⁹ Ver ¶¶ 240-250, *infra*.

⁴⁰ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁴¹ [REDACTED] Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 3 (“Esta disputa surge de un contrato de noviembre de 2009 entre FPJVC y Refinería de Cartagena S.A. . . . para la prestación de servicios con relación a la modernización y expansión de una gran refinería de petróleo de propiedad estatal ubicada en Cartagena, Colombia”), ¶ 29 (“Los Demandantes contrataron con Reficar . . . para la prestación de servicios de gerenciamiento de proyectos en relación con la construcción y ampliación de una refinería de petróleo de propiedad colombiana para suministrar combustibles ecológicamente limpios para satisfacer la demanda colombiana”), ¶ 51 (“Reficar . . . celebró el Contrato con FPJVC en noviembre de 2009 para que FPJVC prestara servicios de gerenciamiento de proyecto”), ¶ 54 (“El Contrato originalmente preveía la prestación por parte de FPJVC de servicios de gerenciamiento de proyecto.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

27. El [REDACTED] del Contrato de Servicios, que contiene una [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED],⁴⁵ prevé que

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁴⁶

28. En el [REDACTED] se listan de manera detallada las obligaciones específicas de FPJVC durante el transcurso del Proyecto⁴⁷ y durante cada una de las etapas del mismo, incluyendo las [REDACTED],⁴⁸ [REDACTED],⁴⁹ [REDACTED],⁵⁰ [REDACTED]
[REDACTED]⁵¹ También se detallan los demás servicios a cargo de FPJVC.⁵²

45 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

46 [REDACTED]
[REDACTED]

47 [REDACTED]

48 [REDACTED]

49 [REDACTED]

50 [REDACTED]

51 [REDACTED]

52 [REDACTED]
[REDACTED]

29. El [REDACTED] establece además que FPJVC prestaría sus servicios [REDACTED]⁵³ pero, reiterando lo dispuesto en la [REDACTED] del Contrato de Servicios,⁵⁴ aclara que

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁵⁵

30. Uno de los argumentos principales de los Demandantes, tanto en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que da lugar a su reclamación⁵⁶ como en este Arbitraje, consiste en afirmar que, poco después de la celebración del Contrato de Servicios y en el curso de su ejecución, Reficar redujo el rol de gerenciamiento encargado a FPJVC de manera que FPJVC perdió toda capacidad de toma de decisiones sobre el Proyecto. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes explican este supuesto cambio en el alcance del Contrato de Servicios en los siguientes términos:

Sin embargo, poco después de firmar el Contrato Reficar cambió radicalmente el alcance de los trabajos a cargo de FPJVC de manera que FPJVC no actuaba como gerente del proyecto y representante del dueño con autoridad para la toma de decisiones. En cambio, Reficar misma asumió el gerenciamiento del Proyecto, actuando como la única

⁵³ [REDACTED]

⁵⁴ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁵⁵ [REDACTED]
[REDACTED]

⁵⁶ Ver ¶¶ 122-138, 147-163, *infra*.

autoridad para la toma de decisiones. El personal de FPJVC trabajó como consultor bajo la dirección del equipo de gerenciamiento del proyecto de Reficar, pero ni ese personal ni FPJVC tenía autoridad sobre el gerenciamiento o los gastos del Proyecto.⁵⁷

31. Según argumentan los Demandantes, dado que bajo los nuevos términos del Contrato de Servicios no contaban con capacidad alguna de toma de decisiones, entonces no tenían control ni autoridad sobre los gastos incurridos por CB&I y, por ende, no pueden ser responsables por los sobrecostos del Proyecto que son objeto del Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁵⁸

32. La posición del Demandado es que las supuestas modificaciones al Contrato de Servicios nunca ocurrieron.⁵⁹ Sin embargo, esa discusión sobre el alcance del poder de toma de decisiones de FPJVC con respecto al Proyecto carece de

⁵⁷ Notificación de Arbitraje, ¶ 4 (traducción del inglés). Ver *id.*, ¶ 56 (“Casi tan pronto como el Contrato fue suscrito, y a pesar de todas las responsabilidades de gerenciamiento de proyecto que el Contrato le dio a FPJVC, Reficar cambió las responsabilidades de FPJVC de manera tal que FPJVC ya no tenía permitido ejecutar sus obligaciones contractuales y no gerenció el Proyecto o tuvo control sobre recursos algunos. En cambio, Reficar misma asumió estas funciones y era la única entidad con autoridad para la toma de decisiones del Proyecto. El rol de FPJVC fue reducido a uno de apoyo del equipo de gerenciamiento de Reficar para el Proyecto”). (traducción del inglés).

⁵⁸ Ver *id.*, ¶ 66.

⁵⁹

Ver ¶¶ 62-65, *infra*.

Ver ¶ 25, *supra*.

Ver ¶¶ 37, 62, *infra*.

Ver ¶¶ 27, 29, *supra*.

relevancia en esta etapa preliminar del procedimiento arbitral, y por eso el Demandado no se ocupará en este Memorial de rebatir los equivocados argumentos de los Demandantes sobre este punto. En este momento basta con indicar que, sea cual fuere el alcance de la autoridad de toma de decisiones de FPJVC y el nivel de supervisión y control ejercido por Reficar, las posiciones de Demandantes y Demandado convergen en un punto crucial: la naturaleza de las actividades desempeñadas por FPJVC. Conforme al Contrato de Servicios, FPJVC prestó a Reficar servicios de consultoría para el desarrollo del Proyecto.⁶⁰

(2) Estructura de Remuneración: [REDACTED]

33. Por la prestación de sus servicios, FPJVC tenía derecho a percibir de Reficar pagos correspondientes a [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]⁶¹

⁶⁰ Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 3 (“Esta disputa surge de un contrato de noviembre de 2009 entre FPJVC y Refinería de Cartagena S.A. . . . para la prestación de servicios con relación a la modernización y expansión de una gran refinería de petróleo de propiedad estatal ubicada en Cartagena, Colombia”), ¶ 4 (“El personal de FPJVC trabajó como consultor bajo la dirección del equipo de gerenciamiento del proyecto de Reficar”), ¶ 29 (“Los Demandantes contrataron con Reficar . . . para la prestación de servicios de gestión de proyectos en relación con la construcción y ampliación de una refinería de petróleo de propiedad colombiana para suministrar combustibles ecológicamente limpios para satisfacer la demanda colombiana”), ¶ 51 (“Reficar . . . celebró el Contrato con FPJVC en noviembre de 2009 para que FPJVC prestara servicios de gerenciamiento de proyecto”), ¶ 54 (“El Contrato originalmente preveía la prestación por parte de FPJVC de servicios de gerenciamiento de proyecto”), ¶ 58 (“El personal de FPJVC actuaba como consultor de la gerencia de Reficar para suplementar y fortalecer el [*project management team*]”) (traducción del inglés; énfasis añadido). [REDACTED]

⁶¹ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[illegible]

67 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

72 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

73 [REDACTED]

74 [REDACTED]

75 [REDACTED]

76 [REDACTED]

[REDACTED]

- [REDACTED]
- [REDACTED]

[REDACTED]

77 [REDACTED]

78 [REDACTED]

79 [REDACTED]

80 [REDACTED]

81 [REDACTED]

82 [REDACTED]

83 [REDACTED]

[REDACTED]

36. Para facilitar la comprensión del Tribunal, a continuación presentamos un diagrama que muestra cómo se calculaba la [REDACTED] de FPJVC.

84 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

37.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].⁸⁷

85

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

86

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

87

[REDACTED]

89

• [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

89 [REDACTED]

- [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

41. FPJVC además recuperaba:

- [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁹⁰

42. Asimismo, FPJVC cobraba [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

⁹⁰ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

43. Finalmente, en virtud del [REDACTED], FPJVC recibía íntegramente los pagos de Reficar [REDACTED]

44. Así, la estructura de la Remuneración prevista en el Contrato de Servicios aseguraba que FPJVC [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁹¹

(3) Facturación y Pago: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

45. La ausencia de riesgo de inversión derivada de la estructura de Remuneración de FPJVC conforme al Contrato de Servicios es aún más sobresaliente cuando se consideran las disposiciones de facturación y pago. Conforme al [REDACTED], FPJVC debía presentar [REDACTED],⁹² y Reficar debía pagar [REDACTED].⁹³ Es decir, [REDACTED]
[REDACTED]

46. Conforme acordaron en el Acuerdo de Empresa Conjunta, Foster Wheeler y Process Consultants [REDACTED]
[REDACTED]⁹⁴

⁹¹ Ver ¶¶ 281-298, *infra*.

⁹² [REDACTED]

⁹³ [REDACTED]

⁹⁴ [REDACTED]

47. En términos generales, cada mes Process Consultants – [REDACTED]

[REDACTED] – , enviaba a Reficar:

- [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]⁹⁹

48. Por su parte, en términos generales, cada mes Foster Wheeler enviaba a Reficar:

- [REDACTED]
[REDACTED]

95 [REDACTED]
[REDACTED]

96 [REDACTED]
[REDACTED]

97 [REDACTED]
[REDACTED]

98 [REDACTED]
[REDACTED]

99 [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]¹⁰²

49. [REDACTED]

[REDACTED]

50. [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

100 [REDACTED]
[REDACTED]

101 [REDACTED]
[REDACTED]

102 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

103 [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

51. Aunado al hecho de que FPJVC recibía [REDACTED]
[REDACTED], FPJVC contaba con [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] La
[REDACTED] del Contrato de Servicios establece:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]¹⁰⁴

52. En suma, basta con analizar las disposiciones del Contrato de Servicios sobre Remuneración, facturación y pago para percatarse que FPJVC no corría ningún riesgo de inversión. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]¹⁰⁵ FPJVC sí corría, como todo prestador de servicios, riesgos puramente comerciales tales como el riesgo de no pago de facturas,¹⁰⁶ riesgo

¹⁰⁴ [REDACTED].

¹⁰⁵ Ver §§ 281-298, *infra*.

¹⁰⁶ Ver §§ 286-289, *infra*. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

que estaba limitado por [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

53. A la fecha de este escrito, FPJVC facturó y Reficar pagó un total de [REDACTED] a FPJVC por concepto de [REDACTED], que corresponden aproximadamente a [REDACTED] de [REDACTED], de los cuales [REDACTED] representaron utilidades netas (FEE) para FPJVC. Adicionalmente, Reficar pagó un total de [REDACTED] a FPJVC por concepto de [REDACTED]

(4) [REDACTED]
[REDACTED]

54. A sabiendas de que fueron percibiendo su Remuneración a lo largo de la ejecución del Contrato de Servicios, los Demandantes no argumentan que han sufrido una privación sustancial de sus derechos bajo dicho contrato ni que Colombia ha expropiado la totalidad de su “inversión” (i.e., el Contrato de Servicios). Por el contrario, arguyen que por la vía del Proceso de Responsabilidad Fiscal, Colombia ha expropiado sus derechos bajo dos disposiciones contractuales específicas: [REDACTED]

[REDACTED]¹⁰⁷

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

¹⁰⁷ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 182, 196-199.

55. [REDACTED]

[REDACTED]¹⁰⁸ No establece un límite máximo de responsabilidad no contractual, ni mucho menos un tope a la responsabilidad fiscal en la que FPJVC podría encontrarse incurso.¹⁰⁹ Es más, el texto mismo de la disposición prevé que el tope de responsabilidad allí previsto no aplica en casos de responsabilidad extracontractual. La [REDACTED] también es expresa en que el límite de responsabilidad de FPJVC es únicamente frente a Reficar. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹⁰⁸ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹⁰⁹ Ver ¶¶ 81, 157, 223, n. 343, *infra*.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

110

56. El reclamo de expropiación de los Demandantes con respecto a la cláusula de [REDACTED] del Contrato de Servicios no tolera el más mínimo examen. [REDACTED]

[REDACTED] El reclamo falla además porque, como lo explicará el Demandado en detalle más adelante, derechos contractuales independientemente considerados no pueden ser sujetos de expropiación.¹¹¹

¹¹⁰ [REDACTED]

¹¹¹ Ver ¶¶ 216-219, *infra*.

(5)

57. El argumento de los Demandantes de que Colombia expropió la [REDACTED] del Contrato de Servicios con el inicio del Proceso de Responsabilidad Fiscal también carece de sentido.¹¹²

58. La cláusula de [REDACTED] del Contrato de Servicios tiene un ámbito personal y material limitado: vincula a FPJVC y a Reficar como partes del Contrato de Servicios, y cubre [REDACTED] Dicha cláusula no vincula a la Contraloría General de la República (“CGR”) ni a ningún otro órgano del Estado Colombiano (y por supuesto no puede impedir que cada uno de esos órganos ejerzan sus competencias constitucionales y legales),¹¹³ y su alcance material no incluye disputas no contractuales relativas a la existencia o no de una responsabilidad de naturaleza fiscal.

59. [REDACTED]

[REDACTED]

¹¹² Ver ¶¶ 221-222, *infra*.

¹¹³ Ver ¶¶ 81, 157, 221-222, n. 343, *infra*.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

114

(6)

[REDACTED]

60.

[REDACTED]

[REDACTED]

¹¹⁴

¹¹⁵ *Id.*, § 29.1.

[REDACTED]

[REDACTED]¹¹⁷

61. [REDACTED]

[REDACTED]¹¹⁸ La versión en inglés presentada por los Demandantes como Ap. C-1 es una mera traducción del original en español. El Demandado aporta al expediente su propia traducción al inglés del Contrato de Servicios.¹¹⁹

(7) Enmiendas del Contrato de Servicios (Otrosíes)

62. FPJVC y Reficar enmendaron los términos del Contrato de Servicios en [REDACTED] oportunidades, a saber:

- [REDACTED]¹²²

¹¹⁶ [REDACTED]

¹¹⁷ Ver ¶¶ 73-74, *infra*.

¹¹⁸ [REDACTED]

¹¹⁹ *Id.* (incluyendo en un mismo apéndice la versión original en español del Contrato de Servicios y la traducción al inglés del Demandado). Para evitar costos de traducción innecesarios, el Demandado está aportando al expediente, junto con cada uno de los Apéndices del Contrato de Servicios, las traducciones al inglés de tales apéndices preparadas por Foster Wheeler y Process Consultants y entregadas a Reficar junto con la oferta. Sin embargo, el Demandado se reserva todos sus derechos con respecto a esas traducciones, incluyendo el derecho a presentar traducciones corregidas.

¹²⁰ [REDACTED]

¹²¹ [REDACTED]

¹²² [REDACTED]

[illegible]

Age	Number of People
123	100
124	95
125	45
126	50
127	60
128	55
129	45
130	50
131	40
132	65
133	90

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]¹⁴³

63. Así, el plazo de ejecución de los servicios por parte que FPJVC, que originalmente se estimaba en [REDACTED]

[REDACTED]¹⁴⁵

64. Tan era claro para FPJVC que podía eventualmente ser sujeto de responsabilidad fiscal que en cada uno de los Otrosíes al Contrato de Servicios se incluye una cláusula final que dice: [REDACTED]

134 [REDACTED]

135 [REDACTED]

136 [REDACTED]

137 [REDACTED]

138 [REDACTED]

139 [REDACTED]

140 [REDACTED]

141 [REDACTED].

142 [REDACTED]

143 [REDACTED]

144 [REDACTED]

145 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]¹⁴⁶

65. Salvo por las [REDACTED] enmiendas descritas anteriormente, FPJVC y Reficar no han suscrito ninguna otra enmienda del Contrato de Servicios.¹⁴⁷

C. El Proyecto Culmina con Retrasos y Sobre costos; la CGR Realiza una Auditoría y Encuentra Irregularidades

66. Como los Demandantes mismos lo admiten, el Proyecto de expansión y modernización de la Refinería de Cartagena culminó con “demoras sustanciales” y “gastos excesivos”.¹⁴⁸

¹⁴⁶ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹⁴⁷ Ninguno de los Otrosíes documenta las supuestas modificaciones al Contrato de Servicios a las que hacen referencia los Demandantes. Ver n. 59, *supra*. Por el contrario, cada uno de los Otrosíes reitera el objeto del Contrato de Servicios. Ver ¶ 25, *supra*.

¹⁴⁸ **Ap. R-39**, Notificación de Intención, ¶ 21. Ver **Ap. R-49**, Contraloría General de la República de Colombia, GRANDES HALLAZGOS: ASÍ DESTAPÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA LOS CASOS MÁS SONOROS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA. DEL CARTEL DE LA HEMOFILIA A LOS ESTRAFALARIOS SOBRECOSTOS DE REFICAR PASANDO POR EL SAQUEO AL PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (Imprenta Nacional 2018) (relatando cómo se desarrolló el Proyecto desde sus inicios, los problemas que surgieron, y cómo en última instancia esos problemas derivaron en las demoras y gastos excesivos que plagaron el Proyecto). Ni las demoras ni los gastos excesivos impactaron la Remuneración de Foster Wheeler y Process Consultants, quienes, como ya indicamos, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] Ver ¶¶ 33-44, *supra*.

67. La Refinería recibió su primera carga de crudo en octubre de 2015, más de dos años después de lo esperado, y luego de más de US\$ 8.000 millones en inversiones por parte de Reficar,¹⁴⁹ más del doble de lo originalmente presupuestado.¹⁵⁰

68. El 24 de diciembre de 2015, el Contralor General de la República (el “Contralor General”), en desarrollo de sus facultades constitucionales y legales,¹⁵¹ ordenó al Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía realizar una actuación especial de fiscalización al Proyecto.¹⁵²

69. En su informe final de noviembre de 2016, el equipo liderado por el Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía e integrado por 28 auditores¹⁵³ relata que, tras revisar una muestra representativa de los contratos ejecutados para el desarrollo del Proyecto,¹⁵⁴ “encontró deficiencias en la ingeniería, en la compra de materiales y suministros, en la ejecución de los contratos de obra, . . . desembolsos a

¹⁴⁹ Ver **Ap. R-49**, Contraloría General de la República de Colombia, GRANDES HALLAZGOS: ASÍ DESTAPÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA LOS CASOS MÁS SONOROS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA. DEL CARTEL DE LA HEMOFILIA A LOS ESTRAFALARIOS SOBRECOSTOS DE REFICAR PASANDO POR EL SAQUEO AL PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (Imprenta Nacional 2018), pp. 46, 48.

¹⁵⁰ Ver Notificación de Arbitraje, ¶¶ 52-53. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 71.
[REDACTED]

¹⁵¹ Ver ¶¶ 73-75, n. 182, *infra*.

¹⁵² **Ap. R-37**, Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, Informe final de la actuación especial, noviembre de 2016, p. 9 (la actuación especial tenía como objetivo “con el objeto de evaluar selectivamente la adquisición de bienes y servicios realizados directamente por Reficar o a través de los contratos suscritos con CB&I y . . . FPJVC . . . mediante el examen de la eficiencia, consistencia de la información y legalidad de la contratación, verificando los términos de cantidad y calidad de las obras ejecutadas”).

¹⁵³ Ver **Ap. R-49**, Contraloría General de la República de Colombia, GRANDES HALLAZGOS: ASÍ DESTAPÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA LOS CASOS MÁS SONOROS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA. DEL CARTEL DE LA HEMOFILIA A LOS ESTRAFALARIOS SOBRECOSTOS DE REFICAR PASANDO POR EL SAQUEO AL PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (Imprenta Nacional 2018), p. 46.

¹⁵⁴ **Ap. R-37**, Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, Informe final de la actuación especial, noviembre de 2016, pp. 10-12, 144-145.

una tarifa superior a la pactada”,¹⁵⁵ entre otras deficiencias. Encontró también que la modalidad de costos reembolsables del Contrato EPC había derivado en irregularidades porque “con la simple manifestación del contratista – muchas veces sin soportes –, se iba reembolsando cualquier costo generado, fuera esté (sic) justificado o no”.¹⁵⁶

70. El informe final de la actuación especial estableció 36 “hallazgos” (es decir, hechos irregulares relevantes que surgen de comparar la realidad de una situación con el deber ser),¹⁵⁷ 35 de ellos con presunta connotación fiscal, y concluyó que “en desarrollo del proyecto de ampliación y modernización de la Refinería de Cartagena no se cumplieron los principios de economía, eficacia y eficiencia”.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Id.*, p. 151.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 152.

¹⁵⁷ Ver **Ap. R-50**, Contraloría General de la República, Portal de Internet, Glosario (definiendo “hallazgo de auditoría”).

¹⁵⁸ **Ap. R-37**, Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, Informe final de la actuación especial, noviembre de 2016, p. 155. Ver **Ap. R-49**, Contraloría General de la República de Colombia, GRANDES HALLAZGOS: ASÍ DESTAPÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA LOS CASOS MÁS SONOROS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA. DEL CARTEL DE LA HEMOFILIA A LOS ESTRAFALARIOS SOBRECOSTOS DE REFCAR PASANDO POR EL SAQUEO AL PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (Imprenta Nacional 2018), pp. 50-52 (relatando algunos ejemplos de las irregularidades encontradas por la CGR en el Proyecto, incluyendo: (i) “el ente fiscalizador detectó que alrededor de 1.500 millones de dólares girados no aparecían en la contabilidad, al punto de que se aceptó como una pérdida en los activos por 3,5 billones de pesos”; (ii) “Otro ejemplo que ilustra la inadecuada planeación fue un contrato con la multinacional Mammoet Mamut por [COP\$] 95.000 millones de pesos para el suministro de 70 grúas. El detalle complicado era que para 56 de esos equipos solo se disponía de un operario certificado. Y lo peor fue que tras las adiciones, este contrato terminó con un valor de [COP\$] 400.000 millones de pesos. En un momento dado, en la obra había más de 176 grúas que se convirtieron en un gran estorbo a la hora de realizar las labores”; (iii) “Otra de las mayores venas rotas fue la mano de obra y el desfase de los cálculos de la contratista CB&I, a la que Reficar le autorizó contratar 2.256.555 horas de trabajo y le dio un margen de exceso del 10%. Pero se excedió en 2.341.763 horas, es decir se excedió en más del 100%, en total casi 5 millones de horas de personal. En los presupuestos iniciales la mano de obra tenía un valor estimado de [US\$] 1.500 millones de dólares pero terminó costando tres veces más –[US\$] 4.653 millones de dólares-”; (iv) “la Contraloría detectó que algunas obras se hacían de día y después se deshacían con el fin de prolongar la terminación del proyecto y seguir devengando”; (v) “Del exterior llegaron 50 barcos, de 50.000 toneladas cada uno, con material para la refinería. Sobre los pagos realizados no hay claridad total porque no se sabe cómo se pagó ni a dónde fueron a parar los recursos”).

D. Breve Resumen del Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia

71. A fin de dar contexto a las reclamaciones de los Demandantes en el presente Arbitraje, en esta sección discutiremos brevemente las normas colombianas que sustentan el control fiscal y que rigen el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal que lleva a cabo la CGR.

72. Como podrá comprobar el Tribunal, debido al carácter altamente reglado del proceso de responsabilidad fiscal y a la existencia de diferentes etapas que buscan asegurar que las decisiones se tomen conforme a derecho y con respeto al debido proceso de los investigados, un fallo que declare que existe responsabilidad fiscal puede ser recurrido en sede administrativa, está luego sujeto a un control judicial y no tiene impacto patrimonial sobre los responsables fiscales hasta que haya un pago voluntario o forzoso – como resultado de un largo procedimiento de cobro coactivo (si es que tiene impacto patrimonial, pues puede no tenerlo).

(1) Noción de Control Fiscal y Régimen Constitucional y Legal Aplicable a los Procesos de Responsabilidad Fiscal

73. El proceso de responsabilidad fiscal tiene fundamento constitucional. Los Artículos 267 a 274 de la Constitución de Colombia facultan a la CGR para ejercer vigilancia y “control fiscal” sobre las entidades de la administración pública y los particulares que gestionan fondos o bienes públicos.¹⁵⁹ El control fiscal es una función pública esencial que propende por el uso eficiente, diligente, eficaz y transparente de los

¹⁵⁹ **Ap. RL-5**, Constitución Política de la República de Colombia, previa al Acto Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019 (“Constitución Previa”), Artículos 267-274; **Ap. RL-6**, Constitución Política de la República de Colombia, posterior al Acto Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019 (“Constitución Actual”), Artículos 267-274.

recursos públicos y por la protección del patrimonio los colombianos.¹⁶⁰ La Constitución le otorga al Contralor General la competencia para determinar la responsabilidad derivada de la mala gestión fiscal y cobrar el monto que corresponda mediante su ejecución coactiva, competencias que la CGR ejerce mediante el trámite de procesos de responsabilidad fiscal.¹⁶¹

74. El proceso de responsabilidad fiscal está regulado por las Leyes 610 de 2000¹⁶² y 1474 de 2011,¹⁶³ que establecen un modelo de control fiscal posterior (que se ejerce luego de la ejecución de los recursos públicos) y selectivo (que se basa en la elección de una muestra representativa de recursos, cuentas, operaciones o actividades).

75. El 18 de septiembre de 2019, el Congreso de Colombia promulgó el Acto Legislativo 4 de 2019, reformando el régimen constitucional de control fiscal (el “Acto Legislativo No. 4”).¹⁶⁴ En términos generales, el Acto Legislativo 4 introdujo un nuevo modelo de control fiscal preventivo (previo a la ocurrencia de un posible daño fiscal) y concomitante (simultáneo a la ejecución de los recursos públicos), como complemento

¹⁶⁰ Ver **Ap. RL-7**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-557, 20 de agosto de 2009, p. 30 (“[el control fiscal] tiene como fin la protección del patrimonio público, la transparencia en todas las operaciones relacionadas con el manejo y utilización de los bienes y recursos públicos, y la eficiencia y eficacia de la administración en el cumplimiento de los fines del Estado. Estas medidas se enmarcan en la concepción del Estado social de derecho, fundado en la prevalencia del interés general, y propenden por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado”).

¹⁶¹ **Ap. RL-5**, Constitución Previa, Artículo 268(5); **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 268(5). Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 145.

¹⁶² **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, previa a las modificaciones del Decreto Ley 403 de 2020 (“Ley 610 de 2000 Previa”).

¹⁶³ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, previa a las modificaciones del Decreto Ley 403 de 2020 (“Ley 1474 de 2011 Previa”).

¹⁶⁴ Ver **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículos 267-274.

al modelo de control fiscal posterior y selectivo que ha existido desde la Constitución de 1991.¹⁶⁵ El Decreto Ley 403 de 2020, que implementa el Acto Legislativo 4, modificó, entre otras cosas, varias disposiciones relativas al proceso de responsabilidad fiscal,¹⁶⁶ mientras que la Ley 2080 de 2021 reformó ciertas disposiciones del procedimiento administrativo y del procedimiento contencioso administrativo.¹⁶⁷

76. El Proceso de Responsabilidad Fiscal que vincula a Foster Wheeler y Process Consultants se ha tramitado y sustanciado conforme las disposiciones procesales y sustantivas contenidas en las Leyes 610 de 2000 y 1474 de 2011 en sus versiones previas a la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 4 y normas que lo implementan.¹⁶⁸

(2) Naturaleza y Características del Proceso de Responsabilidad Fiscal

77. El proceso de responsabilidad es el conjunto de actuaciones que lleva a cabo la CGR con el fin de determinar la responsabilidad de los servidores públicos y de

¹⁶⁵ *Id.*, Artículo 267.

¹⁶⁶ Ver **Ap. RL-10**, Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, posterior a las modificaciones del Decreto Ley 403 de 2020 (“Ley 610 de 2000 Actual”); **Ap. RL-11**, Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, posterior a las modificaciones del Decreto Ley 403 de 2020 (“Ley 1474 de 2011 Actual”).

¹⁶⁷ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 – y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción (“Ley 2080 de 2021”).

¹⁶⁸ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa; **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa. Sin embargo, según se explica en mayor detalle más abajo, ciertas disposiciones del Decreto 403 de 2020 y de la Ley 2080 de 2021 regirán el Proceso de Responsabilidad Fiscal de ahora en adelante (ver **Ap. RL-10**, Ley 610 de 2000 Actual; **Ap. RL-11**, Ley 1474 de 2011 Actual; **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021; ¶¶ 109-121, *infra*), es decir, con posterioridad a la emisión del Fallo con Responsabilidad Fiscal (según dicho término se define más abajo).

los particulares por el mal manejo de los recursos públicos a su cargo.¹⁶⁹ El Artículo 1 de la Ley 610 de 2000 dispone:

El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.¹⁷⁰

78. En virtud de la disposición antes citada, para encontrar que un servidor público o particular es responsable fiscalmente es necesario que su conducta, dolosa o gravemente culposa, se haya cometido en ejercicio de una gestión fiscal o con ocasión de una gestión fiscal.

¹⁶⁹ La posibilidad de que los particulares sean sujetos de un proceso de responsabilidad fiscal se desprende de la Constitución misma. **Ap. RL-5**, Constitución Previa, Artículo 267. En múltiples oportunidades, la Corte Constitucional ha reiterado la procedencia del proceso de responsabilidad fiscal respecto de entidades o personas privadas. *Ver por ejemplo* **Ap. RL-13**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Tutela No. T-1012, 16 de octubre de 2008, p. 16 (“[R]especto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido enfática en sostener no sólo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia los recursos públicos”). (énfasis añadido); **Ap. RL-14**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-167, 20 de abril de 1995, p. 15, (“[El artículo 267 de la Constitución] delimita el rango de acción de la función fiscalizadora o controladora al otorgarle a la Contraloría las prerrogativas de vigilar la gestión fiscal de la administración, entendiéndose este vocablo en su más amplia acepción, es decir referido tanto a las tres ramas del poder público como cualquier entidad de derecho público, y, a los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, que garanticen al Estado la conservación y adecuado rendimiento de los bienes e ingresos de la Nación; así pues donde quiera que haya bienes o ingresos públicos, deberá estar presente en la fiscalización el ente superior de control”).

¹⁷⁰ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 1. *Ver* **Ap. RL-15**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-619, 8 de agosto de 2002, pp. 15-16 (definiendo el proceso de responsabilidad fiscal como “el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que, con la observancia plena de las garantías propias del debido proceso, le compete adelantar a las contralorías a fin de determinar la responsabilidad que les asiste a los servidores públicos y a los particulares, por la mala administración o manejo de los dineros o bienes públicos a su cargo. A través del mencionado proceso, se persigue pues una declaración jurídica mediante la cual se defina que un determinado servidor público, ex-servidor o particular, debe responder patrimonialmente por la conducta dolosa o culposa en la realización de su gestión fiscal”).; **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 4.

79. Desde sentencia del año 2001, la Corte Constitucional de Colombia (la “Corte Constitucional”) aclaró el sentido de la expresión “con ocasión de ésta”, indicando que pueden ser sujetos de responsabilidad fiscal aquellos que, a pesar de no gestionar recursos públicos directamente, tengan una “relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal”.¹⁷¹ Así, el proceso de responsabilidad fiscal puede recaer no solo sobre quienes ejerzan gestión fiscal de forma directa (*i.e.*, gestión fiscal directa), sino también sobre quienes contribuyan al daño patrimonial mediante una conducta que tenga una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal (*i.e.*, gestión fiscal indirecta). Ese es justamente el sentido del Artículo 6 de la Ley 610 de 2000 cuando dispone que el daño patrimonial podrá ocasionarse por quienes, con culpa grave o dolo, “produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público”.¹⁷²

80. El Artículo 3 de la Ley 610 de 2000 define “gestión fiscal” como el conjunto de actividades que realizan los servidores públicos y los particulares que manejan o administran recursos públicos, tendientes a la adquisición, administración y disposición

¹⁷¹ **Ap. RL-16**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-840, 9 de agosto de 2001, pp. 22-23 (“El sentido unitario de la expresión o con ocasión de ésta sólo se justifica en la medida en que los actos que la materialicen comporten una relación de conexidad próxima y necesaria para con el desarrollo de la gestión fiscal. Por lo tanto, en cada caso se impone examinar si la respectiva conducta guarda alguna relación para con la noción específica de gestión fiscal, bajo la comprensión de que ésta tiene una entidad material y jurídica propia que se desenvuelve mediante planes de acción, programas, actos de recaudo, administración, inversión, disposición y gasto, entre otros, con miras a cumplir las funciones constitucionales y legales que en sus respectivos ámbitos convocan la atención de los servidores públicos y los particulares responsables del manejo de fondos o bienes del Estado”). (énfasis omitido). Los Demandantes conocen perfectamente bien la sentencia C-840 de 2001, pues la citan en su Notificación de Arbitraje. Notificación de Arbitraje, ¶ 78.

¹⁷² **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 6 (énfasis añadido). Ver **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 119 (“En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial”). (énfasis añadido).

de bienes públicos y a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas, en pro del cumplimiento de los fines esenciales del Estado.¹⁷³ La gravedad de una indebida gestión fiscal se debe justamente a que resulta en la frustración de los fines públicos.¹⁷⁴

81. Así, el proceso de responsabilidad fiscal busca el resarcimiento de los daños al patrimonio público causados por una inadecuada gestión fiscal.¹⁷⁵ Se trata de un procedimiento resarcitorio, y no sancionatorio; por eso la responsabilidad fiscal es independiente y autónoma de la responsabilidad disciplinaria o penal que puede derivarse por los mismos hechos.¹⁷⁶ En el caso de los particulares, también es independiente y autónoma de la responsabilidad contractual que pudiere derivarse del incumplimiento de obligaciones previstas en un contrato.¹⁷⁷ De esa independencia y

¹⁷³ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 3. Ver **Ap. RL-16**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-840, 9 de agosto de 2001, p. 18 (precisando que la gestión fiscal es el elemento vinculante y determinante de la responsabilidad fiscal tanto en el caso de los servidores públicos como de los particulares: “[L]a esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata”), pp. 27-28 (“[L]a responsabilidad fiscal únicamente se puede pregonar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición . . . Es decir, la gestión fiscal está ligada siempre a unos bienes o fondos estatales inequívocamente estipulados bajo la titularidad administrativa o dispositiva de un servidor público o de un particular, concretamente identificados”).

¹⁷⁴ Ver **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 6.

¹⁷⁵ *Id.*, Artículo 4.

¹⁷⁶ **Ap. RL-17**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Unificación No. SU-620, 13 de noviembre de 1996, p. 12; **Ap. RL-15**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-619, 8 de agosto de 2002, pp. 16-17; **Ap. RL-18**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela No. T-151, 20 de marzo de 2013, p. 14; **Ap. RL-19**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 7 de febrero de 2008 (Carlos Alberto Sánchez Rincón c. Contraloría General de la República – Seccional Boyacá), p. 14. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 140.

¹⁷⁷ **Ap. RL-20**, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (“*Glencore I*”), ¶ 1083, (confirmando lo que es suficientemente claro en el ordenamiento jurídico colombiano: que la responsabilidad fiscal puede determinarse sin que exista ninguna declaración de incumplimiento contractual: “[L]a responsabilidad fiscal no requiere la violación de ninguna norma, el incumplimiento de ningún compromiso contractual ni ninguna ilegalidad que afecte al contrato. Procede siempre que un servidor público o un particular incurra en una conducta dolosa o culposa (por ejemplo, al negociar, ejecutar o suscribir un contrato), y dicho comportamiento causa un daño al Estado.”); ¶ 1392 (reiterando el punto anterior). Ver también **Ap. RL-21**, Consejo de Estado de

autonomía se desprende la inoponibilidad de cláusulas contractuales, tales como [REDACTED] en proceso de responsabilidad fiscal.¹⁷⁸

82. El proceso de responsabilidad fiscal es además un procedimiento administrativo,¹⁷⁹ y no judicial. Así lo ha indicado en repetidas ocasiones la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁸⁰ y del Consejo de Estado, el más alto tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia (el “Consejo de Estado”).¹⁸¹ La naturaleza

Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 4 de junio de 2015 (Pedro Simón Vargas Sáenz c. Contraloría General de la República), pp. 17-19 (puntualizando que, independientemente de si el régimen de contratación aplicable a una empresa estatal es el régimen privado, si dentro de su capital hay recursos estatales le corresponde a la CGR ejercer control fiscal sobre esos recursos y sobre los contratistas externos de dicha entidad: “[A] pesar de que la Empresa de Energía de Boyacá era una entidad estatal que se sometía al régimen privado en relación con sus actos, contratos y relaciones laborales, su capital era en un 99% estatal y por lo tanto correspondía a la Contraloría ejercer su deber de control fiscal respecto de dichos recursos públicos . . . [El contratista] tenía la obligación de adelantar todas las acciones para recuperar las sumas de dinero adeudados por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Tunja por consumo de energía, con el recaudo efectivo de los dineros del Estado, por lo que podría llegar a ser sujeto de acción fiscal”).

¹⁷⁸ Ver **Ap. RL-22**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 18 de marzo de 2010 (Compañía de Seguros Liberty de Seguros S.A. c. Contraloría General de la República), p. 14 (“Al respecto, baste decir que la cláusula [de exclusión de responsabilidad] deviene en inocua, por cuanto la norma en comento es de orden público, debido a que regula el ejercicio de una función pública, como es la del control fiscal, según lo establece el artículo 267 de la Constitución Política”). (énfasis añadido). Ver ¶¶ 221-223, *infra*.

¹⁷⁹ El procedimiento administrativo es el “el modo de producción de los actos administrativos”. **Ap. RL-23**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-640, 13 de agosto de 2002, p. 12. Ver **Ap. RL-24**, Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (“Código Administrativo”), Artículo 34 (estableciendo el procedimiento administrativo común y general). El procedimiento administrativo debe distinguirse del proceso contencioso administrativo, que es un proceso de carácter litigioso que se lleva a cabo ante una jurisdicción especial – la jurisdicción contencioso administrativa –, instituida para conocer “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. *Id.*, Artículo 104.

¹⁸⁰ Ver por ejemplo **Ap. RL-17**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Unificación No. SU-620, 13 de noviembre de 1996, p. 11; **Ap. RL-15**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-619, 8 de agosto de 2002, p. 16; **Ap. RL-18**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Tutela No. T-151, 20 de marzo de 2013, p. 14.

¹⁸¹ Ver por ejemplo **Ap. RL-19**, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 7 de febrero de 2008 (Carlos Alberto Sánchez Rincón c. Contraloría General de la República – Seccional Boyacá), p. 14.

administrativa del proceso de responsabilidad fiscal implica que (i) la CGR, una autoridad administrativa, es quien lo tramita,¹⁸² (ii) que la decisión final o fallo de la CGR es un acto administrativo sujeto a control de la jurisdicción contencioso administrativa, y (iii) que en lo no regulado específicamente por la Ley 610 de 2000, aplican las disposiciones generales del procedimiento administrativo.¹⁸³

83. Aun tratándose de un procedimiento administrativo, el proceso de responsabilidad fiscal está orientado por el principio del debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución.¹⁸⁴ Conforme a la Corte Constitucional, de ello se desprende que deben observarse

las . . . garantías sustanciales y procesales [de] legalidad, juez natural o legal (autoridad administrativa competente), favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, (derecho a ser oído y a intervenir en el proceso, directamente o a través de abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las autoridades con violación del debido proceso, y a interponer recursos contra la decisión condenatoria), debido proceso público sin dilaciones

¹⁸² De conformidad con el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, la Contraloría tiene la competencia para llevar a cabo “todas las diligencias necesarias que conduzcan a la determinación de conductas que generen daño al patrimonio público”, incluyendo las siguientes facultades: “(a) adelantar las investigaciones que estim[e] convenientes para establecer la ocurrencia de hechos generadores de daño patrimonial al Estado originados en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficaz, ineficiente, e inoportuna y que en términos generales no se aplique al cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado; (b) citar o requerir a los servidores públicos, contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación; (c) exigir a los contratistas, interventores y en general a las personas que hayan participado, determinado, coadyuvado, colaborado o hayan conocido los hechos objeto de investigación, la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros registrados; y (d) ordenar a los contratistas, interventores y proveedores la exhibición y de los libros, comprobantes y documentos de contabilidad”. Ver **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 114.

¹⁸³ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 66. Ver **Ap. RL-24**, Código Administrativo.

¹⁸⁴ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 2 (“En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo”).

injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.¹⁸⁵

(3) Elementos de la Responsabilidad Fiscal y Solidaridad de los Responsables Fiscales

84. De conformidad con la Ley 610 de 2000, son cuatro los elementos de la responsabilidad fiscal:¹⁸⁶ (1) una conducta, por acción u omisión, realizada en ejercicio o con ocasión de una gestión fiscal;¹⁸⁷ (2) el dolo o culpa grave del servidor público o particular que realiza dicha conducta;¹⁸⁸ (3) un daño patrimonial al Estado;¹⁸⁹ y (4) un nexo causal entre la conducta dolosa o gravemente culposa y el daño patrimonial.¹⁹⁰

85. Conforme al Artículo 118 de la Ley 1474 de 2011, se presume la existencia de dolo cuando el servidor público o particular ha sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por los mismos hechos, y la culpa grave, entre otras circunstancias, cuando exista una omisión en el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como revisiones periódicas de obras, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta

¹⁸⁵ **Ap. RL-17**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Unificación No. SU-620, 13 de noviembre de 1996, p. 12. Ver **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 22 (indicando que la CGR debe basar todas sus providencias en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso), Artículo 32 (previendo que los investigados tienen derecho a contradecir las pruebas), Artículo 42 (señalando que los investigados gozan de un derecho de defensa a lo largo del proceso), Artículo 26 (indicando que la CGR debe apreciar las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la persuasión racional), Artículo 23 (previendo un fallo con responsabilidad fiscal solo procederá cuando exista certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado).

¹⁸⁶ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículos 1, 5.

¹⁸⁷ *Id.*, Artículo 1 (énfasis añadido). Ver ¶¶ 78-79, *supra*; **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 6.

¹⁸⁸ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 5; **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 118.

¹⁸⁹ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 6.

¹⁹⁰ *Id.*, Artículo 5. Ver **Ap. RL-25**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-Descongestión, Sentencia, 22 de febrero de 2018 (La Previsora S.A. Compañía de Seguros c. Contraloría Departamental del Atlántico), pp. 13-14.

ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas.¹⁹¹

86. Según el Consejo de Estado, en materia de responsabilidad fiscal la culpa grave se materializa cuando el servidor público o particular “no maneja los negocios ajenos, entendidos como los públicos, con la suficiente diligencia con la que incluso las personas negligentes atenderían los propios”.¹⁹²

87. En cuanto al daño patrimonial, la Ley 610 de 2000 lo define como “la lesión del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado”.¹⁹³ Según la Corte Constitucional, con esta definición amplia de “daño patrimonial” el ordenamiento jurídico colombiano busca conseguir una completa protección del patrimonio público.¹⁹⁴

88. Todos aquellos que concurren en una conducta dolosa o gravemente culposa que cause un daño patrimonial, sean servidores públicos o particulares, responden solidariamente por la reparación de ese daño.¹⁹⁵

¹⁹¹ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 118.

¹⁹² **Ap. RL-26**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta-Descongestión, Sentencia, 1 de marzo de 2018 (Julián Sepulveda García c. Municipio de Santiago de Cali -Contraloría General de Cali), p. 20.

¹⁹³ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 6. Ver **Ap. RL-27**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-340, 9 de mayo de 2007, pp. 12-13 (explicando que los “intereses patrimoniales del Estado” comprenden todos los bienes, recursos y derechos susceptibles de valoración económica cuya titularidad corresponda a una entidad pública).

¹⁹⁴ **Ap. RL-27**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-340, 9 de mayo de 2007, p. 13.

¹⁹⁵ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 119 (“En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurren al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial”).

(4) El Trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal

89. En términos generales, el proceso de responsabilidad fiscal consta de cinco etapas: (a) la indagación preliminar, (b) la etapa de apertura, (c) la etapa de imputación, (d) la etapa de fallo y de interposición de recursos administrativos, y, en el caso de fallos con responsabilidad fiscal, (e) la etapa de control judicial, y (f) la etapa de cobro coactivo.

a. Indagación Preliminar

90. Conforme al Artículo 8 de la Ley 610 de 2000, el proceso de responsabilidad fiscal puede iniciarse de oficio – como consecuencia del ejercicio del control fiscal –, por solicitud de una entidad vigilada, o por denuncias o quejas presentadas por la ciudadanía.¹⁹⁶

91. El proceso inicia con la etapa de indagación preliminar, que tiene por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él.¹⁹⁷

92. Aunque no es parte formal del proceso de responsabilidad fiscal, la indagación preliminar contribuye a la determinación de los elementos necesarios para la apertura formal del proceso.¹⁹⁸

(énfasis añadido). Ver **Ap. RL-28**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-338, 4 de junio de 2014, p. 23; **Ap. RL-29**, Ley 57 de 1887, Código Civil de la República de Colombia, Artículo 2344.

¹⁹⁶ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 8.

¹⁹⁷ *Id.*, Artículo 39.

¹⁹⁸ **Ap. RL-16**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-840, 9 de agosto de 2001, p. 21.

93. La indagación preliminar puede ordenarse por un término máximo de seis (6) meses. Cumplido dicho término, la CGR debe decidir si archiva las diligencias¹⁹⁹ o si da apertura formal al proceso de responsabilidad fiscal.²⁰⁰

b. Etapa de Apertura

94. Según el Artículo 40 de la Ley 610 de 2000, la apertura del proceso de responsabilidad fiscal se ordena cuando se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado y haya serios indicios sobre los posibles autores del mismo.²⁰¹

95. El auto de apertura debe contener²⁰² (i) la competencia del funcionario de conocimiento; (ii) los fundamentos de hecho y de derecho; (iii) la identificación de la entidad estatal afectada y de los presuntos responsables fiscales; (iv) la determinación del daño patrimonial al Estado y una estimación de su cuantía; (v) el decreto de pruebas; (vi) el decreto de medidas cautelares a que hubiere lugar; (vii) la solicitud de información a las entidades sobre los servidores públicos implicados; y (viii) una orden de notificación personal a los presuntos responsables, a fin de garantizar su derecho de defensa y contradicción.²⁰³

¹⁹⁹ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 16 (estableciendo que el archivo del expediente procede en cualquier momento de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, cuando: (i) haya operado la caducidad o prescripción; (ii) esté demostrado que el hecho no existió, no constituyó un daño al patrimonio público, o no implicaba el ejercicio de gestión fiscal; (iii) se acredite una causal eximente de responsabilidad fiscal; o (iv) se demuestre que el daño investigado ha sido resarcido totalmente); *Id.*, Artículo 17 (indicando que procede la reapertura cuando se encuentren nuevas pruebas que acrediten la existencia de un daño patrimonial al Estado o la responsabilidad del gestor fiscal, o se demuestre que la decisión de archivo se basó en una prueba falsa).

²⁰⁰ *Id.*, Artículo 39.

²⁰¹ *Id.*, Artículo 40.

²⁰² *Id.*, Artículo 41.

²⁰³ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 106.

96. Además de los presuntos responsables fiscales, mediante la comunicación del auto de apertura pueden vincularse al proceso a compañías aseguradoras como terceros civilmente responsables.²⁰⁴

97. Los presuntos responsables fiscales tienen derecho a rendir una exposición libre y espontánea,²⁰⁵ así como solicitar y aportar pruebas al proceso.²⁰⁶ Por su parte, la CGR tiene facultad para decretar medidas cautelares sobre los bienes de los presuntos responsables fiscales.²⁰⁷

98. El término de la etapa de apertura es de tres (3) meses, prorrogables mediante un auto motivado por dos (2) meses más.²⁰⁸ Vencido este término, la CGR deberá decidir si archiva el proceso²⁰⁹ o emite un auto de imputación de responsabilidad fiscal.²¹⁰

c. Etapa de Imputación

99. Cuando de la etapa de apertura surja que el daño patrimonial al Estado está objetivamente demostrado y existan testimonios, indicios graves, peritajes o

²⁰⁴ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 44.

²⁰⁵ Ver **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 42 (indicando que no puede dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente en una exposición libre y espontánea o no está representado por un defensor de oficio en caso de no comparecer o no haber sido localizado.).

²⁰⁶ *Id.*, Artículo 24.

²⁰⁷ *Id.*, Artículo 12. Esta disposición también señala que, en caso de emitirse un fallo con responsabilidad fiscal, las medidas cautelares decretadas se extienden y tienen vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo. Además, en caso de proferirse un auto de archivo o un fallo sin responsabilidad fiscal, la CGR debe ordenar el desembargo de los bienes.

²⁰⁸ *Id.*, Artículo 45.

²⁰⁹ *Id.*, Artículo 47 (indicando que el archivo del expediente en la etapa de apertura en caso de comprobarse que: (i) el hecho no existió, no constituyó un detrimento patrimonial o no comportaba el ejercicio de gestión fiscal; (ii) el perjuicio fue resarcido plenamente; (iii) operó una causal excluyente de responsabilidad; u (iv) operó la caducidad o prescripción.).

²¹⁰ *Id.*, Artículo 46.

cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados, la CGR procede entonces a imputar responsabilidad fiscal mediante la emisión de un auto de imputación.²¹¹ Un auto de imputación es un acto administrativo de mero trámite,²¹² que no define ninguna situación jurídica, por lo que no está sujeto a recursos.²¹³

100. El auto de imputación de responsabilidad fiscal debe incluir (i) la identificación plena de los presuntos responsables y de la entidad afectada; (ii) la identificación de la aseguradora, así como el número de la póliza y del valor asegurado (si la hay); (iii) la indicación y valoración de las pruebas practicadas hasta el auto de imputación; (iv) la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal; y (v) la determinación de la cuantía del daño patrimonial al Estado.²¹⁴

101. Conforme al Artículo 50 de la Ley 610 de 2010, los presuntos responsables fiscales disponen de un término de diez (10) días a partir del día siguiente a la notificación del auto de imputación para presentar sus argumentos de defensa y solicitar o aportar las pruebas que quieran hacer valer en el proceso.²¹⁵ Dicho término de traslado fijado por la ley es de igual duración para todos los imputados fiscales, independientemente de la cuantía del proceso de responsabilidad fiscal y de la extensión del auto de imputación de que se trate.

²¹¹ *Id.*, Artículo 48.

²¹² **Ap. RL-30**, Contraloría General de la República de Colombia, Resolución Orgánica No. ORG-6541-2012, 18 de abril de 2012, Artículo 27.

²¹³ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 75 (indicando que contra los actos administrativos de trámite no proceden recursos).

²¹⁴ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 48.

²¹⁵ *Id.*, Artículo 50.

102. Vencido el término del traslado antes indicado, la CGR tiene un plazo de treinta (30) días para decretar pruebas²¹⁶ y de máximo dos (2) años para practicarlas.²¹⁷

d. Fallo con Responsabilidad Fiscal y Recursos Administrativos

103. Practicadas las pruebas a las que hubiere lugar, la CGR debe emitir una decisión de fondo, o fallo, sobre si existe o no responsabilidad fiscal.²¹⁸

104. Hay lugar a un fallo con responsabilidad fiscal cuando en el proceso se encuentren probados con certeza los elementos de la responsabilidad fiscal, a saber: la conducta dolosa o gravemente culposa de servidor público o particular realizada en ejercicio o con ocasión de una gestión fiscal, un daño al patrimonio público y su cuantía, y la relación de causalidad entre la conducta y el daño ocasionado.²¹⁹

105. En los procesos de responsabilidad de doble instancia,²²⁰ contra un fallo con responsabilidad proceden los recursos administrativos de reposición y apelación que, conforme a la ley, deben presentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del fallo con responsabilidad.²²¹

²¹⁶ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 50. Contra el auto que decreta o rechaza pruebas, proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deben presentarse en un término de cinco (5) días desde la notificación de dicho auto. **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículos 24 y 51.

²¹⁷ **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 107.

²¹⁸ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 52.

²¹⁹ *Id.*, Artículo 53. Por el contrario, procede emitir un fallo sin responsabilidad cuando: (i) en el proceso se desvirtúen las imputaciones formuladas en el auto de imputación o (ii) no exista prueba que conduzca a la certeza de uno o varios de los elementos que estructuran la responsabilidad fiscal. *Id.*, Artículo 54.

²²⁰ El proceso de responsabilidad fiscal es de única instancia cuando la cuantía del presunto daño patrimonial sea igual o inferior a la menor cuantía para contratación de la entidad afectada y de doble instancia si la cuantía del presunto daño patrimonial supera la menor cuantía para contratación de la entidad afectada. **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 110.

²²¹ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 56; **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 74.

106. El órgano competente para resolver de los recursos de apelación contra fallos con responsabilidad es la sala fiscal y sancionatoria de la CGR, quien tiene un plazo de veinte (20) días hábiles para resolver el recurso.²²² Cuando no se interpongan recursos contra el fallo con responsabilidad o se renuncie a ellos, o cuando los recursos interpuestos se hayan resuelto, el fallo con responsabilidad quedará “ejecutoriado” o “en firme”.²²³

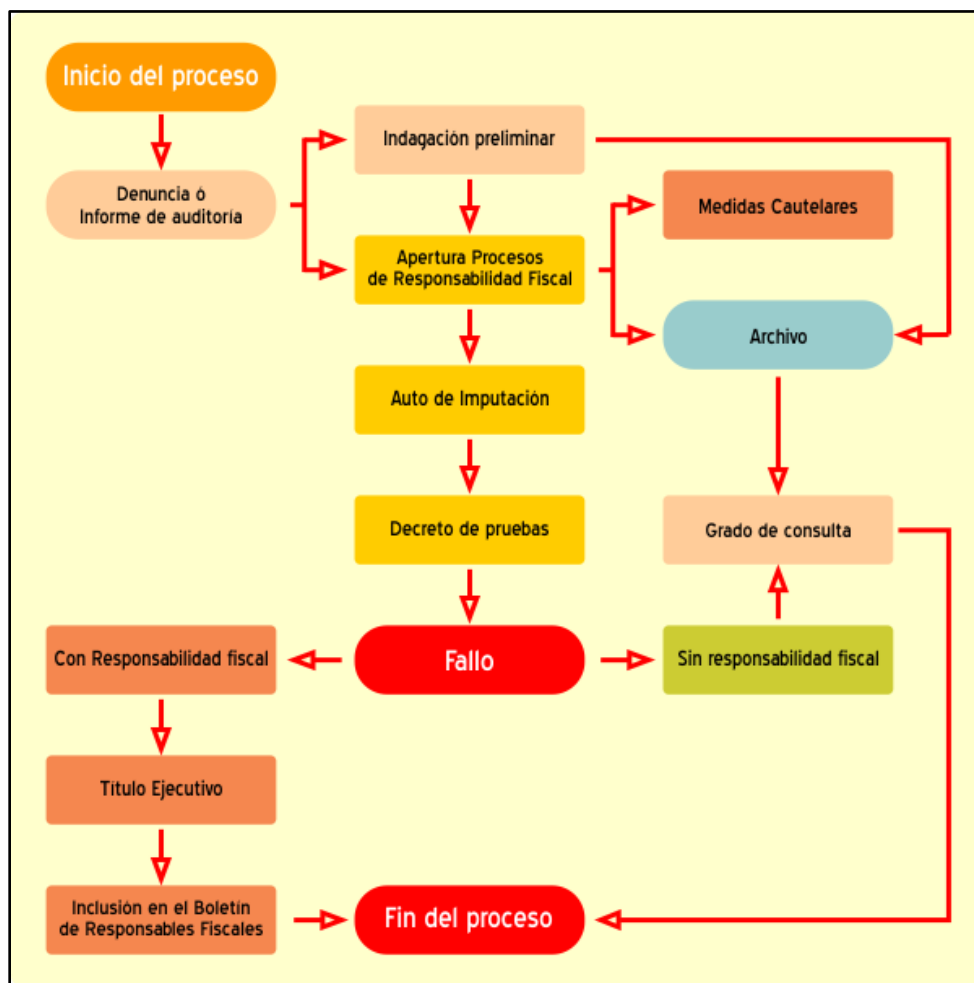
107. El siguiente diagrama, obtenido del portal de Internet de la CGR, muestra las diferentes etapas del proceso de responsabilidad fiscal descritas anteriormente:²²⁴

²²² **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 57 (además, esta norma dispone que el funcionario de segunda instancia puede decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles). **Ap. RL-31**, Decreto Ley 405 de 2020, por el cual se modifica la estructura orgánica y funcional de la Contraloría General de la República, Artículo 5.

²²³ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 56.

²²⁴ **Ap. R-51**, Contraloría General de la República, Portal de Internet, “Responsabilidad fiscal”, p. 2.

Ilustración 2 - Flujoograma del proceso de responsabilidad fiscal



108. Un fallo con responsabilidad en firme no es otra cosa que la declaración por parte de la CGR de la existencia de una obligación solidaria de pago a cargo de los responsables fiscales. Surtida la fase declaratoria del proceso en sede administrativa, prosigue el control jurisdiccional y en última instancia, la ejecución de las obligaciones declaradas mediante un procedimiento de cobro coactivo.

e. Control Judicial de los Fallos con Responsabilidad Fiscal

109. La Ley 2080 de 2021, que implementa el Acto Legislativo 4, crea un “control automático e integral de legalidad” de los fallos con responsabilidad por parte de salas especiales del Consejo de Estado,²²⁵ que evalúan si el fallo con responsabilidad se apega a derecho.²²⁶

110. El control integral de legalidad inicia con la remisión por parte de la CGR del fallo con responsabilidad y el expediente respectivo al Consejo de Estado dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que el fallo quede en firme.²²⁷ Habiendo recibido tal documentación, el magistrado ponente asignado por reparto lo admitirá mediante auto admisorio.²²⁸ El auto admisorio fijará un término de diez (10) días para que “cualquier ciudadano”, incluyendo los responsables fiscales, puedan intervenir por escrito, ya sea para defender o impugnar la legalidad del fallo con responsabilidad fiscal.²²⁹ Dentro de ese mismo término, el Ministerio Público, compuesto por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, debe emitir su concepto

²²⁵ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, Artículo 23.

²²⁶ Dos días antes de la presentación de este Memorial, el 29 de junio de 2021, el Consejo de Estado emitió una decisión de trámite señalando que se abstendría de realizar el control automático e integral de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal por considerar que, de ejercer dicho control, se violarían ciertas disposiciones de carácter constitucional. **Ap. RL-32**, Consejo de Estado de Colombia, Portal de Internet, “Noticias”, “Sala Plena Contenciosa confirma inaplicación de las normas que regulan el control automático de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal”, 29 de junio de 2021. Es importante mencionar que la decisión de trámite del Consejo de Estado no tiene efectos *erga omnes* y por lo tanto la disposición legal que creó el control automático e integral de legalidad se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico de Colombia hasta tanto la Corte Constitucional, el máximo órgano judicial en materia constitucional, no la declare inconstitucional o hasta tanto se promulgue una nueva ley que la derogue. Sin perjuicio de si el control automático e integral de legalidad se mantiene o si se retorna al régimen previo a la creación de dicho control automático e integral de legalidad (**Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 59), los fallos con responsabilidad fiscal estarán sujetos a control judicial por parte de los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa. Ver **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 138.

²²⁷ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, Artículo 23.

²²⁸ *Id.*, Artículo 45(1).

²²⁹ *Id.*

sobre la legalidad del fallo con responsabilidad.²³⁰ Posteriormente, la sala especial del Consejo de Estado que conozca del control del fallo podrá decretar las pruebas que considere necesarias.²³¹

111. Practicadas las pruebas, el magistrado ponente debe registrar un proyecto de sentencia y la sala de decisión tendrá veinte (20) días desde el registro del proyecto de fallo para proferir una sentencia. Si el Consejo de Estado encuentra alguna causal de nulidad del acto administrativo, deberá declararla en la sentencia.²³²

112. La sentencia que profiera la sala especial que conozca del control automático e integral de legalidad de un fallo con responsabilidad podrá ser objeto de recurso de apelación, que deberá resolverse por una sala especial diferente a aquella que tomó la decisión apelada.²³³

113. En tanto se lleva a cabo el trámite del control automático e integral de legalidad, (trámite que no podrá exceder de un (1) año),²³⁴ se suspende (i) la inclusión de los responsables fiscales en el boletín de responsables fiscales,²³⁵ y (ii) el remate de bienes para el cobro efectivo del daño establecido en el fallo con responsabilidad.²³⁶ La sentencia ejecutoriada en ejercicio del control automático e integral de legalidad tiene fuerza de cosa juzgada.²³⁷

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Id.*, Artículo 45(2).

²³² *Id.*, Artículos 45(3) y 45(4).

²³³ *Id.*, Artículo 45(4).

²³⁴ **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 267.

²³⁵ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, Artículo 45(4). Ver ¶ 114, *infra*.

²³⁶ Ver ¶ 120, *infra*.

²³⁷ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, Artículo 45(4).

114. Si la sentencia ejecutoriada confirma el fallo con responsabilidad fiscal, la CGR deberá incluir los nombres de quienes tengan obligaciones pendientes derivadas de fallos con responsabilidad fiscal en firme en un boletín de responsables fiscales. Las personas listadas en el boletín de responsables fiscales no podrán ejercer cargos públicos ni contratar con el Estado.²³⁸

f. Procedimiento de Cobro Coactivo

115. Una vez el fallo con responsabilidad queda en firme,²³⁹ presta mérito ejecutivo, pudiendo ejecutarse coactivamente contra los responsables fiscales y sus garantes.²⁴⁰ A partir de este momento, las normas relevantes se refieren a los responsables fiscales contra quienes se dirige el cobro coactivo como “deudores”.

116. El procedimiento de cobro coactivo tiene fundamento en el Artículo 268 de la Constitución y busca el recaudo del monto derivado del fallo con responsabilidad fiscal.²⁴¹ Se trata de un procedimiento especial de naturaleza administrativa regulado por el Código Administrativo,²⁴² el Decreto Ley 624 de 1989²⁴³ y el Decreto Ley 403 de

²³⁸ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 60.

²³⁹ Ver ¶ 106, *supra*.

²⁴⁰ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 58. Ver **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal (“Decreto Ley 403 de 2020”), Artículo 110; **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 99.

²⁴¹ **Ap. RL-5**, Constitución Previa, Artículo 268, ¶ 5.

²⁴² **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículos 98-101.

²⁴³ **Ap. RL-34**, Decreto Ley 624 de 1989, por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales (“Estatuto Tributario”), Libro Quinto, Título VIII.

2020.²⁴⁴ Está a cargo de las direcciones de cobro coactivo de la CGR²⁴⁵ y consta de dos etapas: la etapa de cobro persuasivo y la etapa de cobro coactivo.

117. La etapa de cobro persuasivo busca obtener el pago del monto a cargo de los deudores de manera voluntaria a través de la negociación de acuerdos de pago.²⁴⁶ Si no hay voluntad de pago por parte de los deudores, procede la etapa de cobro coactivo, la cual inicia con un acto administrativo que libra mandamiento de pago a favor de la CGR por el monto establecido en el fallo con responsabilidad fiscal incluyendo los intereses respectivos.²⁴⁷ Asimismo, como medida preventiva, la CGR podrá decretar el embargo y secuestro de bienes de los deudores.²⁴⁸

118. Los deudores podrán presentar excepciones contra el acto administrativo que libra mandamiento de pago dentro de un término de quince (15) días contados desde la notificación de dicho acto administrativo.²⁴⁹ Las excepciones posibles, que están taxativamente indicadas en la ley,²⁵⁰ permiten al deudor resistirse al cobro coactivo cuando ya se haya satisfecho la obligación de pago, entre otras razones.²⁵¹

²⁴⁴ **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Título XII.

²⁴⁵ **Ap. RL-35**, Resolución Organizacional 0748 de 2020, por la cual se determina la competencia para el conocimiento y trámite de la acción de responsabilidad fiscal y de cobro coactivo en la Contraloría General de la República y se dictan otras disposiciones, Artículo 28.

²⁴⁶ **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 121. La suscripción de un acuerdo de pago suspende la anotación en el boletín de responsables fiscales y la inhabilidad para ejercer cargos públicos y contratar con el Estado. Ver ¶ 114, *supra*.

²⁴⁷ **Ap. RL-34**, Estatuto Tributario, Artículo 826; **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 111.

²⁴⁸ **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 117.

²⁴⁹ **Ap. RL-34**, Estatuto Tributario, Artículo 830.

²⁵⁰ Ver *id.*, Artículo 831.

²⁵¹ *Id.*

119. La CGR deberá decidir sobre las excepciones propuestas por los deudores en un término de treinta (30) días.²⁵² Si las excepciones prosperan, la CGR ordenará la terminación del procedimiento de cobro coactivo. De lo contrario, la CGR proferirá un acto administrativo que rechace total o parcialmente las excepciones y ordene continuar con la ejecución y el remate de los bienes embargados y secuestrados.²⁵³ Contra este acto administrativo procede el recurso de reposición.²⁵⁴

120. Además, el acto administrativo que rechaza total o parcialmente las excepciones y ordena la ejecución y remate podrá ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. La admisión de esta demanda suspende el remate de los bienes embargados y secuestrados, el cual solo podrá realizarse cuando exista un pronunciamiento definitivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.²⁵⁵

121. El siguiente diagrama muestra el trámite administrativo y judicial con posterioridad a la emisión de un fallo con responsabilidad fiscal, según lo descrito en las secciones precedentes:

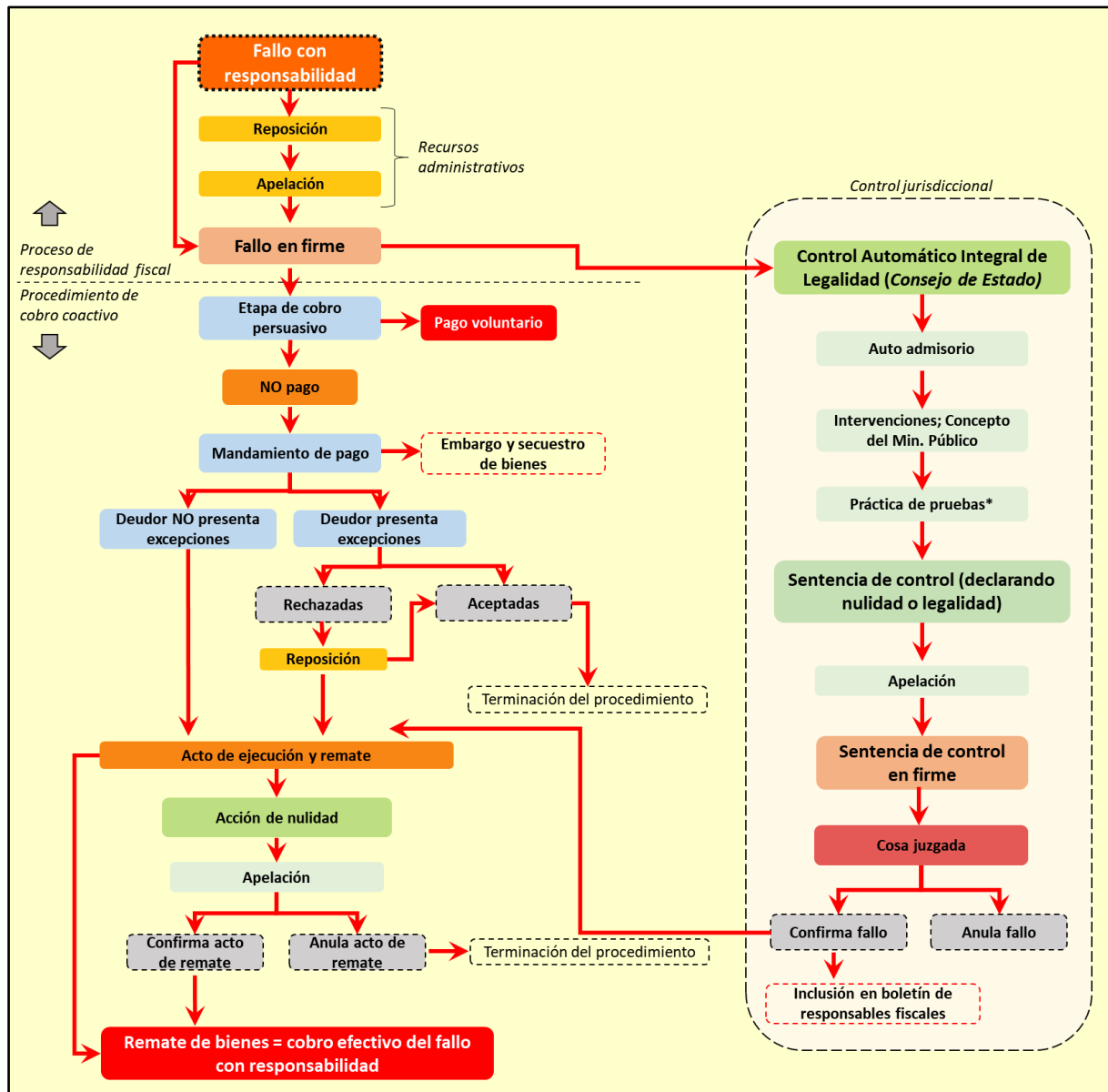
²⁵² **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 114. ¶ 1. Dentro del trámite de las excepciones, la CGR podrá decretar pruebas de oficio o a solicitud de parte por un término de diez (10) días. *Id.*, Artículo 114, ¶ 2.

²⁵³ Ver ¶ 117, *supra*.

²⁵⁴ **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 114, ¶ 5.

²⁵⁵ *Id.*, Artículo 116.

Ilustración 3 - Flujograma del trámite administrativo y judicial posterior al fallo con responsabilidad



E. La CGR Abre un Proceso de Responsabilidad Fiscal Contra Foster Wheeler y Process Consultants, Entre Otras Personas Naturales y Jurídicas, Extranjeras y Locales

122. A raíz de los hallazgos encontrados por el equipo auditor liderado por el Contralor Delegado para el Sector Minas y Energía en su informe final de noviembre de 2016,²⁵⁶ el 10 de marzo de 2017 el Contralor Delegado Intersectorial No. 11 de la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción (“Contralor Delegado”) ordenó la apertura de un Proceso de Responsabilidad Fiscal por US\$ 6.080 millones²⁵⁷ por el posible daño patrimonial (tanto por daño emergente como por lucro cesante) derivado de los cinco (5) controles de cambios (o aumentos en el presupuesto de inversiones) del

²⁵⁶ Ver ¶¶ 68-70, *supra*. Ver **Ap. R-52**, Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, pp. 12-84.

²⁵⁷ Equivalentes a COP\$ 17 billones. **Ap. R-66**, Contraloría Delegada Intersectorial 11, Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal No. PRF-2017-00309 UCC-PRF-005-2017, Auto No. 0382, 10 de marzo de 2017 (“Auto de Apertura”), p. 337. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 76.

Proyecto (cada uno, un “Control de Cambios” y en conjunto, los “Controles de Cambios”),²⁵⁸ aprobados por las juntas directivas de Reficar y Ecopetrol.²⁵⁹

123. El Contralor Delegado vinculó al Proceso de Responsabilidad Fiscal, en calidad de presuntos responsables fiscales, a seis personas jurídicas – Foster Wheeler,

²⁵⁸ **Ap. R-49**, Contraloría General de la República de Colombia, GRANDES HALLAZGOS: ASÍ DESTAPÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA LOS CASOS MÁS SONOROS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA. DEL CARTEL DE LA HEMOFILIA A LOS ESTRAFALARIOS SOBRECOSTOS DE REFICAR PASANDO POR EL SAQUEO AL PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (Imprenta Nacional 2018), pp. 58-60 (“1.- Control de cambios por US\$ 216,5 millones aprobado el 24 de mayo de 2011, que aumentó el presupuesto del proyecto de US\$ 3.777 millones a US\$ 3.994 millones. Con esta adición se buscaba maximizar las actividades asociadas a la petroquímica para obtener refinados del petróleo para la combustión como la gasolina motor corriente, diésel y la gasolina para aviones JET A, así como duplicar la producción de propileno, entre otros. 2.- Control de cambios por US\$ 861 millones aprobado el 7 de mayo de 2012, que aumentó el presupuesto de la refinería a US\$ 4.854 millones. Entre las justificaciones estaban partidas subestimadas, implementación de nuevas unidades de proceso y trabajos complementarios para garantizar la operación de las unidades de la refinería. También se incluyeron sobrecostos por mitigación de riesgos, por pérdida de productividad, impacto de la tasa de cambio y extensión en la terminación de las obras, entre otros conceptos. 3.- Control de cambios por US\$ 2.048 millones aprobado el 15 de mayo de 2013, con lo cual las inversiones para el proyecto ascendieron a US\$ 6.901 millones. Entre las razones de este aumento están las mayores cantidades de obra, la baja productividad horas/hombre, reprocesos, deficiente supervisión de obra, subestimaciones en costos por mano de obra y mayor alcance del proyecto. 4.- Control de cambios por US\$ 751 millones [de dólares] aprobado el 16 de enero de 2015, que aumentó el presupuesto de la refinería a US\$ 7.653 millones. Una de las principales causas de este incremento fue la parálisis en las actividades por parte de los trabajadores entre el 16 de julio y el 23 de septiembre de 2013, que tuvieron un impacto negativo de US\$ 565 millones. También repercutieron negativamente la extensión en el tiempo de la entrada en operación del proyecto. En ese momento ya se hablaba (sic) que la entrada en operación de la refinería estaría para el 20 de abril de 2015. 5.- Control de cambios por US\$ 363 (sic.) [millones de dólares] aprobado el 4 de noviembre de 2015, con lo que se aumentó el valor de las inversiones en Reficar a US\$ 8.016 millones de dólares. Entre las razones de este incremento se dieron retrasos en las fechas de terminación de las obras, pérdida de productividad ante el exceso de actividades simultáneas y aglomeración de mano de obra, así como turnos adicionales y asunción de trabajos de construcción no realizados por CB&I. En resumen, según la Contraloría, los mayores costos del proyecto obedecieron a 1) incrementos del 43% en las cantidades de materiales, 2) aumentos del 15% en precios, 3) demora de 27 meses en la entrada en operación que representan 25% de los costos y 4) 13% por menor productividad, entre otros factores”). (énfasis añadido). Ver **Ap. R-67**, Contraloría General de la República de Colombia, Comunicado de prensa No. 35, 13 de marzo de 2017, pp. 1-5 (describiendo cada uno de los cinco Controles de Cambios); Notificación de Arbitraje, ¶¶ 5, 81-82.

²⁵⁹ **Ap. R-66**, Auto de Apertura, pp. 139, 336-343. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 76 (“El 10 de marzo de 2017 el Demandado, a través de la CGR, inició un proceso de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 610 de 2000 (la “Ley 610”) contra varias entidades e individuos, incluyendo CB&I y FPJVC, por supuestos actos de culpa grave en la inversión de fondos de Colombia con relación con el Proyecto”). (traducción del inglés).

Process Consultants,²⁶⁰ Chicago Bridge & Iron Company N.V. (empresa holandesa), Chicago Bridge & Iron Company (CB&I) Americas Ltd. (empresa estadounidense), CB&I UK Ltd. (empresa británica) y CBI Colombiana S.A. (empresa colombiana) –, y 35 personas naturales de nacionalidad colombiana – los miembros de las juntas directivas de Reficar y Ecopetrol durante los años relevantes, y a ciertos funcionarios y ex funcionarios de Reficar –,²⁶¹ así como a varias compañías aseguradoras, en calidad de terceros civilmente responsables.²⁶²

124. Durante la etapa de apertura, y conforme lo previsto en el Artículo 24 de la Ley 610 de 2000, tanto Foster Wheeler y Process Consultants (así como los demás investigados) rindieron exposiciones libres y espontáneas en las que presentaron su versión de los hechos, y aportaron y solicitaron pruebas, haciendo pleno ejercicio de su derecho de defensa.²⁶³

F. La CGR Emite el Auto de Imputación Contra Foster Wheeler y Process Consultants, Entre Otras Personas Naturales y Jurídicas, Extranjeras y Locales

125. Encontrando que había una demostración objetiva de la existencia de un daño patrimonial al Estado y que existían pruebas que comprometían la responsabilidad

²⁶⁰ Nótese que el Proceso de Responsabilidad Fiscal vincula a Foster Wheeler y Process Consultants individualmente, como personas jurídicas que pueden ser sujetas de responsabilidad, y no a FPJVC, que por tratarse de una empresa conjunta no constituida no goza de personalidad jurídica.

²⁶¹ **Ap. R-66**, Auto de Apertura, pp. 337-340.

²⁶² *Id.*, p. 340. Ver ¶ 96, *supra*.

²⁶³ **Ap. R-53**, Auto de Imputación – Parte 2: Medios de defensa de los implicados, pp. 192-198 (para Foster Wheeler), pp. 198-228 (para Process Consultants). Foster Wheeler y Process Consultants estuvieron representadas por abogado, presentaron exposiciones libres y espontáneas y ampliaron esas exposiciones, presentaron solicitudes aclaratorias y solicitudes de archivo del proceso, y aportaron pruebas (incluyendo testimonios y documentos). **Ap. R-52**, Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, pp. 133, 137-138.

fiscal de ciertos de los vinculados,²⁶⁴ el 5 de junio de 2018 el Contralor Delegado dictó un auto de imputación de responsabilidad fiscal (el “Auto de Imputación”).

126. Dada su extensión, hemos dividido el Auto de Imputación en 14 partes, numerando cada una como un apéndice documental separado.

Auto de Imputación	Ref.
Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos	R-52
Parte 2: Medios de defensa de los implicados	R-53
Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación	R-54
Parte 4: Determinación y cuantificación del daño	R-55
Parte 5: Imputación de miembros de la junta directiva de Reficar I	R-56
Parte 6: Imputación de miembros de la junta directiva de Reficar II	R-57
Parte 7: Imputación de miembros de la administración de Reficar I	R-58
Parte 8: Imputación de miembros de la administración de Reficar II	R-59
Parte 9: Imputación de miembros de la administración de Ecopetrol	R-60
Parte 10: Imputación de contratistas I	R-61
Parte 11: Imputación de contratistas II	R-62
Parte 12: Archivo de diligencias I	R-63

²⁶⁴ Ver ¶ 99, *supra*.

Auto de Imputación	Ref.
Parte 13: Archivo de diligencias II	R-64
Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio	R-65

127. El Auto de Imputación imputó responsabilidad fiscal solidaria a 14 personas naturales y cinco personas jurídicas (incluyendo a Foster Wheeler y Process Consultants) por el daño patrimonial al Estado²⁶⁵ consistente en la pérdida de valor de las inversiones realizadas por Ecopetrol y Reficar en el Proyecto²⁶⁶ como consecuencia de los Controles de Cambios 2, 3 y 4.²⁶⁷ En la investigación, no se encontró un daño patrimonial derivado de los Controles de Cambios 1 y 5 en la medida en que los aumentos presupuestales respectivos estaban previstos como contingencias en el presupuesto del Proyecto.²⁶⁸

128. El Contralor Delegado imputó responsabilidad fiscal solidaria, por una cuantía de US\$ 2.433 millones,²⁶⁹ (i) a título de dolo, a los ex miembros de la junta directiva de Reficar, a ciertos ex funcionarios de Reficar, y a CB&I Americas Ltd, CB&I Colombiana S.A, y CB&I UK Limited, contratistas EPC del Proyecto, y (ii) a título de culpa

²⁶⁵ **Ap. R-52**, Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, pp. 145-147, n. 11 (identificando a las entidades estatales afectadas: Reficar, una entidad descentralizada indirecta o de segundo grado, creada por Ecopetrol, una entidad descentralizada de primer grado, constituida como una sociedad de economía mixta cuya accionista mayoritaria es la Nación).

²⁶⁶ Ver ¶ 87, *supra*. El Auto de Imputación se refiere únicamente al daño emergente, puesto que ordena la desagregación de las diligencias y actuaciones referidas al lucro cesante para que sean estudiadas en un proceso separado. Ver **Ap. R-65**, Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, p. 4738.

²⁶⁷ **Ap. R-55**, Auto de Imputación – Parte 4: Determinación y cuantificación del daño, pp. 1410-1412. Ver n. 258, *supra*.

²⁶⁸ **Ap. R-55**, Auto de Imputación – Parte 4: Determinación y cuantificación del daño, p. 1410.

²⁶⁹ Equivalentes a COP\$ 5,2 billones. **Ap. R-65**, Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, p. 4738. Ver **Ap. R-55**, Auto de Imputación – Parte 4: Determinación y cuantificación del daño, pp. 1410-1412.

grave, a Foster Wheeler y Process Consultants.²⁷⁰ Adicionalmente, el Contralor Delegado mantuvo vinculados al proceso como garantes, y en calidad de terceros civilmente responsables, a varias compañías aseguradoras, haciendo una individualización de las pólizas de seguros respectivas.²⁷¹

129. Según el Auto de Imputación, la conducta dolosa de los miembros de junta directiva de Reficar y de los ex funcionarios de Reficar se dio en el ejercicio de la gestión fiscal (*i.e.*, gestión fiscal directa), porque varias de las funciones de la junta directiva y de los miembros de la alta gerencia de Reficar previstas en los estatutos de la compañía (en particular, “la toma de decisiones de inversión y de presupuestos de gastos capitalizables, así como el seguimiento a dichas inversiones”, en el caso de la junta directiva, y “la administración y gasto de los recursos de las inversiones”, en el caso de la alta gerencia) se encontraban dentro de la esfera misma de la gestión fiscal.²⁷²

130. La conducta de los contratistas del Proyecto (dolosa, en el caso de CB&I, y gravemente culposa, en el caso de Foster Wheeler y Process Consultants) se dio con

²⁷⁰ **Ap. R-65**, Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, pp. 4738-4741. El Contralor Delegado ordenó archivar el proceso con respecto a los miembros de la junta directiva de Ecopetrol, ciertos miembros de la junta directiva de Reficar, el ex Vicepresidente financiero y administrativo de Reficar, y CB&I N.V., contratista EPC del Proyecto. *Id.*, pp. 4744-4747. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 9. Con respecto a los miembros de junta directiva de Ecopetrol, el Contralor Delegado encontró que el Control de Cambios 2 fue aprobado por la junta de Reficar sin el conocimiento de la junta de Ecopetrol, por lo que no existía una conducta fiscalmente reprochable. **Ap. R-63**, Auto de Imputación – Parte 12: Archivo de diligencias I, pp. 4422, 4427. El Contralor Delegado tampoco halló una conducta gravemente culposa o dolosa de los miembros de la junta directiva de Ecopetrol en la aprobación de los Controles de Cambios 3 y 4; encontrando, por el contrario, que la conducta de los miembros de la junta directiva de Ecopetrol se ajustó a su deber funcional, legal, estatutario y reglamentario. *Id.*, pp. 4425-4426, 4458, 4677-4678.

²⁷¹ **Ap. R-65**, Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, pp. 4742-4744.

²⁷² **Ap. R-54**, Auto de Imputación – Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación, p. 808.

ocasión de la gestión fiscal ejercida por los miembros de la junta directiva y funcionarios de Reficar. El Auto de Imputación explica:

[C]omo se analizará y valorará en esta providencia, las sociedades contratistas ejecutoras de las actividades de ingeniería de detalle, compras y construcción (correspondientes a las expresiones Engineering, Procurement, and Construction, que da lugar a las siglas EPC) y las sociedades interventoras del proyecto de inversión que tenían a su cargo la consultoría de la administración del proyecto (Project Management Consulting), habrán contribuido al detrimento de los intereses patrimoniales públicos con ocasión de la gestión fiscal que hayan realizado los administradores.²⁷³

131. Conforme al análisis del Auto de Imputación, la relación de la conducta de Foster Wheeler y Process Consultants con la gestión fiscal ejercida por los miembros de junta directiva y funcionarios de Reficar responde al alcance de las obligaciones contractuales asumidas por dichas empresas. Bajo el Contrato de Servicios, Foster Wheeler y Process Consultants suministrarían “Servicios de Project Management Consultant” y “ser[ían] integralmente responsable[s] de la Gerencia del Proyecto a fin de lograr la ejecución exitosa en términos de calidad, tiempo, presupuesto y seguridad industrial”.²⁷⁴ Tras el análisis de las disposiciones contractuales, el Contralor Delegado encontró que las actividades y mecanismos de control y registro a cargo de Foster Wheeler y Process Consultants permitirían la “medición del grado de avance del proyecto” y “la toma de decisiones relativas al grado de avance, productividad”, entre

²⁷³ **Ap. R-54**, Auto de Imputación – Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación, p. 809 (énfasis añadido).

²⁷⁴ **Ap. R-61**, Auto de Imputación – Parte 10: Imputación de contratistas I, p. 3450. Ver también *id.*, pp. 3453, 3467.

otros factores, facilitando a la gerencia del Proyecto la implementación medidas para cumplir los cronogramas y las metas establecidas.²⁷⁵

132. Para el Contralor Delegado, las fallas en la supervisión y en el gerenciamiento técnico y administrativo por parte de Foster Wheeler y Process Consultants fueron necesarias para que se llevaran a cabo los procesos de aprobación de los Controles de Cambios 2, 3 y 4, a través de los cuales presuntamente se materializó el daño patrimonial al Estado.²⁷⁶

133. El Contralor Delegado hizo un análisis individual y detallado de la conducta de cada una de las 41 personas naturales y jurídicas vinculadas al proceso, valorando las pruebas con relación a cada uno y abordando los argumentos de defensa presentados por cada quien. Este análisis individualizado explica por qué el Auto de Imputación tiene más de 4.700 páginas,²⁷⁷ aunque el análisis relativo específicamente a Foster Wheeler y Process Consultants abarca aproximadamente 300 páginas.²⁷⁸

134. Por demás, el Auto de Imputación cumplió con todos los requisitos establecidos en la Ley: (i) identificó plenamente a los presuntos responsables (14 personas naturales y cinco personas jurídicas) y a las entidades afectadas (Ecopetrol y

²⁷⁵ **Ap. R-61**, Auto de Imputación – Parte 10: Imputación de contratistas I, p. 3466 (para Foster Wheeler), p. 3601 (para Process Consultants). Ver Notificación de Arbitraje, ¶¶ 80, 83, 85.

²⁷⁶ **Ap. R-61**, Auto de Imputación – Parte 10: Imputación de contratistas I, pp. 3571-3577 (para Foster Wheeler), 3706-3712 (para Process Consultants). Ver también *id.*, pp. 3577-3580 (para Foster Wheeler), pp. 3712-3715 (para Process Consultants); Notificación de Arbitraje, ¶¶ 80, 83, 85.

²⁷⁷ Ver **Ap. R-68**, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 21 de noviembre de 2018, p. 17 (“... más allá de su extensión, en el [Auto de Imputación] se expresaron de manera comprensible las situaciones de hecho y de derecho que conllevaron a la Contraloría General de la República a proferir cargos contra las sociedades accionantes”).

²⁷⁸ Ver **Ap. R-53**, Auto de Imputación – Parte 2: Medios de defensa de los implicados, pp. 192-198; **Ap. R-61**, Auto de Imputación – Parte 10: Imputación de contratistas I, pp. 3445-3715.

Reficar); (ii) identificó a las compañías aseguradoras, así como los números de la póliza y valores asegurados; (iii) identificó y valoró las pruebas practicadas hasta ese momento; (iv) acreditó los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal para cada uno de los imputados; y (v) determinó preliminarmente la cuantía del daño patrimonial al Estado (US\$ 2.433 millones).²⁷⁹

135. Conforme a lo previsto en la Ley 610 de 2000, originalmente el Contralor Delegado ordenó correr traslado de diez (10) días para que los presuntos responsables fiscales presentaran argumentos de defensa frente a las imputaciones formuladas, y solicitaran y aportaran pruebas, advirtiéndolo que contra el Acto de Imputación no procedía ningún recurso²⁸⁰ por tratarse de un acto administrativo preparatorio o de trámite que no define situación jurídica alguna.²⁸¹ Al final, Foster Wheeler y Process Consultants tuvieron cuatro (4) meses para presentar sus argumentos y pruebas.²⁸²

136. El 14 de septiembre de 2018, Foster Wheeler y Process Consultants interpusieron una acción de tutela²⁸³ contra la CGR alegando la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, defensa y contradicción en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal llevado a cabo en su contra.²⁸⁴ Solamente Foster

²⁷⁹ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 48.

²⁸⁰ **Ap. R-65**, Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, p. 4750.

²⁸¹ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 75.

²⁸² Notificación de Arbitraje, ¶ 157.

²⁸³ La acción de tutela es un mecanismo de protección judicial inmediata de derechos fundamentales consagrado en el Artículo 86 de la Constitución. Esta acción procede cuando un derecho fundamental ha sido amenazado o vulnerado por una autoridad y el accionante no dispone de otro medio de defensa judicial. Solo podrá interponerse una acción de tutela existiendo otros medios de defensa judiciales en aquellos casos en los que se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así, la acción de tutela es una acción de carácter subsidiario y residual. Ver **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 86.

²⁸⁴ **Ap. R-69**, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 14 de septiembre de 2018 (“Acción de Tutela 2018”). Los argumentos en contra del Proceso

Wheeler y Process Consultants interpusieron la acción (y no FPJVC) porque únicamente las personas naturales y jurídicas tienen derecho de acción. En la acción de tutela, Foster Wheeler y Process Consultants alegaron no solo una violación de su derecho constitucional al debido proceso, sino también del debido proceso como parte de la obligación de TJE bajo el Tratado,²⁸⁵ por lo que ahora no pueden presentar una reclamación basada en esas mismas alegaciones frente a este Tribunal.²⁸⁶

137. La acción de tutela fue denegada en primera y segunda instancia porque Foster Wheeler y Process Consultants no acreditaron la ocurrencia de un perjuicio irremediable ni la falta de idoneidad de los mecanismos ordinarios judiciales existentes.²⁸⁷ Según el juez de primera instancia, Foster Wheeler y Process Consultants

cuentan con una multiplicidad de acciones para garantizar sus derechos fundamentales, no solo al interior del [Proceso de Responsabilidad Fiscal], sino también con posterioridad a la emisión de una decisión definitiva.²⁸⁸

138. A su vez, el juez de segunda instancia manifestó:

Adicionalmente, el trámite administrativo cuestionado, se trata de un proceso de responsabilidad fiscal que se

de Responsabilidad Fiscal presentados por Foster Wheeler y Process Consultants en la acción de tutela son esencialmente los mismos argumentos de defensa presentados por dichas empresas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal mismo, y los mismos argumentos que los Demandantes presentan en este Arbitraje. Ver ¶ 326, *infra*.

²⁸⁵ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 7-8.

²⁸⁶ Ver ¶¶ 319-328, *infra*.

²⁸⁷ **Ap. R-70**, Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 3 de octubre de 2018; **Ap. R-68**, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 21 de noviembre de 2018.

²⁸⁸ **Ap. R-70**, Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 3 de octubre de 2018, p. 20.

encuentra en trámite, por lo tanto, las sociedades demandantes deben presentar al interior del mismo los requerimientos que consideren necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa, como también cuentan con la oportunidad de . . . recurrir las decisiones que les sean adversas.²⁸⁹

G. FPJVC Notifica a Colombia de su Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje Bajo el Tratado

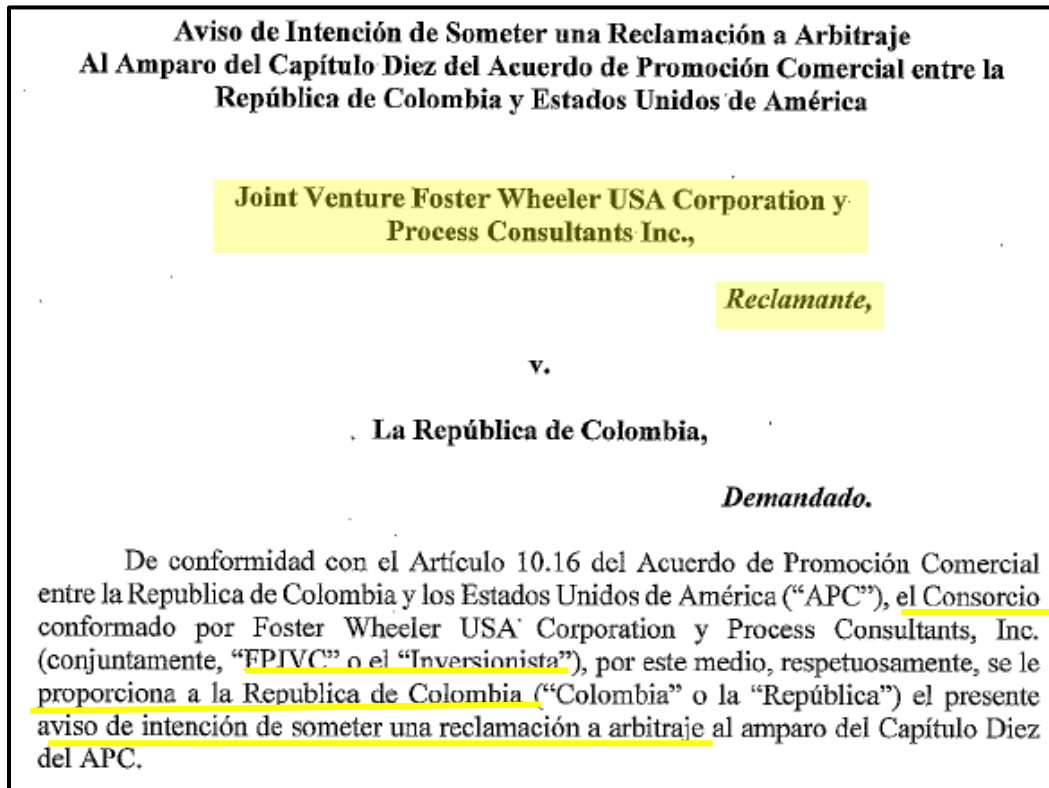
139. El 26 de diciembre de 2018, el Demandante FPJVC presentó una Notificación de Intención conforme al Artículo 10.16 del Tratado.²⁹⁰ Los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants no presentaron una notificación de intención.²⁹¹

²⁸⁹ **Ap. R-68**, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 21 de noviembre de 2018, p. 14.

²⁹⁰ **Ap. R-39**, Notificación de Intención.

²⁹¹ Ver ¶¶ 310-318, *infra*.

Ilustración 4 - Notificación de Intención de FPJVC (Español)



140. La Notificación de Intención se refiere al "Inversionista" demandante en singular, describiéndolo en español como un "contrato de consorcio" y en inglés como un "contractual joint venture".²⁹²

141. En su Notificación de Intención, FPJVC admite que el Contrato de Servicios es un mero contrato de prestación de servicios.²⁹³

²⁹² **Ap. R-39**, Notificación de Intención, ¶ 5.

²⁹³ *Id.*, ¶ 12 ("Tal y como se encuentra establecido en el Artículo 10.28 del [Tratado], un contrato de prestación de servicios a realizarse en Colombia o en Estados Unidos por parte de un inversionista de cualquiera de éstos, es considerada una "inversión" para efectos del tratado. Por tal motivo, tal y como se expondrá más adelante, FPJVC es un inversionista que ha realizado una inversión en Colombia para efectos del [Tratado]).

H. Foster Wheeler, Process Consultants y FPJVC Presentan una Notificación de Arbitraje Contra Colombia

142. Casi un año después, el 6 de diciembre de 2019, FPJVC, y esta vez también Foster Wheeler y Process Consultants,²⁹⁴ presentaron una Notificación de Arbitraje contra Colombia alegando que Colombia había violado sus obligaciones conforme al Tratado y al derecho internacional al vincularlos al Proceso de Responsabilidad Fiscal, y al emitir del Auto de Imputación.²⁹⁵

143. Según los Demandantes, su controversia frente a Colombia surge de un “contrato de noviembre de 2009 entre FPJVC y [Reficar] para el suministro de servicios en relación con el [Proyecto]”,²⁹⁶ por lo que no existe duda ni disputa alguna entre las Partes sobre la naturaleza del Contrato de Servicios como contrato de prestación de servicios.

144. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes incluyeron una renuncia que no cumple con el requisito previsto en el Artículo 10.18.2(b) del Tratado porque contiene una reserva que la vacía por completo de eficacia.²⁹⁷ El incumplimiento de ese requisito esencial priva a este Tribunal de competencia sobre su reclamación.²⁹⁸

145. Si bien en esta etapa preliminar del Arbitraje no cabe responder a profundidad al mérito de las reclamaciones de los Demandantes, es importante destacar que todos sus argumentos en la Notificación de Arbitraje carecen de fundamento:

²⁹⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 1 (“Amec Foster Wheeler USA Corporation y Process Consultants, Inc., individualmente y como miembros de un consorcio contractual denominado FPJVC”) (énfasis añadido; traducción del inglés).

²⁹⁵ *Id.*, ¶¶ 2, 97.

²⁹⁶ *Id.*, ¶¶ 3, 51.

²⁹⁷ *Id.*, ¶ 25.

²⁹⁸ Ver ¶¶ 329-343, *infra*.

- Los Demandantes afirman que la Ley 610 de 2000 solamente autoriza a la CGR a iniciar procedimientos de responsabilidad fiscal contra “gestores fiscales”,²⁹⁹ y que no existe fundamento para concluir que Foster Wheeler y Process Consultants eran “gestores fiscales”.³⁰⁰ Como ya explicó el Demandado, el proceso de responsabilidad fiscal puede recaer no solo sobre quienes ejerzan gestión fiscal directa, sino también sobre quienes realicen gestión fiscal indirecta, es decir, sobre aquellos cuya conducta tenga una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal.³⁰¹ Fue justamente en esa calidad que el Contralor Delegado imputó responsabilidad fiscal a Foster Wheeler y Process Consultants en el Auto de Imputación.³⁰²
- Los Demandantes afirman también que la “CGR no incluyó [en el Auto de Imputación] ninguna alegación específica de conducta dolosa o gravemente culposa y no hizo ningún esfuerzo para articular como la conducta de FPJVC causó el supuesto daño”.³⁰³ Sin embargo, según lo explicado anteriormente, el Auto de Imputación contiene un análisis extenso e individualizado de las conductas de Foster Wheeler y Process Consultants y del nexo causal entre dichas conductas y el daño patrimonial al Estado.³⁰⁴
- Los Demandantes arguyen que la “CGR no identificó ningún daño al Estado, manteniendo en cambio que los aumentos presupuestales del Proyecto que Reficar y Ecopetrol aprobaron constituyen tal daño”.³⁰⁵ No obstante, tal y como ya lo expuso el Demandado, la CGR identificó y cuantificó adecuadamente el presunto daño patrimonial al Estado.³⁰⁶
- Los Demandantes afirman además que la CGR busca resarcimiento por parte de FPJVC por daños “que son arbitrarios y manifiestamente desproporcionados al daño causado por FPJVC”.³⁰⁷ Sin embargo, no hay nada arbitrario o desproporcionado en el Auto de Imputación. Como lo explicó el Demandado, todos aquellos que mediante una conducta dolosa o gravemente culposa concurren en la causación de

²⁹⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 10.

³⁰⁰ *Id.*, ¶¶ 2, 12, 78, 97, 104, 105, 109, 111-117, 120.

³⁰¹ Ver ¶¶ 77-79, *supra*.

³⁰² Ver ¶¶ 130-132, *supra*.

³⁰³ Notificación de Arbitraje, ¶ 12. Ver *id.*, ¶¶ 14, 86, 109, 122, 124, 126, 160-162.

³⁰⁴ Ver ¶¶ 130-133, *supra*.

³⁰⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 12. Ver *id.*, ¶¶ 122, 125-126.

³⁰⁶ Ver ¶ 127, *supra*.

³⁰⁷ Notificación de Arbitraje, ¶ 109. Ver *id.*, ¶¶ 127-129.

un daño patrimonial, deben responder solidariamente por la reparación de ese daño, sin importar el grado de su contribución.³⁰⁸

- Los Demandantes argumentan que la apertura y trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal privó [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]³¹⁰ pero según lo explicó el Demandado, la responsabilidad fiscal es autónoma y separada de la responsabilidad contractual.³¹¹
- Los Demandantes afirman que la CGR no aplicó el mismo estándar legal frente a FPJVC que frente a Ecopetrol porque archivó el proceso con relación a los miembros de junta directiva de tal compañía por no considerarlos “gestores fiscales” mientras que imputó cargos a FPJVC que, según los Demandantes, “tenía menos autoridad que los directores de Ecopetrol”.³¹² Como ya lo indicó el Demandado, la razón por la cual el Contralor Delegado archivó el procedimiento contra los miembros de la junta directiva de Ecopetrol fue porque no encontró una conducta dolosa o gravemente culposa,³¹³ y no porque no considerara que tales miembros de junta ejercieran gestión fiscal como falsamente lo afirman los Demandantes.
- Los Demandantes se quejan de que, aunque el Auto de Imputación consta de 4.751 páginas y está escrito en español (que, según “explican” los Demandantes, no es su idioma de trabajo), la “CGR inicialmente le ordenó a FPJVC que presentara su respuesta . . . , incluyendo toda la evidencia en apoyo de sus defensas, dentro de un término de tan solo diez días”.³¹⁴ Como ya lo expuso el Demandado, la extensión del Auto de Imputación se debe al número de investigados y al detallado y sistemático análisis del Contralor Delegado.³¹⁵ El Auto de Imputación está obviamente escrito en español, el idioma oficial de Colombia, y el término de diez días para presentar argumentos y pruebas es el previsto en la Ley 610 de 2000 para todos los sujetos de procesos de responsabilidad fiscal, sin

³⁰⁸ Ver ¶ 88, *supra*.

³⁰⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 14.

³¹⁰ *Id.*, ¶¶ 173, 182-186.

³¹¹ Ver ¶ 81, *supra*.

³¹² Notificación de Arbitraje, ¶¶ 174-178.

³¹³ Ver n. 270, *supra*.

³¹⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 89. Ver *id.*, ¶¶ 88, 156-158.

³¹⁵ Ver ¶ 133, *supra*.

distingo.³¹⁶ En cualquier caso, los Demandantes mismos aceptan que tuvieron “aproximadamente cuatro meses” para presentar sus argumentos.³¹⁷

- Finalmente, los Demandantes argumentan que la CGR “limitó completamente el derecho de FPJVC de presentar su defensa, presentar alegatos de hecho y de derecho, y presentar evidencia en apoyo de su defensa”.³¹⁸ Esto es absolutamente falso. Los Demandantes ocultan al Tribunal que, como ya lo narró el Demandado, estuvieron representados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal desde la etapa de apertura, rindieron exposiciones libres y espontáneas, presentaron sus argumentos de defensa, solicitaron pruebas y allegaron decenas de documentos al proceso.³¹⁹

146. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes admiten que FPJVC es un “consorcio contractual” (en inglés “*contractual joint venture*”),³²⁰ por lo que, como lo explicará el Demandado en este Memorial, el Tribunal carece de jurisdicción sobre FPJVC porque no es una “persona jurídica” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.³²¹

I. La CGR Emite un Fallo con Responsabilidad Fiscal

147. Luego de la emisión del Auto de Imputación inició un período probatorio de aproximadamente dos años.³²² Durante ese período, el Contralor Delegado decretó, practicó e incorporó al expediente del Proceso de Responsabilidad Fiscal una

³¹⁶ Ver ¶¶ 101, 135, *supra*.

³¹⁷ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 91, 157.

³¹⁸ *Id.*, ¶ 158.

³¹⁹ Ver ¶ 124, *supra*.

³²⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 29.

³²¹ Ver ¶¶ 299-309, *infra*.

³²² El Proceso de Responsabilidad Fiscal fue suspendido y reanudado en múltiples ocasiones. Ver, **Ap. R-71**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 1: Competencia, antecedentes probatorios, actuaciones procesales y otros, pp. 242-252.

multiplicidad pruebas, incluyendo testimonios, exposiciones libres y espontáneas de los imputados, informes técnicos, documentos, y dictámenes periciales; y realizó varias visitas especiales a Reficar para hacer entrevistas y recopilar documentación.³²³ Los imputados, incluyendo Foster Wheeler y Process Consultants, tuvieron la oportunidad de aportar pruebas y de contradecir las pruebas incorporadas por el Contralor Delegado.³²⁴ También presentaron recusaciones, solicitudes de nulidad y múltiples recursos de reposición y apelación, todos estos resueltos por el Contralor Delegado en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal, de conformidad con las normas aplicables.³²⁵

148. Habiendo agotado el período probatorio, y encontrando que existía certeza con respecto a los elementos de la responsabilidad fiscal,³²⁶ el 26 de abril de 2021³²⁷ el Contralor Delegado intersectorial No. 15 profirió un fallo con responsabilidad (el “Fallo con Responsabilidad Fiscal”).³²⁸

³²³ *Id.*, pp. 220-225, 243, 245, 248.

³²⁴ *Id.*, pp. 242-252.

³²⁵ *Ver por ejemplo id.*, pp. 159, 203.

³²⁶ *Ver* ¶ 104, *supra*.

³²⁷ Tres días antes de la emisión del Fallo con Responsabilidad Fiscal, el 23 de abril de 2021, Foster Wheeler y Process Consultants presentaron una acción de tutela contra la CGR alegando la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la contradicción y a la prueba en el trámite por la CGR de dos informes técnicos relacionados con la cuantificación del daño fiscal y decretados en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal. **Ap. R-84**, Acción de Tutela No. 2021-00138 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 23 de abril de 2021 (“Acción de Tutela 2021-A”), p. 8. La tutela fue denegada en primera instancia por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá entre otras razones, porque existen otros medios de defensa y la acción de tutela no procede contra actos administrativos de trámite. **Ap. R-85**, Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, Acción de Tutela No. 2021-00138 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 10 de mayo de 2021, p. 8. La presentación de estas acciones de tutela viola la renuncia a la que se refiere el Artículo 10.18.2(b) del Tratado, privando a este Tribunal de competencia sobre la reclamación de los Demandantes. *Ver* ¶¶ 329-343, *infra*.

³²⁸ *Ver* **Ap. R-86**, Contraloría General de la República de Colombia, Comunicado de prensa No. 46, 26 de abril de 2021.

149. Dada su extensión, hemos dividido el Fallo con Responsabilidad Fiscal en 13 partes, numerando cada una como un apéndice documental separado.

Fallo con Responsabilidad Fiscal	Ref.
Parte 1: Competencia, antecedentes probatorios, actuaciones procesales y otros	R-71
Parte 2: Consideraciones del despacho	R-72
Parte 3: Individualización, miembros de la junta directiva de Reficar I	R-73
Parte 4: Individualización, miembros de la junta directiva de Reficar II	R-74
Parte 5: Individualización, miembros de la junta directiva de Reficar III	R-75
Parte 6: Individualización, funcionarios de Reficar I	R-76
Parte 7: Individualización, funcionarios de Reficar II	R-77
Parte 8: Individualización, funcionarios de Reficar III	R-78
Parte 9: Individualización, contratistas I	R-79
Parte 10: Individualización, contratistas II	R-80
Parte 11: Individualización, funcionarios de Ecopetrol	R-81
Parte 12: Solidaridad, terceros civilmente responsables y otros	R-82
Parte 13: Resolutorio	R-83

150. El Contralor Delegado resolvió proferir fallo con responsabilidad fiscal, en forma solidaria y a título de culpa grave, en contra de 12 personas naturales (dos

presidentes y tres vicepresidentes de Reficar, siete miembros de la junta directiva de Reficar, incluyendo al presidente de Ecopetrol para la época de los hechos), y cuatro personas jurídicas (CB&I Colombiana S.A., CB&I UK Limited, Foster Wheeler y Process Consultants) en una cuantía de US\$ 997 millones,³²⁹ por el daño patrimonial resultante de las mayores inversiones en el Proyecto derivadas de los Controles de Cambios 2 y 3.³³⁰ Las imputaciones contra los presuntos responsables fiscales derivadas del Control de Cambios 4 fueron desvirtuadas durante la fase de pruebas.³³¹

151. Asimismo, el Fallo con Responsabilidad Fiscal declaró como terceros civilmente responsables a Compañías Aseguradoras de Fianzas S.A. Confianza, Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y AXA Colpatria Seguros S.A. (las “Compañías Aseguradoras”).³³²

152. El Fallo con Responsabilidad Fiscal determinó la existencia de un daño emergente consistente en la pérdida de valor de las inversiones de recursos públicos en

³²⁹ **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, pp. 6230-6234. A medida que la CGR practicó y valoró el acervo probatorio y consideró los argumentos de defensa, fue acotando el alcance del Proceso de Responsabilidad Fiscal. El Auto de Apertura inicialmente vinculó al proceso a seis personas jurídicas y 35 personas naturales por un daño patrimonial de US\$ 6.080 millones derivado de los Controles de Cambios 1, 2, 3, 4 y 5; el Auto de Imputación imputó responsabilidad fiscal en contra de cinco personas jurídicas y 14 personas naturales por un daño patrimonial de US\$ 2.433 millones derivado de los Controles de Cambios 2, 3 y 4; y el Fallo en última instancia encontró responsables fiscales a cuatro personas jurídicas y 12 personas naturales por un daño patrimonial de US\$ 997 millones derivado de los Controles de Cambios 2 y 3.

³³⁰ Equivalentes a COP\$ 2.945 millones. **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, p. 6230.

³³¹ *Id.*, pp. 6234-6235. El Contralor Delegado encontró que las partes vinculadas al Proceso de Responsabilidad Fiscal acreditaron jurídica, técnica y financieramente que el Control de Cambio 4 fue necesario para mitigar el impacto de una huelga de trabajadores ocurrida entre julio y septiembre de 2013. Así, el Contralor Delegado concluyó que la aprobación de ese control de cambio no fue causada por una conducta negligente o dolosa de los imputados, sino por una necesidad de mitigación de la huelga de trabajadores, lo que supone un rompimiento del nexo causal para el Control de Cambio 4. **Ap. R-72**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 2: Consideraciones del despacho, pp. 544-551.

³³² **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, pp. 6236-6237.

el Proyecto. Para el Contralor Delegado, las mayores inversiones derivadas de los Controles de Cambios 2 y 3 no agregaron valor al Proyecto en la forma de mayor capacidad o mejoras tecnológicas para la Refinería, sino que se destinaron a cubrir gastos asociados con la baja productividad de la mano de obra, errores en la ingeniería que requirieron de la adquisición de mayores cantidades de materiales y trabajo, demoras en los trabajos, fallas de coordinación entre contratistas y fallas logísticas.³³³ En resumen, el daño patrimonial derivó de la aprobación de mayores inversiones que fueron necesarias debido a “deficiencias en la ejecución de las diferentes etapas o fases del Proyecto”.³³⁴

153. El Contralor Delegado determinó que la conducta Foster Wheeler y Process Consultants, como contratistas del Proyecto encargados de la gestión del Proyecto, guardó una “conexidad próxima y necesaria” con la gestión fiscal directa ejercida por la junta directiva y los altos directivos de Reficar.³³⁵ Si bien el Fallo con Responsabilidad Fiscal reconoce que Foster Wheeler y Process Consultants no fueron quienes aprobaron los Controles de Cambios 2 y 3, “se les imputa responsabilidad por su contribución en la

³³³ **Ap. R-72**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 2: Consideraciones del despacho, pp. 395-396.

³³⁴ **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, p. 5124. El Fallo respondió de manera individualizada los argumentos de defensa relacionados con el daño patrimonial presentados por los apoderados de los investigados. **Ap. R-72**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 2: Consideraciones del despacho, pp. 624-673.

³³⁵ Ver **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, p. 5419 (“[L]a responsabilidad fiscal . . . también puede derivarse, de los hechos u omisiones atribuibles a un servidor público o a un sujeto privado que, en desarrollo de una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal afectada, contribuyan de manera causal y, por tanto, determinante a la generación del daño fiscal. Es decir, que, para configurar la responsabilidad fiscal en estos casos, el sujeto debe actuar en una relación funcional, derivada, dependiente e inescindible de la gestión fiscal en cuyo devenir se produjo el daño fiscal y quien más que los contratistas, para este caso, para cumplir con estos presupuestos”). (énfasis añadido): p. 5420 (“[E]n el análisis de cada conducta, será pertinente establecer las condiciones de los gestores fiscales directos y de sujetos que actuaron en concurrencia y en el contexto de una relación próxima y necesaria con la gestión fiscal afectada, a los efectos de establecer la secuencia de la causalidad o concausalidad productora de la lesión al patrimonio público”).

generación del daño desde su condición de consultores” del Proyecto (es decir, como gestores fiscales indirectos).³³⁶

154. El Fallo con Responsabilidad Fiscal deja claro que la evaluación de la conducta de Foster Wheeler y Process Consultants fue más allá de un análisis del alcance de las obligaciones contractuales asumidas por tales compañías en el Contrato de Servicios (cuyo incumplimiento no está en capacidad de declarar por no ser la CGR el juez natural de tal contrato),³³⁷ y evaluó el rol que esas compañías efectivamente desempeñaron en el Proyecto.³³⁸ Para el Contralor Delegado, la evidencia demostró que

³³⁶ *Id.*, p. 5190. *Ver id.*, p. 5333 (“De todo lo anterior justamente se pone en evidencia la conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal . . . teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones que como [*project management consultant*] tenían los integrantes del FPJVC, relativas a la presentación de Notices Of Change, la verificación de la facturación en el caso del Comité de Costos, su participación en los Comités Directivos, el direccionamiento y asunción de tareas dentro del Comité de Riesgos, va mucho más allá y se evidencia su participación en la gestión fiscal sobre los recursos, por un lado por la obligación a la que se comprometen como [*project management consultant*] y las labores desarrolladas dentro del [*integrated project management team*]”); p. 5470 (“La integración del equipo gerencia . . . no reduce ni modifica las responsabilidades como parte de ese equipo integrado de gerencia, puesto que tomar parte en el proceso de decisiones de gerencia del proyecto, en ejercicio del contrato firmado conlleva responsabilidad en calidad de contribución en la toma de las decisiones que conllevaron a la aprobación de controles de cambio”).

³³⁷ *Id.*, pp. 5333-5334 (indicando que el objeto del Proceso de Responsabilidad Fiscal no es evaluar el cumplimiento del Contrato de Servicios: “Es amplia la documentación aportada por el [apoderado de FPJVC] para afirmar que se trata de un contratista cumplido el Joint Venture, cuestión que debería descartarse acudiendo justamente al principio de juez natural planteado por el apoderado, y dado que el objeto del proceso no es evaluar el cumplimiento del contrato, mal puede el Despacho valorar uno a uno los medios relativos a dicho cumplimiento, bajo el riesgo de . . . usurpar las competencias del juez del contrato”).

³³⁸ *Id.*, p. 5191 (“la imputación formulada en contra de los integrantes del FPJVC no deriva del análisis . . . [del] cumplimiento del contrato, sino el cómo las actuaciones del FPJVC impactaron en el resultado del proyecto en presupuesto, costos y tiempo los cuales incidieron en la toma de decisiones relativas a los controles de cambio”). (énfasis añadido); p. 5334 (“[B]uena parte de la correspondencia elaborada por el Joint Venture, en efecto muestra cómo desarrollaba sus obligaciones y no como simple redactor de oficios, sino como reflejo del trabajo desempeñado, las evidencias o seguimiento adelantado y las acciones que se deberían adelantar, en el caso de requerimientos al contratista EPC, así mismo su participación y actuaciones en comités, grupos de trabajo y otros, buena parte de ello en desarrollo justamente del procedimiento de coordinación establecido”).

Foster Wheeler y Process Consultants en efecto tuvieron una participación “determinante” en la aprobación de los Controles de Cambios 2 y 3.³³⁹

155. La conducta de Foster Wheeler y Process Consultants se calificó como “gravemente culpable” porque, a pesar de su rol preponderante en la gestión del Proyecto, incluyendo su participación en comités gerenciales, técnicos y operativos, y de las tareas que acometió bajo el Contrato de Servicios, no desplegaron acciones suficientes para “minimizar los retrasos, retrabajos, reprocesos, mayores costos y demoras en el avance del proyecto”.³⁴⁰

³³⁹ *Id.*, p. 5203 (“[C]omo se aprecia en el último párrafo, los pronósticos e información del FPJVC . . . informes, reportes y recomendaciones del Joint Venture tendrían incidencia en justamente los retrasos, mayores costos y otros. . . . Por lo demás como se ha señalado y demostrado en el expediente, en el ámbito de sus obligaciones contractuales cualquiera que fuera la naturaleza de estas, lo cierto es que [FPJVC] fue determinante con su participación en las decisiones de inversión que a través de los controles de cambios 2 y 3 adoptó la empresa propietaria del proyecto”). (énfasis añadido). Parte de la defensa de Foster Wheeler y Process Consultants en el Proceso de Responsabilidad Fiscal consistió en afirmar, como argumentan también en este Arbitraje, que el Contrato de Servicios se modificó tácitamente de forma tal que tales compañías perdieron la “gerencia” efectiva del Proyecto. El Contralor Delegado concluyó que no había ocurrido tal modificación tácita porque la evidencia demostró que Foster Wheeler y Process Consultants en efecto desempeñaron posiciones clave en la dirección del Proyecto que respondían a las obligaciones pactadas en el Contrato de Servicios. *Ver por ejemplo id.*, p. 5210 (indicando que el personal de FPJVC “mismo se ubicaba en posiciones clave en varios procesos del proyecto, incluso dirigiendo procesos fundamentales dentro del desarrollo del proyecto”), p. 5230 (indicando que, como *project management consultant*, FPJVC hizo parte de un equipo integrado que proveyó información que alimentó la toma de decisiones por parte de la junta directiva de Reficar); p. 5236 (indicando que participaba en comités de nivel gerencial, táctico y operativo del Proyecto). Sin embargo, la discusión de si existió o no una modificación tácita pasó a segundo plano porque las conclusiones del Fallo con Responsabilidad Fiscal se apoyan en evidencia sobre el rol que efectivamente cumplieron Foster Wheeler y Process Consultants. *Id.*, p. 5333 (“Sin perjuicio de todo el anterior análisis probatorio sobre la activa y decidida intervención del [FPJVC] . . . el Despacho insiste en que la discusión sobre la naturaleza de las obligaciones de [FPJVC], sobre su papel principal o secundario y sobre si su papel fue disminuido o aumentado, es una discusión que pasa a un segundo plano si se tiene en cuenta que ha quedado probado, que . . . de todas maneras participó de manera determinante en las decisiones que los órganos de gobierno de Reficar tomaron dentro de los controles de cambio 2 y 3, en los cuales aprobaron mayores inversiones que causaron un detrimento al patrimonio. Es decir, que [FPJVC] concurrió junto con los demás imputados a la generación del daño fiscal que ahora nos ocupa”).

³⁴⁰ *Id.*, p. 5475. *Ver también id.*, pp. 5477-5478 (“En esta medida, los mayores costos incurridos por efecto de mayor número de horas-hombre facturadas por concepto de ingeniería de diseño por errores atribuibles al contratista desarrollador ante la mirada absorta del [Project Management Team] que . . . se abstuvo de recomendar al dueño del proyecto la aplicación concreta de glosas y no reembolso de sobre costos por los motivos claramente identificados e identificables . . . fuerza a concluir que . . . el [Project Management Team] y, dentro de este equipo las multinacionales Foster Wheeler y Process Consultants, no desplegaron

156. Finalmente, en lo que respecta al nexo causal entre la conducta gravemente culposa de Foster Wheeler y Process Consultants y el daño patrimonial, el Fallo con Responsabilidad Fiscal indicó:

[P]ara el caso de la compañía FOSTER WHEELER USA CORPORATION Y PROCESS CONSULTANTS INC, como integrantes del FPJVC, se tiene que las conductas gravemente culposas señaladas atrás fueron necesarias para que se adelantaran los procesos de control de cambios 2 y 3, al no impedir como parte del [*integrated project management team*] y dentro de las áreas claves del proyecto, tales como la relacionada con costos, riesgos y otros, el aumento injustificado de las inversiones en la ejecución del proyecto mediante los retrasos reiterados y las conductas que llevaron al pago de bienes y servicios no previstos al proyecto de la Refinería de Cartagena lo cual condujo a las adiciones presupuestales de inversión del proyecto que afectan los intereses patrimoniales de la Nación como accionista mayoritario de ECOPETROL S.A. matriz controlante de la subordinada REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.³⁴¹

todas las capacidades, ni el registro detallado que se tradujera en soporte para determinar el conjunto de costos que podrían identificarse y calificarse como no razonables por concepto de dichas horas-hombre adicionales facturadas por las empresas CB&I por cuenta de las demoras y rediseños propiamente tales, sin incluir, aunque también podría haberse determinado con precisión en la desviación en desplazamiento del cronograma de la procura y la construcción por cada rediseño por cada unidad”.) (énfasis añadido), p. 5329 (“En estos informes se evidencia cómo los procesos de auditoría desarrollados comprende[n] una de las actividades del FPJVC realizadas por Process Consultants (sic.) Inc en las fases de procura y construcción y allí en efecto se hacen observaciones y recomendaciones, que debían significar de parte del [*Project Management Team*]-del cual era integrante el Joint Venture- acciones o determinaciones que a la postre se muestran insuficientes, puesto que en efecto se generaron mayores costos para el proyecto más aún si la revisión de facturación, la presentación de [*Notice of Change*] y otros tantos estaba dentro de las tareas del Joint Venture”.), p. 5332 (“Con la información recaudada entre otras en la visita especial . . . se evidencia entre otras que a pesar de la profusa documentación e información preparada o elaborada por el FPJVC, las reuniones adelantadas, comités organizados y adelantados, informes semanales y la asunción de responsabilidades relacionadas con la gestión de riesgos por parte del FPJVC, los resultados no se tradujeron ni en ahorros presupuestales, ni en sinergias ni mejoramiento en productividad ni mucho menos en mejor desempeño del contratista EPC”).

³⁴¹ *Id.*, p. 5481.

157. En su análisis, el Contralor Delegado reiteró la autonomía de la responsabilidad fiscal frente a “otros tipos de responsabilidad, como la contractual, la disciplinaria o la penal”, indicando que tal

autonomía significa que un hecho o una conducta que den lugar a un detrimento al patrimonio público puede ser investigada por las contralorías que se limitarán a establecer la existencia del daño fiscal y a declarar que un sujeto que por acción u omisión dio lugar al daño es responsable fiscal .

. . .

El juez del contrato no tiene la capacidad para determinar la existencia del daño fiscal ni para ordenar a su reparación, ni el órgano de control fiscal está en la posibilidad de declarar el incumplimiento de las obligaciones, ni la ruptura del equilibrio contractual. Sólo puede declarar la existencia de responsabilidad fiscal y de (sic) ordenar la reparación del daño fiscal.³⁴²

³⁴² *Id.*, pp. 5164-5165, 5167-5168. Si bien el Fallo es claro en reafirmar la independencia del Proceso de Responsabilidad Fiscal frente a procedimientos arbitrales con base en cláusulas contractuales, es igualmente claro en indicar que en caso de que el daño patrimonial al Estado sea resarcido en otra sede, necesariamente deberá tenerse en cuenta en sede fiscal. *Id.*, p. 5163 (“Ahora bien, en ambos casos de las empresas contratistas (el del grupo de empresas CBI y el FPJVC), conviene reiterar que el parágrafo 1 del artículo 4 de la Ley 610 de 2000: . . ., claramente reafirma la posibilidad de adelantar el presente proceso de responsabilidad fiscal con independencia de otros que se puedan adelantar y en este caso los tribunales de arbitraje a que ambos grupos de empresas se refieren en sus descargos, sin que ello se considere como vulneración al principio de non bis in ídem al tratarse de acciones o actuaciones de naturaleza diferente, o a un hipotético caso de enriquecimiento sin causa derivado de decisiones arbitrales favorables para Reficar y un fallo con responsabilidad fiscal, que generasen una doble obligación de pago, puesto que al ser el proceso de responsabilidad, una actuación esencialmente resarcitoria, en caso de producirse tal resarcimiento en otra instancia, necesariamente debe ser tenido en cuenta en la presente actuación”). (énfasis añadido); p. 5165 (“En sede de control disciplinario o penal o administrativa podría declararse simultáneamente que una conducta investigada por las contralorías tipifica también una falta disciplinaria, un delito o responsabilidad contractual, según el caso, lo cual no es incompatible por la naturaleza autónoma e independiente del proceso de responsabilidad fiscal pero sí tendría como consecuencia que si el daño es resarcido primero en alguna otra instancia, las contralorías deben cesar la acción fiscal iniciada en virtud de los hechos generadores del mismo detrimento, de conformidad con lo previsto en el artículo 111 de la Ley 1474 de 2011 . . . el Despacho debe indicar que el que se genere el resarcimiento esperado del proceso en actuación diferente a la misma, no puede convertirse en fuente de enriquecimiento sin causa, en la medida en que se (sic.) obtenerse el resarcimiento en otra actuación, debe ser tenido en cuenta a fin de, incluso archivar el proceso al cumplirse una de las condiciones para ello: que el daño se haya resarcido”). (énfasis añadido). Así, el Fallo con Responsabilidad Fiscal responde directamente al argumento de los Demandantes en su Notificación de Arbitraje de que si Reficar recibe una compensación de CB&I [REDACTED], FPJVC debería recibir un crédito

158. En respuesta al argumento, avanzado por Foster Wheeler y Process Consultants, tanto en el Proceso de Responsabilidad Fiscal como en este Arbitraje, de que [REDACTED] del Contrato de Servicios privaba a la CGR de competencia para abrir un proceso de responsabilidad fiscal, el Fallo con Responsabilidad Fiscal claramente estableció:

[Las] cláusulas contractuales relativas a resolución de controversias entre las partes y derivadas del propio contrato, no derogan la competencia para adelantar procesos de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría General de la República, que de hecho no es un proceso judicial, sino un procedimiento administrativo especial y la naturaleza del mismo no suplanta ni reemplaza al juez contractual, menos aún a la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y por lo mismo una cláusula compromisoria no deroga las competencias de los entes de control fiscal, es decir, mal se puede considerar, y así lo han afirmado los altos tribunales, que una cláusula convencional . . . pueda anular totalmente la competencia de los jueces administrativos, los órganos de control fiscal o incluso penal, bajo el supuesto de que cualquier controversia deba llevarse allí.³⁴³

159. Contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal procedían los recursos de reposición ante el Contralor Delegado, y de apelación ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR.³⁴⁴ Conforme al Artículo 56 de la Ley 610 de 2000, los responsables fiscales contaron con un término de cinco días desde la fecha de notificación del Fallo con

o de lo contrario Colombia recibiría un doble resarcimiento por el mismo daño. Ver Notificación de Arbitraje, ¶¶ 138-142.

³⁴³ **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, pp. 5156-5157 (énfasis añadido). Ver *id.*, p. 5168 (“Con argumentos de ese linaje, llegaríamos al extremo de excluir el juzgamiento penal, el juzgamiento disciplinario o el juzgamiento fiscal de los contratos que involucren recursos públicos, sólo por el prurito de la autonomía de la voluntad de las partes. ¿Qué tal? Las partes en los contratos financiados con recursos públicos, librándose de las competencias imperativas en materia fiscal, disciplinaria y penal, a sabiendas que el juez del contrato convocado por las partes en la modalidad arbitral, carece de competencia para establecer otros tipos de responsabilidad distintos de la contractual interpartes.”) (énfasis añadido).

³⁴⁴ **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, p. 6242.

Responsabilidad Fiscal para interponer recursos. Si bien Foster Wheeler y Process Consultants presentaron una acción de tutela alegando una violación del debido proceso en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y buscando la inaplicación de dicho término legal,³⁴⁵ el 7 de mayo de 2021 Foster Wheeler y Process Consultants presentaron oportunamente un recurso de apelación.³⁴⁶ Con la presentación de la acción de tutela y del recurso de apelación, los Demandantes violaron la renuncia a la que se refiere 10.18.2(b) del Tratado, privando al Tribunal de competencia sobre esta reclamación.³⁴⁷

160. A la fecha de este Memorial, el recurso de apelación se encuentra pendiente de resolución. Una vez se resuelva dicho recurso y el Fallo con Responsabilidad Fiscal quede ejecutoriado, estará sujeto a control judicial por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.³⁴⁸

³⁴⁵ Ver **Ap. R-87**, Acción de Tutela No. 2021-00385 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 28 de abril de 2021 (“Acción de Tutela 2021-B”). Foster Wheeler y Process Consultants alegaron la violación de sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción por la aplicación del término de cinco días para la presentación de recursos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal y solicitaron que el juez ordenara la inaplicación de la ley y la sustitución del término legal por un término de noventa (90) días. En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró improcedente la tutela, encontrando que el plazo de cinco (5) días ha sido considerado suficiente por el legislador y que, desde su promulgación, no ha sido demandado ni declarado inconstitucional y que en todo caso, los accionantes contaban con otras instancias para alegar la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso. **Ap. R-88**, Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta, Subsección B, Acción de Tutela No. 2021-00385 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 14 de mayo de 2021, pp. 28, 32.

³⁴⁶ Ver **Ap. R-89**, Recurso de Apelación presentado por Foster Wheeler y Process Consultants contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, 7 de mayo de 2021. Los demás responsables fiscales también presentaron recursos de apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal.

³⁴⁷ Ver ¶¶ 329-343, *infra*.

³⁴⁸ **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, p. 6243. Ver ¶¶ 109-114, *supra*; Ver **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, p. 5162 (citando la providencia del despacho del Contralor General del 31 de mayo de 2018, confirmando el auto 0673 del 11 de mayo de 2018: “[E]l proceso de responsabilidad fiscal, garantiza no solo el ejercicio del control de legalidad en sede administrativa por parte del operador fiscal competente, sino también el control de legalidad en sede jurisdiccional una vez proferida decisión de fondo, ante la jurisdicción contencioso administrativo, por lo que dicha actuación administrativa goza de presunción de legalidad pero a diferencia de la decisión judicial no hace tránsito a cosa juzgada”). Ver n. 226, *supra*.

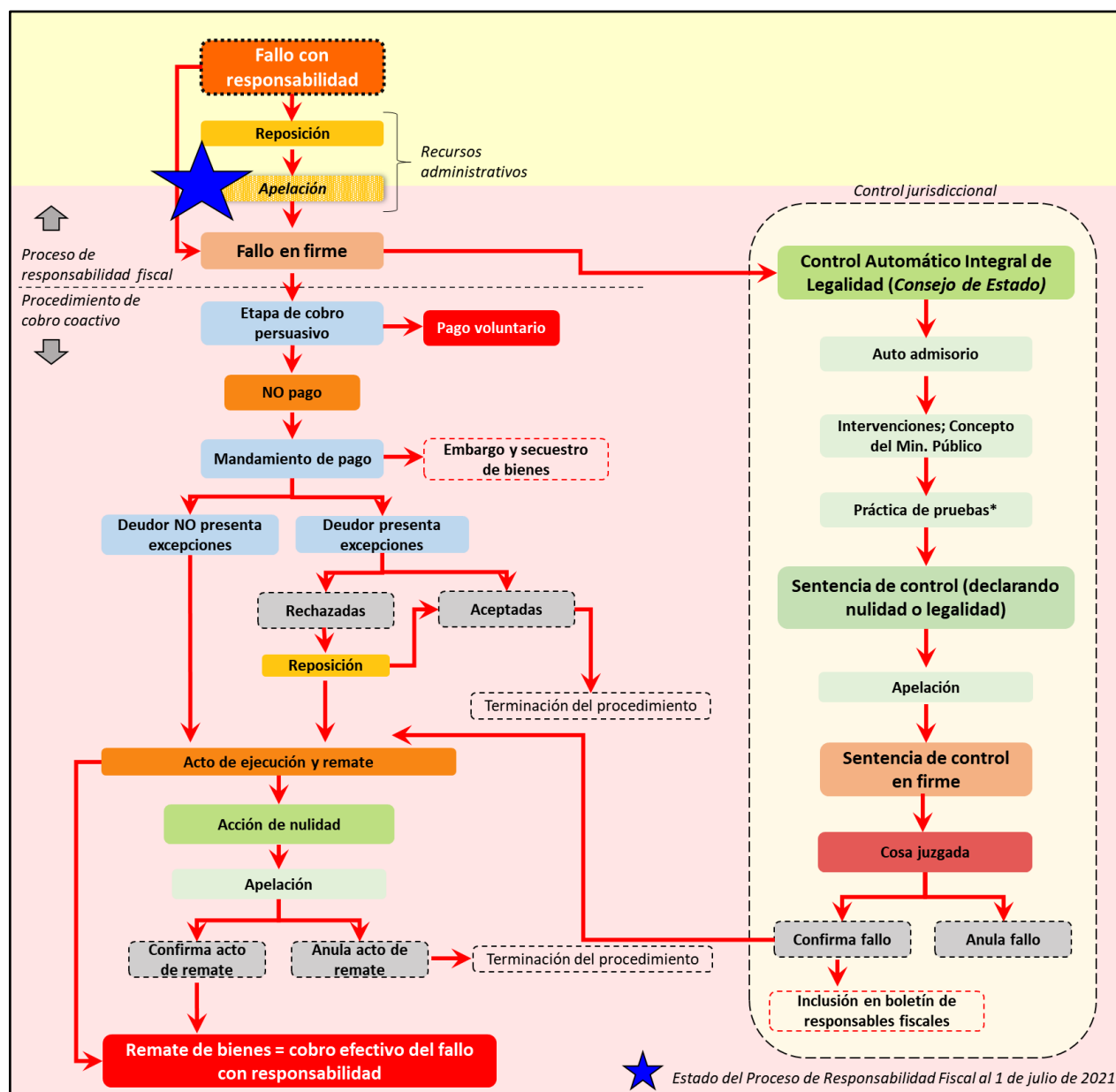
161. En su parte resolutive, el Fallo con Responsabilidad Fiscal expresamente indica que la inclusión en el boletín de responsables fiscales se postergará hasta que quede en firme la sentencia que concluya el control judicial.³⁴⁹

162. A la fecha de este Memorial, la CGR no ha decretado medidas cautelares contra activos de Foster Wheeler ni de Process Consultants, ni ha iniciado el cobro coactivo del Fallo con Responsabilidad Fiscal. Sobra decir que Foster Wheeler ni Process Consultants han realizado ningún pago voluntario a la CGR.

163. Para referencia de este Tribunal, la siguiente ilustración muestra el estado actual del Proceso de Responsabilidad Fiscal (marcado con una estrella), así como los múltiples trámites y recursos administrativos y judiciales que aún se encuentran pendientes (marcados con fondo color rosa) y que tendrían que surtirse antes de que haya una medida susceptible de causar un perjuicio o daño pecuniario a los Demandantes.

³⁴⁹ **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, p. 6243.

Ilustración 5 - Estado del Proceso de Responsabilidad Fiscal al 1 de julio de 2021



OBJECIÓN PRELIMINAR BAJO EL ARTÍCULO 10.20.4 DEL TRATADO

164. El Artículo 10.20.4 del Tratado establece que el Tribunal debe conocer y decidir “como una cuestión preliminar cualquier objeción del demandado de 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”.³⁵⁰ Esta objeción preliminar tiene por objeto desestimar, en una etapa temprana del procedimiento arbitral, reclamaciones defectuosas que no cumplen con los presupuestos imprescindibles requeridos para someter una reclamación válida a arbitraje conforme al Tratado, y respecto de las cuales el Tribunal no podría dictar un laudo favorable para los Demandantes incluso si sus alegatos de hecho fuesen correctos.³⁵¹

³⁵⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.20.4. La disposición señala que, al decidir acerca de esta objeción, 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”. *Id.*, Artículo 10.20.4(c). Sin embargo, el Tribunal “puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa”, y no debe asumir como ciertos alegatos jurídicos (incluso aquellos disfrazados como alegatos de hecho) o conclusiones que no se encuentren respaldadas por los alegatos de hecho relevantes. *Id.*, Artículo 10.20.4(c); **Ap. RL-36**, *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12 (DR-CAFTA), Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010 (“*Pac Rim*”), ¶ 91 (“Además, en este procedimiento solo se presumen como verdaderos los ‘alegatos de hecho’. La frase no incluye ningún alegato jurídico. Por lo tanto, no podría incluir una alegación jurídica revestida de una alegación de hecho. Tampoco podría incluir una mera conclusión que no se encuentre respaldada por ninguna alegación de hecho relevante sin privar al procedimiento de toda aplicación práctica. En resumen, el Tribunal concluye, nuevamente, que el fondo debe prevalecer claramente sobre la forma en este procedimiento.”) (traducción del inglés). Asimismo, los únicos alegatos de hecho que deben ser tomados como ciertos por el Tribunal para una objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado son aquellos efectuados en la Notificación de Arbitraje, y no los efectuados con posterioridad. **Ap. RL-36**, *Pac Rim*, ¶ 90 (“[S]olo la notificación (o notificación modificada) de arbitraje goza de una presunción de veracidad: no hay presunción de veracidad en lo que respecta a las alegaciones de hecho realizadas en otros lugares, por ejemplo, en otras presentaciones escritas u orales realizadas por un demandante ante el tribunal en virtud del procedimiento para abordar la objeción preliminar del demandado.”) (traducción del inglés).

³⁵¹ Ver **Ap. RL-37**, Lee M. Caplan y Jeremy K. Sharpe, *United States*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 755 (C. Brown (ed.), Oxford University Press 2013), p. 835 (“El Artículo 28(4) [que es idéntico al Artículo 10.20.4 del Tratado] proviene de la Regla 12(b)(6) de las Reglas Federales sobre Procedimiento Civil de los EE.UU., que permite una desestimación por la falla en establecer un reclamo sobre el cual se pueda otorgar una reparación. La regla promueve la eficiencia judicial al desechar los casos legalmente defectuosos previo a que las partes contendientes hayan gastado tiempo y dinero litigando un reclamo completamente defectuoso.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-38**, Audley Sheppard, *The Jurisdictional Threshold of a Prima Facie Case*, en THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 933 (P. Muchlinski y otros (eds.), Oxford University Press 2008), pp. 957-

En pocas palabras, esta objeción cuestiona el sustento legal de la reclamación efectuada.

165. El Tratado contiene disposiciones específicas que establecen los requisitos que debe cumplir una reclamación para que pueda someterse a arbitraje y las formas de reparación que un tribunal se encuentra facultado a otorgar. Así, el Artículo 10.16.1 del Tratado prevé que un demandante solamente puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue (i) que el demandado ha violado una obligación sustantiva del Tratado, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión, y (ii) que, en virtud de dicha violación o como resultado de esta, el demandante ha sufrido pérdidas o daños.³⁵² Por su parte, el Artículo 10.26 dispone que un tribunal arbitral constituido conforme al

959 (“Una nueva generación de tratados de inversiones que involucra a los EE.UU. incluye una disposición expresa que permite al Estado demandado hacer una solicitud similar a una petición de desestimación (*‘motion to dismiss’*). [Ese es el caso, por] ejemplo, [d]el Acuerdo de Libre Comercio América Central-República Dominicana-EE.UU. (CAFTA-DR), firmado el 5 de agosto de 2004, . . . en su Artículo 10.20. . . . Una explicación breve del CAFTA-DR emitida por la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos establece: ‘El CAFTA-DR incluye salvaguardas para asegurar que los inversionistas no puedan abusar del procedimiento arbitral, incluidas disposiciones (basadas en reglas de las cortes de los EE.UU.) que permiten a los tribunales desestimar reclamos frívolos en una etapa temprana del procedimiento u otorgar honorarios de abogados y costos para desincentivar tales reclamos.’ El Artículo 10.20 fue inspirado en el procedimiento de la petición de desestimación (*‘motion to dismiss’*), en el que el demandado afirma que el demandante ha fallado en establecer un reclamo sobre el cual se pueda otorgar una reparación (Reglas de Procedimiento Federal, Regla 12(b)(6)). . . . [U]na petición de desestimación (*‘motion to dismiss’*) no es un cuestionamiento a la competencia de la corte, sino un cuestionamiento al sustento legal de un reclamo en una etapa muy temprana del procedimiento. . . . El lenguaje del Artículo 10.20 del CAFTA antes citado se reproduce en el Artículo 28 del TBI Modelo de los EE.UU., que fue completado en noviembre de 2004. Este lenguaje también lo contienen el TBI EE.UU.-Uruguay (4 de noviembre de 2005), el APC EE.UU.-Perú (12 de abril de 2006), el [APC] EE.UU.-Colombia (22 de noviembre de 2006), y el APC EE.UU.-Panamá (28 de junio de 2007).) (traducción del inglés; énfasis añadido). De todas formas, si bien esta objeción se encuentra inspirada en la Regla 12(b)(6) de las Reglas de Procedimiento Federal de los Estados Unidos, debe aclararse que el alcance del Artículo 10.20.4 del Tratado no se limita a atender meramente aquellas reclamaciones “frívolas” o “legalmente imposibles”, sino que tiene un alcance más amplio. **Ap. RL-36**, *Pac Rim*, ¶ 108 (“Al contrario de lo que afirma la Demandante, el Tribunal no considera que el estándar de revisión del Artículo 10.20.4 se limite a las reclamaciones ‘frívolas’ o ‘legalmente imposibles’”. Estas palabras podrían haber sido utilizadas por las Partes Contratantes al acordar el CAFTA; pero todas están significativamente ausentes. Además, la adición implícita de estas u otras palabras similares restringiría significativamente el remedio arbitral bajo el Artículo 10.20.4, cuando la estructura de esta disposición permite una interpretación más natural y efectiva que resulte consistente con su objeto y fin.”) (traducción del inglés).

³⁵² **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1.

Tratado posee únicamente la facultad de otorgar “daños pecuniarios”, encontrándose desautorizado para “ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo” o de daños no pecuniarios.³⁵³

166. En el presente caso, es evidente que la reclamación sometida a arbitraje por los Demandantes no es una reclamación respecto de la cual, como cuestión de derecho, pueda dictarse un laudo favorable para ellos debido (I) a que no se cumple ninguno de los presupuestos imprescindibles establecidos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para la presentación de una reclamación válida a arbitraje, y (II) a que las pretensiones de los Demandantes exceden las formas de reparación que el Tribunal se encuentra facultado a otorgar conforme al Artículo 10.26 del Tratado. Por ende, la reclamación de los Demandantes debe ser desestimada como cuestión preliminar, sin que sea necesario analizar las objeciones a la competencia del Tribunal, y mucho menos adentrarse en el fondo del asunto.

167. A continuación se analizarán cada una de estas cuestiones en detalle.

I.

No Puede Dictarse un Laudo Favorable para los Demandantes Porque No se Cumplen los Presupuestos del Artículo 10.16.1 del Tratado

168. A los efectos de que un inversionista – ya sea por cuenta propia o en representación de una empresa que sea de su propiedad o esté bajo su control directo o indirecto – pueda someter una reclamación a arbitraje bajo el Tratado, el Artículo 10.16.1 requiere que se cumplan los siguientes presupuestos: (A) que exista una

³⁵³ *Id.*, Artículo 10.26.

violación de una obligación sustantiva del Tratado o de una autorización de inversión o un acuerdo de inversión, y (B) que el demandante o la empresa hayan sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta.³⁵⁴

169. En el presente caso, las alegaciones de hecho efectuadas por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje no son susceptibles de satisfacer ninguno de estos presupuestos ineludibles para el sometimiento a arbitraje de una reclamación válida conforme al Tratado.³⁵⁵ Una reclamación como la de los Demandantes, que no ha sido debidamente sometida a arbitraje conforme al Tratado, no es una reclamación respecto de la cual este Tribunal pueda dictar un laudo favorable de acuerdo con el Artículo 10.26 del Tratado. Por ese motivo, debe ser desestimada en su totalidad.

³⁵⁴ *Id.*, Artículo 10.16.1. Asimismo, cabe señalar que el incumplimiento de estos requisitos no solo afecta la admisibilidad de la reclamación sometida a arbitraje, sino también el consentimiento mismo, ya que las Partes Contratantes del Tratado únicamente consintieron someter una reclamación a arbitraje “con arreglo a esta Sección [B] y de conformidad con este Acuerdo”. *Id.*, Artículo 10.17.1. Dicho de otro modo, las Partes Contratantes no consintieron el sometimiento de una reclamación a arbitraje bajo el Tratado si no existe una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión y si no existe una pérdida o daño en virtud o como resultado de dicha violación. Ver **Ap. RL-39**, *United Parcel Service of America Inc c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002 (“UPS”), ¶ 60 (“La jurisdicción se confiere en el artículo 1116(1)(b) [del TLCAN, que es similar al Artículo 10.16.1 del Tratado] y está sujeta a sus propios términos. El artículo 1116 relativo a las controversias entre inversionistas y Estados, como el similar artículo 1117, establece el alcance de lo que las Partes han acordado con respecto a las reclamaciones sometidas a arbitraje contra cada una de ellas por un inversionista de la otra Parte”). (traducción del inglés).

³⁵⁵ Los requisitos previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje deben analizarse al momento del sometimiento de dicha reclamación a arbitraje. O sea, la admisibilidad de la reclamación dependerá de si estos requisitos (*i.e.*, la violación de una obligación sustantiva del Tratado o un acuerdo de inversión y la existencia de una pérdida o un daño en virtud o como resultado de dicha violación) se cumplen en la fecha en que dicha reclamación es sometida a arbitraje. Ver por ejemplo **Ap. RL-40**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 8 de junio de 2009 (“Glamis”), ¶¶ 328, 331, 335 (“[L]a cuestión de la madurez depende de la determinación de si las medidas impugnadas de California causaron un daño a los derechos de propiedad del Demandante en el momento en que este presentó su reclamación a arbitraje”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

A. No Existe una Violación que Pueda Dar Lugar a una Reclamación Bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado

170. El primer requisito que exige el Artículo 10.16.1 para que un inversionista pueda efectuar una reclamación a arbitraje bajo el Tratado es la existencia de una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de una autorización de inversión o un acuerdo de inversión al momento del sometimiento de la reclamación. Si bien en este caso los Demandantes argumentan que existió una violación de ciertas obligaciones sustantivas del Tratado y de un acuerdo de inversión, conforme a las alegaciones de hecho que efectúan los propios Demandantes (1) no pudo haberse configurado una violación de una obligación sustantiva del Tratado, (2) ni mucho menos pudo haber existido una violación de un acuerdo de inversión.

(1) No Pudo Haber Existido Ninguna Violación de una Obligación Sustantiva del Tratado en Este Caso

171. En este caso, los alegatos de hecho que efectúan los Demandantes en su Notificación de Arbitraje no son susceptibles de constituir, como una cuestión de derecho, una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado. Ello se debe fundamentalmente a que (a) no se ha configurado una medida susceptible de constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado, ya que todavía no existe un Fallo con Responsabilidad Fiscal en firme, o susceptible de ser ejecutado, y no se ha llevado a cabo un control judicial, y (b) los Demandantes no han podido establecer que su reclamación pueda constituir una violación *prima facie* de las obligaciones sustantivas del Tratado.

a. No se Ha Configurado una Medida Susceptible de Constituir una Violación de una Obligación del Tratado

172. Todas las reclamaciones de los Demandantes en este caso sobre supuestas violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado se basan en el Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR en Colombia contra Foster Wheeler y Process Consultants y otras personas físicas y jurídicas, tanto colombianas como extranjeras. Sin embargo, tomando las alegaciones de los Demandantes como ciertas, estas no acreditan que en dicho Proceso de Responsabilidad Fiscal exista actualmente una medida susceptible de constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado, pues el Fallo con Responsabilidad Fiscal aún no se encuentra en firme.

173. Es más, al momento de la presentación de la Notificación de Arbitraje, ni siquiera se había dictado un Fallo con Responsabilidad Fiscal, sino que simplemente existía un Auto de Imputación, que es una decisión de trámite o interlocutoria que no define ninguna situación jurídica de manera definitiva.³⁵⁶

174. Si bien meses después del sometimiento de esta reclamación a arbitraje el Contralor Delegado dictó el Fallo con Responsabilidad Fiscal, dicho Fallo ha sido apelado ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR, con efecto suspensivo. Solamente cuando se resuelva el recurso de apelación, y se agote así la vía administrativa o gubernativa, el Fallo con Responsabilidad Fiscal quedaría en firme (en caso de ser confirmado).³⁵⁷ Resta también que se lleve a cabo un control judicial ante los tribunales contencioso administrativos, que en todo caso será de doble instancia.³⁵⁸

³⁵⁶ Ver ¶¶ 99, 135, *supra*.

³⁵⁷ Ver ¶¶ 106, 160, 163, *supra*.

³⁵⁸ Ver n. 226, ¶¶ 109-114, 160, 163, *supra*.

175. En este momento, se desconoce si el Fallo con Responsabilidad Fiscal será finalmente confirmado en sede administrativa y, en dado caso, si seguirá en pie luego del control judicial ante los tribunales contencioso administrativos.

176. Así, resulta evidente que el procedimiento arbitral iniciado por los Demandantes es prematureo.³⁵⁹ Un mero acto administrativo que no se encuentra firme y que está sujeto a control judicial posterior no puede constituir – por sí mismo – una medida susceptible de configurar una violación de una obligación sustantiva del Tratado: no puede configurarse una denegación de justicia, ni mucho menos una expropiación o una violación de algún otro tipo de obligación sustantiva del Tratado como el nivel mínimo de trato, el trato nacional o el trato de nación más favorecida.

177. Este caso es análogo en muchos aspectos al caso *Corona c. República Dominicana*, que fue desestimado bajo una objeción preliminar sumarísima conforme al Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA (que es idéntico al Artículo 10.20.5 del Tratado).³⁶⁰ En aquel caso, el Ministerio de Medio Ambiente de República Dominicana denegó al demandante la aprobación ambiental de una concesión por considerar que el proyecto no era ambientalmente viable, y luego no reconsideró su decisión. Al desestimar la

³⁵⁹ Ni la mera apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal en contra de Foster Wheeler y Process Consultants, ni su posterior imputación, puede constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado. El trámite de procesos de responsabilidad fiscal que vinculen inversionistas estadounidenses cuando existe un supuesto daño al patrimonio público constituye el ejercicio de una facultad constitucional de Colombia que no se encuentra prohibido por el Tratado. Es más, un proceso de responsabilidad fiscal es perfectamente compatible con el Tratado, ya que uno de los objetivos establecidos expresamente en el Preámbulo del APC Colombia-EE.UU. es que las Partes Contratantes puedan “preservar su capacidad para salvaguardar el bien público”. Ap. RL-2, APC Colombia-EE.UU., Preámbulo.

³⁶⁰ Cabe recordar que el Artículo 10.20.5 del Tratado establece una objeción preliminar sumarísima, con un alcance incluso más limitado y con plazos más breves que una objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado. Ap. RL-1, Tratado, Artículo 10.20.5.

reclamación de sometimiento a arbitraje del demandante por supuestas violaciones del DR-CAFTA, el tribunal sostuvo lo siguiente:

[E]l Tribunal no considera que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.³⁶¹

178. En consecuencia, el tribunal en *Corona* resolvió que, “en tanto una conclusión de denegación de justicia en virtud del derecho internacional depende necesariamente del producto definitivo del sistema jurídico interno del Estado”, y “se incurre en responsabilidad [de un Estado] como consecuencia de una decisión judicial definitiva de un tribunal de última instancia”, “no pudo haber denegación de justicia sin una sentencia firme emanada de la autoridad judicial superior del Estado”.³⁶² Es más, el tribunal destacó que en el caso “no sólo no existe sentencia firme alguna emanada de la autoridad judicial superior del Estado, tampoco existe decisión de organismo contencioso administrativo o autoridad judicial alguna”.³⁶³ Lo mismo ocurre aquí, en donde existe meramente un acto administrativo que no se encuentra firme y que no ha estado aún sujeto a control judicial.

³⁶¹ **Ap. RL-41**, *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3 (DR-CAFTA), Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (“*Corona Laudo*”), ¶ 248 (énfasis añadido).

³⁶² *Id.*, ¶ 264 (énfasis añadido).

³⁶³ *Id.* (énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-42**, Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES (2d ed., Oxford International Arbitration Series 2017), ¶ 7.68 (“Cualquier falla en la toma de decisiones administrativas no daría lugar por sí misma a una reclamación internacional, ya que estas primero deberían ser presentadas por el inversionista ante los tribunales locales.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); ¶¶ 201-210, *infra*.

179. El caso preferido de los Demandantes, *Glencore c. Colombia*, también apoya la posición de Colombia.³⁶⁴ Cuando los demandantes en *Glencore* sometieron su reclamación a arbitraje, el fallo con responsabilidad fiscal ya se encontraba en firme en sede administrativa tras el agotamiento de la vía gubernativa, y dicho acto administrativo ya había sido sujeto a un recurso de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa.³⁶⁵ Sin embargo, más allá del estado más avanzado del proceso de responsabilidad fiscal en *Glencore*, existe una diferencia fundamental con el presente caso: el protocolo del Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) entre Colombia y Suiza – el tratado bajo el cual se constituyó el tribunal en *Glencore* – establecía que una reclamación basada en un acto administrativo podía ser sometida a arbitraje siempre y cuando el demandante hubiere agotado la vía gubernativa³⁶⁶ (lo que no ocurre bajo el Tratado, que no tiene una disposición análoga). Esa diferencia fundamental entre ambos casos refuerza aún más el argumento que en el presente caso todavía no existe una medida susceptible de constituir una violación del Tratado.

180. Los tribunales arbitrales han rechazado consistentemente reclamaciones sobre supuestas violaciones de obligaciones sustantivas de un tratado cuando estas son prematuras:

- *Aminoil c. Kuwait*: “[L]a posibilidad (antes de la emisión del Decreto-Ley No. 124) de acudir a un tribunal arbitral con relación a una

³⁶⁴ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 130-131, 144, 165; **Ap. RL-20**, *Glencore I*.

³⁶⁵ Cabe aclarar que en aquel momento no se encontraba vigente la norma que creó el control automático e integral de legalidad. Ver ¶¶ 75, 109, *supra*. También cabe señalar que bajo el TBI Colombia-Suiza no existe el requisito de la renuncia que contiene el Artículo 10.18.2(b) del Tratado. Ver ¶ 330, *infra*.

³⁶⁶ **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶¶ 1114-1118; **Ap. RL-43**, Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 17 de mayo de 2006 y en vigor desde el 6 de octubre de 2009 (“TBI Colombia-Suiza”), Protocolo, Adición Artículo 11(3) (“Con respecto a Colombia, para poder someter una reclamación para su solución bajo dicho artículo, se debe agotar la vía gubernativa de acuerdo a las leyes y regulaciones aplicables”).

cuestión particular sobre la cual las Partes no habían llegado a un entendimiento no existía, porque a menos que y hasta que el Gobierno tomara alguna medida concreta – como la nacionalización – a raíz de esa falta de entendimiento, no habría existido ninguna reclamación concreta para acudir a un tribunal arbitral".³⁶⁷

- *Enkev c. Polonia*: "Hacia el comienzo de este arbitraje, la Demandada proveyó amablemente una 'hoja de ruta' de los diferentes y sucesivos pasos administrativos, legales y judiciales que podrían conducir a la eventual expropiación de los bienes inmuebles de Enkev Polska. . . . La hoja de ruta consta de siete pasos, de los cuales la Notificación del 7 de enero de 2014 constituye únicamente el primer paso. Todavía no se ha alcanzado el segundo paso, y menos aún cualquier otro paso administrativo, legal o judicial que culmine en la expropiación efectiva de los bienes inmuebles de Enkev Polska en virtud de la *Road Legislation*. En estas circunstancias, el Tribunal considera que el Demandante no ha demostrado ninguna falta de debido proceso en virtud del derecho polaco o internacional: dicho proceso todavía tiene un largo recorrido por delante en Polonia, incluyendo la posibilidad de varias intervenciones judiciales por parte de los tribunales polacos. En opinión del Tribunal, la reclamación del demandante es prematura".³⁶⁸
- *Glamis Gold c. Estados Unidos*: "En la determinación de si el Tribunal tiene competencia en razón de la materia para decidir sobre las reclamaciones del Artículo 1110, el Tribunal parte de la premisa de que una constatación de expropiación requiere que un acto gubernamental haya violado una obligación en virtud del Capítulo 11 y que dicho incumplimiento haya dado lugar a pérdidas o daños. El Artículo 1117(1) del TLCAN establece la legitimación de un inversionista de un Estado Parte para presentar una reclamación por el daño causado a su subsidiaria en el territorio de otro Estado Parte en virtud de las disposiciones sobre inversión del Capítulo 11. A través del lenguaje del Artículo 1117(1), los Estados Partes concibieron un requisito de madurez en el sentido de que un demandante debe haber incurrido en una pérdida o daño para presentar una reclamación por compensación conforme al Artículo 1120. Las reclamaciones solo surgen en virtud del Artículo 1110 del TLCAN cuando se produce una confiscación real, y por lo tanto las meras amenazas de expropiación o nacionalización no son suficientes para que una reclamación esté madura; para que una reclamación en virtud del Artículo 1110 esté madura, el acto gubernamental debe haber adquirido directa o

³⁶⁷ **Ap. RL-44**, *The American Independent Oil Company c. Gobierno del Estado de Kuwait*, Laudo Final, 24 de marzo de 1982, ¶ 112 (traducción del inglés; énfasis añadido).

³⁶⁸ **Ap. RL-45**, *Enkev Beheer B.V. c. República de Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo Parcial, 29 de abril de 2014, ¶¶ 350-351 (traducción del inglés; énfasis añadido).

indirectamente algún derecho de propiedad que resulte en un daño actual real para un inversionista. . . . Sin un acto gubernamental que vaya más allá de la mera amenaza de expropiación y se convierta en una interferencia real con un derecho de propiedad, es imposible evaluar el impacto económico de la interferencia".³⁶⁹

- *Achmea c. Eslovaquia II*: "Como la República Eslovaca ha dejado muy claro en sus presentaciones, el proceso aún se encuentra en su fase inicial, ya que hasta el momento no se ha presentado ningún proyecto de ley a la legislatura eslovaca. Por lo tanto, en este momento, todavía es totalmente especulativo indagar si, cuándo y bajo qué condiciones se llevaría a cabo la supuesta expropiación de la inversión de Achmea. . . . En virtud de lo anterior, el Tribunal considera que el demandante no ha presentado un caso *prima facie* para su reclamación en virtud del Artículo 5. . . . Se le está invitando al Tribunal a realizar un ejercicio especulativo, mirando hacia el futuro para examinar una conducta estatal que aún no se ha materializado y cuyas características no pueden determinarse con certeza en esta etapa. El Tribunal concluye que esto es inadmisible en virtud del TBI y, por lo tanto, queda fuera del ámbito de la jurisdicción del Tribunal".³⁷⁰

181. En suma, el caso iniciado por los Demandantes es prematuro ya que no existe a la fecha ninguna medida susceptible de constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado (ya sea una denegación de justicia, una expropiación o cualquiera de las demás violaciones alegadas), pues todavía ni siquiera existe un acto administrativo que se encuentre firme ni mucho menos una sentencia judicial. Dicho de otro modo, los Demandantes están invitando al Tribunal a realizar meramente un ejercicio especulativo.

³⁶⁹ **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶¶ 328, 331 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-46**, *Mariposa Development Company y otros (Estados Unidos) c. Panamá*, 27 de junio de 1933, REPORTS OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS, Volumen VI, p. 341 ("El sentido común y práctico indica que la mera aprobación de una ley en virtud de la cual la propiedad privada puede ser posteriormente expropiada sin compensación por acción judicial o ejecutiva no debería crear de inmediato una reclamación internacional en nombre de todos los propietarios extranjeros del país. Debería haber un *locus penitentiae* para la representación diplomática y la tolerancia ejecutiva, y las reclamaciones solo deberían surgir cuando se produzca la confiscación real".) (traducción del inglés).

³⁷⁰ **Ap. RL-47**, *Achmea B.V. c. República Eslovaca II*, Caso CPA No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de mayo de 2014 ("*Achmea II*"), ¶¶ 238, 251 (traducción del inglés; énfasis añadido).

182. En resumen, conforme al Artículo 10.16.1 del Tratado, el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje requiere que se haya violado una obligación sustantiva del Tratado a la fecha de dicho sometimiento, pero a la fecha del sometimiento de la presente reclamación a arbitraje³⁷¹ no pudo haber existido ninguna violación de una obligación sustantiva del Tratado simplemente porque no existía ninguna medida susceptible de constituir dicha violación,³⁷² por lo que la reclamación de los Demandantes es prematura y resulta inadmisibile.

b. Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación *Prima Facie* de Alguna de las Obligaciones Sustantivas del Tratado

183. De todas formas, los Demandantes no han presentado alegaciones que puedan constituir *prima facie* una violación de alguna de las obligaciones sustantivas del Tratado que invocan.

³⁷¹ El cumplimiento de los requisitos que requiere el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje debe analizarse a la fecha del sometimiento de dicha reclamación. Ver n. 355, *supra*. En tal sentido, cabe recordar que, a la fecha que los Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje, el Proceso de Responsabilidad Fiscal se encontraba iniciado, y Foster Wheeler y Process Consultants habían sido imputados, pero todavía no existía siquiera un Fallo con Responsabilidad Fiscal. Más allá de que con posterioridad al sometimiento de su reclamación se haya dictado el Fallo con Responsabilidad Fiscal, este Fallo no se encuentra firme (ni siquiera en sede administrativa) y Foster Wheeler y Process Consultants no han sufrido ninguna pérdida o daño, por lo que la situación no ha variado y a la fecha sigue sin existir una medida susceptible de constituir una violación de una obligación del Tratado.

³⁷² Ver **Ap. RL-48**, *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 25 de julio de 2014 ("*Presentación de EE.UU. en Mesa Power*"), ¶ 4 ("El Artículo 1116(1) del TLCAN [que es casi idéntico al Artículo 10.16.1 del Tratado] además establece que un inversionista puede someter una reclamación a arbitraje cuando una Parte 'ha violado' ciertas obligaciones, y el inversionista 'ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella'. Por lo tanto, no puede haber una reclamación en virtud del artículo 1116(1) hasta que un inversionista haya sufrido un daño por una violación alegada. De conformidad con los Artículos 1116(1) y 1120(1), un inversionista puede presentar una reclamación a arbitraje bajo el Capítulo Once sólo por una violación que ya haya ocurrido y por la cual ya se haya incurrido en daños o pérdidas. . . . No podrá presentarse ninguna reclamación basada únicamente en especulaciones sobre futuras violaciones o futuras pérdidas".) (traducción del inglés; énfasis añadido).

184. Es un principio ampliamente reconocido que, en un arbitraje de inversión, los demandantes tienen la carga de probar que al menos existe un caso *prima facie* de que los hechos que alegan son susceptibles de constituir, como cuestión de derecho, una violación de una obligación sustantiva del tratado.³⁷³

185. Los Demandantes no han sido capaces de satisfacer esa carga. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes argumentan que Colombia ha violado las siguientes obligaciones sustantivas bajo el Tratado: (i) trato justo y equitativo (incluido dentro del nivel mínimo de trato); (ii) no expropiación sin compensación; (iii) trato nacional; y (iv) trato de nación más favorecida.³⁷⁴ Sin embargo, los Demandantes no han presentado un caso *prima facie* de una posible violación de esas obligaciones sustantivas del Tratado.

³⁷³ Ver **Ap. RL-49**, *Salini Construttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hashemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Laudo, 31 de enero de 2006, ¶ 151 (“[E]n consecuencia, el Tribunal determinará si los hechos alegados por los Demandantes en este caso, en caso de ser probados, pueden quedar comprendidos en las disposiciones del TBI que han sido invocadas”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-39**, *UPS*, ¶¶ 33-34 (“[E]l abogado de UPS aceptó el estándar referido por Canadá en su Memorial de Contestación: ‘[El Tribunal] debe llevar a cabo un análisis *prima facie* de las obligaciones del TLCAN, que UPS pretende invocar, y determinar si los hechos alegados pueden constituir una violación de estas obligaciones’.” Esta formulación deja bien en claro que la mera afirmación de una parte demandante de que una controversia está dentro de la competencia del Tribunal no es concluyente. Es el Tribunal el que debe decidir.”), ¶ 37 (en donde el tribunal consideró la siguiente pregunta crucial: “¿Los hechos alegados por [el demandante] están comprendidos en esas disposiciones? ¿Una vez probados, son los hechos susceptibles de constituir incumplimientos de las obligaciones que enuncian?”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-50**, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, ¶ 119 (señalando que “el demandante debe demostrar que los hechos alegados en los que se basa pueden estar comprendidos en las disposiciones del tratado.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-51**, *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006 (“*Telenor*”), ¶ 68 (“El Demandante tiene la carga de demostrar que lo que se alega como expropiación es, al menos, susceptible de hacerlo. En otras palabras, debe haber un caso *prima facie* de que se aplica el TBI.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-52**, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶ 194 (indicando que el tribunal “debe estar convencido de que, si los hechos o los argumentos alegados por Bayindir finalmente se demuestra que son ciertos, podrían constituir una violación del TBI.”) (traducción del inglés).

³⁷⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 30.

(i) Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación *Prima Facie* del Trato Justo y Equitativo

186. Los Demandantes no han efectuado un caso *prima facie* de una posible violación del estándar de TJE debido a que: (a) el estándar de TJE del Tratado solo protege a las inversiones y no a los inversionistas, y todas las reclamaciones de los Demandantes se basan en supuestas acciones, omisiones y conducta de Colombia que habrían afectado únicamente a los inversionistas; (b) de cualquier forma, los Demandantes argumentan su caso basándose en un estándar incorrecto de TJE, pues bajo el Tratado el estándar de TJE se encuentra limitado al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, y ninguna de las alegaciones de los Demandantes es susceptible de violar el nivel mínimo de trato; y (c) por último, independientemente del alcance limitado del estándar de TJE, no pudo haber existido en este caso una denegación de justicia, dado que todavía no existe siquiera un acto administrativo firme en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, ni mucho menos se ha configurado una violación fundamental del debido proceso.

(a) El Estándar de TJE Solo Protege a las Inversiones y No a los Inversionistas

187. El estándar de nivel mínimo de trato del Tratado, que incluye la obligación de TJE, solo protege a las inversiones, y no así a los inversionistas. El Artículo 10.5.1 del Tratado establece expresamente que:

Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.³⁷⁵

³⁷⁵ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.1 (énfasis añadido). Esta es claramente la interpretación que surge del sentido corriente de los términos de la disposición en su contexto. Ver, en este sentido, **Ap. RL-**

188. Estados Unidos – la otra Parte Contratante del Tratado – ha ratificado en sus presentaciones como parte no contendiente esta limitación en el alcance de la obligación de TJE bajo el Tratado:

Algunas obligaciones del Acuerdo entre Estados Unidos y Colombia requieren que una Parte conceda trato tanto a los inversionistas como a las inversiones cubiertas, mientras que otras obligaciones del Acuerdo solo requieren que una Parte conceda trato a una inversión cubierta. Por ejemplo, el Artículo 10.5 exige a las Partes que concedan “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” solo a las inversiones cubiertas, no a los inversionistas. En cambio, el Artículo 10.3 exige a las Partes que concedan “trato nacional” tanto a los inversionistas como a las inversiones cubiertas. De acuerdo con esta distinción, para las obligaciones del Acuerdo que solo se extienden a las inversiones cubiertas, un demandante (es decir, un inversionista) debe demostrar que el trato de una Parte se concedió a la inversión cubierta y violó la obligación pertinente.³⁷⁶

189. La jurisprudencia arbitral también ha señalado que, cuando la obligación de TJE protege únicamente a las inversiones y no a los inversionistas, solo puede configurarse una violación del TJE si las acciones, omisiones o conducta del Estado

53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, Artículo 31.1. *Ver también Ap. RL-1*, Tratado, Artículo 10.5.2 (“Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas”). (énfasis añadido).

³⁷⁶ **Ap. RL-54**, *Angel Manuel Seda y otros c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16 (APC Colombia-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021 (“*Presentación de EE.UU. en Angel Seda*”), ¶ 5 (traducción del inglés; énfasis añadido). *Ver también Ap. RL-55*, *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019 (“*Presentación de EE.UU. en Lion Mexico*”), ¶ 10 (“El Artículo 1105(1) [del TLCAN] difiere de otras obligaciones sustantivas, como las de los Artículos 1102, 1103 y el segundo párrafo del Artículo 1105, en el sentido de que obliga a una Parte a conceder trato solo a una ‘inversión’. En el contexto de una reclamación por denegación de justicia en virtud del Artículo 1105(1), un demandante (es decir, un inversionista) debe, por lo tanto, demostrar que el trato concedido a su inversión alcanzó el nivel de denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-56**, *Omega Engineering LLC y Sr. Oscar Rivera c. República de Panamá*, Caso CIADI No ARB/16/42 (APC Panamá-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 3 de febrero de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Omega*”), ¶ 46.

afectan a las inversiones, y no si aquellas acciones, omisiones o conducta del Estado afectan solamente a los inversionistas:

- *Nelson c. México*: “A partir del texto del tratado, queda claro que la obligación de otorgar trato justo y equitativo se limita al trato de ‘las inversiones’ de los inversionistas’. Por ende, antes de revisar las alegaciones de trato injusto e inequitativo del Demandante, el Tribunal debe primero aclarar cuál es la inversión que, según el Demandante, sufrió trato injusto e inequitativo”.³⁷⁷
- *Belokon c. Kirguistán*: “[E]l TBI solo exige el TJE de acuerdo con las ‘inversiones de los inversionistas de cualquiera de las partes contratantes’. Inversiones es un término definido en el TBI y no abarca a los *antiguos* directores y gerentes de Manas Bank. Por lo tanto, el Tribunal no considera que tenga competencia para considerar los procedimientos penales, por abusivos que sean, en su análisis bajo el estándar de TJE de este TBI en particular, excepto que formen un patrón que pueda ser relevante para evaluar el contexto en su conjunto. . . . La última de estas dos alegaciones, aunque comprensiblemente grave, no puede ser considerada bajo este TBI como una violación del estándar de TJE, ya que no se relaciona con la inversión en Manas Bank”.³⁷⁸

190. Como todas las alegaciones efectuadas aquí por los Demandantes se relacionan con supuestas acciones o conducta del Demandado que – de ser ciertas –

³⁷⁷ **Ap. RL-57**, *Sr. Joshua Dean Nelson c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1 (TLCAN), Laudo Final, 5 de junio de 2020, ¶ 312 (énfasis añadido).

³⁷⁸ **Ap. RL-58**, *Valeri Belokon c. República de Kirguistán*, CNUDMI, Laudo, 24 de octubre de 2014, ¶¶ 245, 251 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-59**, Jeswald Salacuse, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES* (2d. ed., Oxford 2015), p. 281 (“Al igual que las disposiciones sobre trato nacional, las cláusulas de NMF se formulan de diferentes maneras en los distintos tratados. En consecuencia, el alcance de la protección que ofrece la cláusula y las excepciones estipuladas varían de un tratado a otro. Por ejemplo, algunos tratados conceden el trato de NMF solo a las *inversiones* de una contraparte del tratado, mientras que otros lo conceden a los *inversionistas*. . . . Como resultado de la amplia variedad de formulaciones de trato de NMF que se encuentran en los tratados de inversión, las personas que los interpretan deben centrarse cuidadosamente en el lenguaje particular del tratado en cuestión y no deben asumir que la naturaleza y el alcance de la protección son uniformes entre los tratados”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-60**, Comisión de Derecho Internacional, *Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause*, 2(2) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION (2015), ¶ 69 (“En los acuerdos de inversión, la obligación se especifica generalmente como la concesión del trato de NMF al ‘inversionista’ o a su ‘inversión’. Algunos acuerdos limitan el beneficio de una disposición de NMF a la inversión”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

habrían afectado en todo caso a los inversionistas,³⁷⁹ y no a su inversión, no existe siquiera una alegación que pueda dar lugar a una violación *prima facie* de la obligación de TJE del Tratado.

191. Los Demandantes alegan principalmente que Colombia incurrió en una denegación de justicia, privó a los Demandantes del debido proceso y frustró las expectativas legítimas de los Demandantes al haber imputado “indebidamente” a Foster Wheeler y Process Consultants en el Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR por presunto daño al patrimonio público.³⁸⁰ Ninguna de esas alegaciones – independientemente de su veracidad – se relaciona con una acción, omisión o conducta que hubiese afectado la supuesta inversión de los Demandantes en Colombia (el Contrato de Servicios³⁸¹), sino que se relacionan directamente con acciones, omisiones o conducta de Colombia frente a los supuestos inversionistas (Foster Wheeler y Process Consultants).

³⁷⁹ Ver ¶ 145, *supra*.

³⁸⁰ Ver por ejemplo Notificación de Arbitraje, ¶ 97 (“El ejercicio ilegal de la jurisdicción de la CGR y la imputación de cargos de responsabilidad fiscal contra FPJVC sin ningún fundamento legal o fáctico, en contravención tanto de la ley colombiana como del Contrato [de Servicios], ha (1) denegado justicia a FPJVC, (2) privado del debido proceso, y (3) frustrado sus expectativas legítimas, todo ello en violación del Nivel Mínimo de Trato del Tratado”), ¶ 104 (“La Demandada violó el nivel mínimo de trato que Colombia debía a FPJVC de acuerdo con el estándar de TJE al someter indebidamente a FPJVC a un proceso de responsabilidad fiscal infundado bajo la Ley 610”), ¶ 154 (“Colombia, a través de la CGR, violó el estándar de TJE al negar a FPJVC el debido proceso al no: (1) proporcionar a FPJVC una oportunidad justa y equitativa de presentar su caso, de recopilar las pruebas adecuadas y de ser escuchado; (2) proporcionar a FPJVC una notificación adecuada sobre las razones de los Cargos; y (3) actuar de manera razonada, imparcial y sin prejuicios en el curso del proceso de responsabilidad fiscal”), ¶ 172 (“FPJVC esperaba que se protegieran sus derechos al debido proceso, incluyendo que no se le considerara responsable sin probar la causalidad, o por daños manifiestamente desproporcionados”). (traducción del inglés; énfasis añadido). Vale la pena recordar que los sujetos del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y por lo tanto quienes fueron imputados en el Auto de Imputación, fueron Foster Wheeler y Process Consultants. Ver ¶ 123, *supra*.

³⁸¹ Cabe recordar que Foster Wheeler y Process Consultants alegan que su “inversión cubierta” bajo el Tratado es el Contrato de Servicios. Notificación de Arbitraje, ¶ 29; ¶¶ 289-292, *infra*.

192. Por ese motivo, tales alegaciones, que supuestamente conllevaron un trato injusto e inequitativo hacia los Demandantes, no pueden constituir una violación de la obligación de TJE prevista en el Tratado, que solo protege a las inversiones y no a los inversionistas.

(b) De Cualquier Forma, los Demandantes Argumentan su Caso Basándose en un Estándar Incorrecto de TJE

193. Los Demandantes incorrectamente argumentan que el “Capítulo 10 del [Tratado] no define el término ‘trato justo y equitativo’” y por ende su significado debe interpretarse de acuerdo a su sentido corriente y como un estándar autónomo.³⁸² Sin embargo, el Artículo 10.5 del Tratado expresamente limita la obligación de TJE al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario:

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos.³⁸³

³⁸² Notificación de Arbitraje, ¶¶ 101-102 (traducción del inglés). Parece existir una contradicción en el argumento de los Demandantes, ya que por un lado argumentan que la conducta de Colombia violó la obligación de nivel mínimo de trato contenida en el Artículo 10.5 del Tratado (*Id.*, ¶¶ 96-97), y por otro lado sostienen que Colombia violó la obligación de trato justo y equitativo contenida en el Artículo 10.5 del Tratado, que no se encontraría definida en el Capítulo 10 del Tratado y por ende debe interpretarse como un estándar autónomo (*Id.*, ¶¶ 98, 101). Sin embargo, en la acción de tutela presentada por Foster Wheeler y Process Consultants en 2018, claramente reconocieron que la obligación de TJE bajo el Tratado es “de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”. **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 7-8.

³⁸³ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5 (énfasis añadido).

194. Así, conforme surge expresamente de los términos de esta disposición, la obligación de TJE no es un “estándar autónomo” bajo el Tratado³⁸⁴ – como incorrectamente argumentan los Demandantes – sino un estándar que no requiere un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.³⁸⁵

195. El significado y alcance del estándar previsto en el Artículo 10.5 del Tratado ha sido confirmado por Estados Unidos en sus presentaciones como parte no contendiente:

Este texto [Artículo 10.5] demuestra la intención expresa de las Partes de establecer el nivel mínimo de trato del derecho

³⁸⁴ Ver **Ap. RL-61**, *Adel A. Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33 (TLC Omán-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 22 de septiembre de 2014 (“*Presentación de EE.UU. en Hamadi Al Tamimi*”), ¶ 4 (“El nivel mínimo de trato al que se hace referencia en el Artículo 10.5 del TLC EE.UU.-Omán es un concepto general que incorpora un conjunto de normas que, con el tiempo, se ha cristalizado en el derecho internacional consuetudinario en contextos específicos. El Artículo 10.5 refleja, por lo tanto, una norma que se desarrolla a partir de la práctica de los Estados y de la *opinio juris*, como se indica expresamente en el Anexo 10-A, y no un estándar autónomo basado en un tratado.”) (traducción del inglés). Los casos y autoridades legales citados por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje resultan irrelevantes debido a que se refieren a la obligación de TJE como un estándar autónomo, que no es el significado y alcance de la obligación de TJE bajo el Tratado. Notificación de Arbitraje, ¶¶ 99-103. Ver también **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 37 (“[L]as decisiones arbitrales que interpretan estándares ‘autónomos’ de trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas en otros tratados, fuera del contexto del derecho internacional consuetudinario, no pueden constituir una prueba del contenido del estándar del derecho internacional consuetudinario exigido por el Artículo 10.5.”) (traducción del inglés). Resulta confusa la referencia que efectúan los Demandantes a las fuentes del derecho internacional conforme al Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Notificación de Arbitraje, ¶ 100), cuando de los propios términos de la obligación contenida en el Artículo 10.5 del Tratado resulta explícito que esta se limita al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario (que es una sola de esas fuentes). El Tratado mismo define el concepto de “derecho internacional consuetudinario” en el Anexo 10-A, y lo circunscribe a “una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”. **Ap. RL-1**, Tratado, n. 3 y Anexo 10-A.

³⁸⁵ Ver **Ap. RL-37**, L. Caplan y J. Sharpe, *United States*, p. 784 (“El Artículo 5(2) [del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, que es similar al Artículo 10.5 del Tratado] señala además que los ‘conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo del derecho internacional consuetudinario y no crean derechos adicionales significativos’. El Artículo 5(2) aclara, por lo tanto, que el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas constituyen en sí mismos el nivel mínimo de trato. El Artículo 5(2) excluye así el argumento de que la obligación de conceder un trato justo y equitativo y una protección y seguridad plenas es ‘aditiva a las exigencias del derecho internacional’.”) (traducción del inglés).

internacional consuetudinario como el estándar aplicable en el Artículo 10.5. El nivel mínimo de trato es un concepto general que refleja un conjunto de normas que, con el tiempo, se ha cristalizado en el derecho internacional consuetudinario en contextos específicos. La norma establece un “piso mínimo por debajo del cual no debe caer el trato a los inversionistas extranjeros”.³⁸⁶

196. El nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario solo protege a las inversiones ante una medida o conducta atroz y chocante por parte del Estado, como sería una grave denegación de justicia, o una arbitrariedad manifiesta, o una total injusticia, o una inexistencia absoluta del debido proceso, o una discriminación evidente, o una falta manifiesta de razones.³⁸⁷

³⁸⁶ **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 32 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-62**, *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana*, Caso CPA No. 2016-17 (DR-CAFTA), Presentación de los Estados Unidos de América, 6 de julio de 2018 (“*Presentación de EE.UU. en Ballantine*”), ¶ 17; **Ap. RL-63**, *Bay View Group y The Spalena Company c. República de Ruanda*, Caso CIADI No. ARB/18/21 (TBI Ruanda-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 19 de febrero de 2021 (“*Presentación de EE.UU. en Bay View*”), ¶ 37; **Ap. RL-64**, *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3 (DR-CAFTA), Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de marzo de 2016 (“*Presentación de EE.UU. en Corona*”), ¶ 11; **Ap. RL-65**, *Elliott Associates, L.P. c. República de Corea*, Caso CPA No. 2018-51 (TLC KORUS), Presentación de los Estados Unidos de América, 7 de febrero de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Elliott Associates*”), ¶ 13; **Ap. RL-66**, *Gramercy Funds Management LLC, y Gramercy Peru Holdings LLC c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2 (APC Perú-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019 (“*Presentación de EE.UU. en Gramercy*”), ¶ 31; **Ap. RL-67**, *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/16/9, Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de septiembre de 2017 (“*Presentación de EE.UU. en Italba*”), ¶ 18; **Ap. RL-68**, *Mason Capital, L.P y Mason Management LLC c. Gobierno de la República de Corea*, Caso CPA No. 2018-55 (TLC KORUS), Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de febrero de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Mason*”), ¶ 10; **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 14.

³⁸⁷ Ver por ejemplo **Ap. RL-69**, *L.F.H Neer y Pauline Neer c. Estados Unidos Mexicanos*, Mexico-U.S. General Claims Commission, Docket No. 136, Opinión, 15 de octubre de 1926, en 21 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 555 (1927), p. 556 (para que se pueda considerar la existencia de una violación del trato mínimo, el trato conferido a un extranjero “debería equivaler a un atropello, mala fe, negligencia intencional en el cumplimiento del deber, o a una insuficiente acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que toda persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su deficiencia”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶ 824 (“[E]l demandante no ha demostrado que las medidas individuales adoptadas por los gobiernos federal y el estado de California estén por debajo del nivel mínimo de trato previsto en el derecho internacional consuetudinario y constituyan una violación del Artículo 1105 [del TLCAN] en la medida en que no sean flagrantes y escandalosas: una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia descarada, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivación.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-70**, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2 (TLCAN),

197. Ninguna de las alegaciones efectuadas por los Demandantes (con excepción de aquellas relacionadas a una supuesta denegación de justicia y a una violación del debido proceso, que luego serán específicamente abordadas) se encuentra siquiera remotamente vinculada a una posible violación del nivel mínimo de trato. Por ejemplo, en su Notificación de Arbitraje, los Demandantes resumen sus alegaciones de la siguiente manera:

El ejercicio ilegal de la jurisdicción de la CGR y la imputación de cargos de responsabilidad fiscal contra FPJVC sin ningún fundamento legal o fáctico, en contravención tanto de la ley colombiana como del Contrato [de Servicios], ha (1) denegado justicia a FPJVC, (2) privado del debido proceso, y (3) frustrado sus expectativas legítimas, todo ello en violación del Nivel Mínimo de Trato del Tratado.³⁸⁸

198. Más allá del hecho de que la obligación de TJE solo protege a las inversiones, y no a los inversionistas, y que ninguna de esas alegaciones se relaciona con acciones, omisiones o conducta de Colombia que habrían afectado a sus inversiones, los Demandantes no han establecido un caso *prima facie* de violación del nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario.

199. Asimismo, como la obligación de TJE se encuentra limitada bajo el Tratado al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, ninguno de

Laudo, 18 de septiembre de 2009 (“*Cargill*”), ¶¶ 284, 286 (“Un aspecto clave de tal adaptación es que, pese a que se abordan más situaciones, se mantiene la exigencia de la gravedad de la conducta conforme se sostuvo en el caso *Neer*. . . . Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo”). Ver también **Ap. RL-1**, Tratado, Anexo 10-A (“Con respecto al Artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros”).

³⁸⁸ Notificación de Arbitraje, ¶ 97 (traducción del inglés). Ver ¶ 145, *supra*.

los otros elementos del estándar de TJE argumentado por los Demandantes (con excepción de la supuesta denegación de justicia y la violación del debido proceso, que serán abordados más adelante) forma parte del trato mínimo,³⁸⁹ y por ende ninguno de ellos es susceptible de constituir una violación de ese estándar:

- La protección de las expectativas legítimas no es un elemento constitutivo del TJE en el derecho internacional consuetudinario. Ello no solo ha sido confirmado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Bolivia c. Chile*,³⁹⁰ sino que además ha sido ratificado por Estados Unidos – la otra Parte Contratante del Tratado – en sus diversas presentaciones como parte no contendiente en numerosos arbitrajes de inversión en donde se pronunció sobre el alcance de la misma disposición.³⁹¹ Por ende, las alegaciones de los Demandantes

³⁸⁹ Ver **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 39 (“[L]os conceptos de expectativas legítimas, no discriminación y transparencia no son elementos que componen el ‘trato justo y equitativo’ bajo el derecho internacional consuetudinario que den lugar a obligaciones independientes del Estado receptor.”) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶¶ 46, 49-51; **Ap. RL-67**, *Presentación de EE.UU. en Italba*, ¶¶ 24-25; **Ap. RL-68**, *Presentación de EE.UU. en Mason*, ¶¶ 17-18, 21-22; **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶¶ 24-26.

³⁹⁰ **Ap. RL-71**, *Obligación de Negociar Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 1 de octubre de 2018, 507 I.C.J. REPORTS 2018, ¶ 162 (“La Corte observa que se pueden encontrar referencias a expectativas legítimas en laudos arbitrales sobre disputas entre un inversionista extranjero y el Estado receptor que aplican cláusulas de tratados que brindan un trato justo y equitativo. De tales referencias no se deduce que exista en el derecho internacional general un principio que dé lugar a una obligación sobre la base de lo que podría considerarse una expectativa legítima. El argumento de Bolivia basado en expectativas legítimas, por lo tanto, no puede sostenerse”) (traducción del inglés).

³⁹¹ **Ap. RL-72**, *Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/15/2 (TLCAN), *Presentación de los Estados Unidos de América*, 16 de agosto de 2017, ¶¶ 26-27 (“El concepto de ‘expectativas legítimas’ no es un elemento constitutivo del ‘trato justo y equitativo’ en el derecho internacional consuetudinario que dé lugar a una obligación independiente del Estado receptor. Un inversionista puede desarrollar sus propias expectativas sobre el régimen jurídico que rige su inversión, pero esas expectativas no imponen ninguna obligación al Estado en bajo el nivel mínimo de trato. Los Estados Unidos no tienen conocimiento de ninguna práctica estatal general y coherente ni de ninguna *opinio juris* que establezca una obligación, bajo el nivel mínimo de trato, de no frustrar las expectativas de los inversionistas; al contrario, se requiere algo más que la interferencia con esas expectativas. De hecho, los tribunales que analizan la práctica de los Estados confirman que las expectativas sobre un régimen jurídico determinado no impiden que un Estado adopte medidas regulatorias en el futuro. Los Estados pueden modificar o enmendar sus regulaciones para alcanzar objetivos legítimos de bienestar público y no incurrirán en responsabilidad en virtud del derecho internacional consuetudinario por el mero hecho de que esos cambios interfieran con las ‘expectativas’ de un inversionista sobre el estado de la reglamentación en un sector determinado.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 40; **Ap. RL-62**, *Presentación de EE.UU. en Ballantine*, ¶ 23; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 50; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 38;

sobre la frustración de sus supuestas expectativas legítimas no son susceptibles de constituir una violación del estándar de TJE bajo el Tratado.³⁹²

- La obligación de actuar en forma consistente o de proveer un marco regulatorio estable tampoco es parte del nivel mínimo de trato.³⁹³
- De igual manera, la obligación de actuar en forma transparente no es parte del nivel mínimo de trato.³⁹⁴
- Por último, los Demandantes argumentan que un supuesto intento de obtener una doble indemnización por parte de Colombia también violaría el estándar de TJE.³⁹⁵ Más allá de que no explican bajo qué

Ap. RL-67, *Presentación de EE.UU. en Italba*, ¶ 25; **Ap. RL-68**, *Presentación de EE.UU. en Mason*, ¶ 18; **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 24.

³⁹² Notificación de Arbitraje, ¶¶ 168-173.

³⁹³ *Id.*, ¶ 102. Ver **Ap. RL-73**, *Spence International Investments, LLC, Berkowitz y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2 (DR-CAFTA), *Presentación de los Estados Unidos de América*, 17 de abril de 2015, ¶ 19 (“Los Estados pueden modificar o enmendar sus regulaciones para lograr objetivos legítimos de bienestar público y no incurrirán en responsabilidad en virtud del derecho internacional consuetudinario simplemente porque tales cambios interfieran con las ‘expectativas’ de un inversionista sobre el estado de la regulación en un sector particular. . . . Por todas estas razones, la acción reguladora solo puede violar el ‘trato justo y equitativo’ bajo el nivel mínimo de trato tal como se entiende este término en el derecho internacional consuetudinario.”) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-74**, Kenneth J. Vandavelde, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES: HISTORY, POLICY, AND INTERPRETATION* (Oxford University Press 2010), p. 13 [del PDF] (“Los tribunales han dejado en claro que el estándar [de TJE] no impone a los Estados receptores una obligación general de actuar siempre de forma coherente a lo largo del tiempo. Los Estados receptores generalmente tienen la discreción de cambiar políticas.”) (traducción del inglés).

³⁹⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 103. Ver **Ap. RL-70**, *Cargill*, ¶ 294 (“El Tribunal sostiene que la Demandante no ha establecido que la obligación general de transparencia está incluida en el nivel mínimo del derecho internacional consuetudinario respecto del trato que debe otorgarse a los inversionistas extranjeros en virtud del requisito de otorgar un trato justo y equitativo establecido en el artículo 1105 [del TLCAN]”); **Ap. RL-75**, *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corporation*, Corte Suprema de la Columbia Británica, Razonamiento de la Sentencia del Honorable Sr. Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, 2001 BCSC 664, ¶¶ 68, 72 (Can. B.C.S.C.) (sosteniendo que “no se citó ninguna autoridad ni se presentó ninguna prueba [en el arbitraje de *Metalclad*] para establecer que la transparencia ha pasado a formar parte del derecho internacional consuetudinario”, y que “no hay obligaciones de transparencia contenidas en el Capítulo 11 [del TLCAN]”) (traducción del inglés); **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 42 (“El concepto de ‘transparencia’ tampoco se ha cristalizado como un componente del ‘trato justo y equitativo’ en el derecho internacional consuetudinario que dé lugar a una obligación independiente del Estado receptor. Estados Unidos no tienen conocimiento de ninguna práctica estatal general y coherente ni de ninguna *opinio juris* que establezca una obligación de transparencia del Estado receptor bajo el nivel mínimo de trato.”) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-62**, *Presentación de EE.UU. en Ballantine*, ¶ 21; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 49; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 40; **Ap. RL-68**, *Presentación de EE.UU. en Mason*, ¶ 22; **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 26.

³⁹⁵ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 138-142.

teoría o elemento de TJE se configuraría esa violación del nivel mínimo de trato, ya que – a todo evento – se trataría de una cuestión de cuantía y no de responsabilidad, el propio Fallo con Responsabilidad Fiscal deja claro que ese argumento es incorrecto y que no existe un intento, ni un riesgo, de que se obtenga una doble indemnización.³⁹⁶

200. En conclusión, los hechos narrados por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje no son susceptibles de constituir una violación de la obligación de TJE contenida en el Tratado – que es equivalente al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario – por lo que los Demandantes no han presentado un caso *prima facie* de violación del estándar de TJE.

(c) No Pudo Haber Existido una Denegación de Justicia en Este Caso

201. La obligación de TJE bajo el Tratado incluye la obligación conforme al derecho internacional consuetudinario de otorgar protección contra una denegación de justicia. En efecto, el Artículo 10.5.2(a) del Tratado expresamente establece que la obligación de TJE “incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio de debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.³⁹⁷ Del propio texto de la disposición resulta claro que la obligación de no denegar justicia se circunscribe a procedimientos judiciales y no abarca procedimientos administrativos.³⁹⁸

³⁹⁶ **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal– Parte 10: Individualización, contratistas II, pp. 5163, 5165. Ver ¶ 81, n. 342, *supra*.

³⁹⁷ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.2(a).

³⁹⁸ El Artículo 10.5.2(a) utiliza expresamente el término “procedimientos contencioso administrativos” que se refiere a procedimientos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa. Los “procedimientos contencioso administrativos” deben distinguirse de los “procedimientos administrativos” que no tienen carácter judicial. Ver n. 179, *supra*.

202. En efecto, una denegación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario requiere de una “conducta indebida o inacción del poder judicial del gobierno” e involucra “alguna violación de derechos en la administración de justicia, o un mal perpetrado por el abuso del proceso judicial”.³⁹⁹ Por lo tanto, a los fines de determinar la existencia de una denegación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario, el estándar probatorio es elevado.⁴⁰⁰

³⁹⁹ **Ap. RL-76**, Edwin M. Borchard, *THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD OR THE LAW OF INTERNATIONAL CLAIMS* (The Banks Law Publishing Co. 1919), p. 330 (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-77**, *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazakstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extractos del Laudo, 22 de junio de 2010, ¶ 279 (“[L]a Demandada solo puede ser considerada responsable de denegación de justicia si los Demandantes son capaces de demostrar que el sistema judicial falló fundamentalmente. Dicha falla se considera establecida principalmente en los casos de errores procesales muy importantes, como la ausencia de un debido proceso.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-41**, *Corona Laudo*, ¶ 254 (“El delito internacional de denegación de justicia se apoya en un predicado específico, a saber, el fracaso sistémico del sistema judicial del Estado. Cuando una reclamación se interpone con éxito en el derecho internacional, es porque la corte o tribunal internacional acepta que el sistema jurídico de la demandada en su conjunto no le ha concedido justicia a la demandante.”) (énfasis añadido); **Ap. RL-78**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República de Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II, 30 de agosto de 2018, ¶ 8.36 (“Para cumplir con el análisis aplicable, no es suficiente alegar que se ha quebrantado una ley municipal, que la decisión de un tribunal nacional es errónea, que un procedimiento judicial se llevó a cabo de manera incompleta, o que las acciones del juez en cuestión posiblemente se hayan visto motivadas por la corrupción. La denegación de justicia implica que el sistema nacional en su conjunto no cumplió con los estándares mínimos”) (énfasis añadido); **Ap. RL-79**, *Agility Public Warehousing Company K.S.C. c. República de Irak*, Caso CIADI No. ARB/17/7, Laudo, 22 de febrero de 2021 (“Agility”), ¶ 212 (“Para que prospere una reclamación por denegación de justicia, el demandante debe ir más allá de una mera aplicación indebida del derecho interno y demostrar que hubo una falla del sistema nacional en su conjunto.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁰⁰ Ver **Ap. RL-80**, *Phillip Morris Brands SARL, y otros c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016, ¶ 499, (“Se requiere un estándar de prueba elevado para concluir que existe denegación de justicia debido a la gravedad de una imputación que condena al sistema judicial de un Estado como tal. Se puede presentar un reclamo de denegación de justicia sólo después de que se hayan agotado todos los medios ofrecidos por el sistema judicial del Estado para reparar la denegación de justicia.”) (énfasis añadido); **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 46. (“El alto umbral requerido para que las medidas judiciales alcancen el nivel de denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario tiene debidamente en cuenta el principio de independencia judicial, la naturaleza particular de la acción judicial y el estatus único del poder judicial tanto en los sistemas jurídicos internacionales como locales. En consecuencia, las acciones de los tribunales nacionales gozan de una mayor presunción de regularidad en el derecho internacional que los actos legislativos o administrativos. De hecho, como cuestión de derecho internacional consuetudinario, los tribunales internacionales cederán a los tribunales nacionales que interpreten cuestiones de derecho interno, a menos que haya una denegación de justicia.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-81**, *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Arbitraje SCC V (079/2005), Laudo Final, 12 de septiembre de 2010, ¶ 275 (“El Tribunal remarca nuevamente que un tribunal de arbitraje internacional . . . no es un órgano de apelación y su

203. En sus presentaciones como parte no contendiente, Estados Unidos ha ratificado que una denegación de justicia implica un acto final del poder judicial de un Estado que resulta notoriamente injusto o refleja una administración de justicia considerada atroz al punto que “ofende el sentido del decoro judicial”, resaltando a la vez que el Tratado no otorga a los tribunales arbitrales una función de una corte supranacional de apelación:

Una denegación de justicia puede ocurrir en casos como cuando el acto final del poder judicial de un Estado constituye una administración de justicia “notoriamente injusta” o “atroz” que “ofende el sentido del decoro judicial”. Al respecto, se encuentra bien establecido que los tribunales internacionales, tales como los tribunales del Capítulo Diez del Tratado EE.UU.-Colombia, no están facultados para ser tribunales supranacionales de apelación sobre la aplicación del derecho interno por parte de un tribunal. Por lo tanto, la reclamación de un inversionista que impugna medidas judiciales en virtud del Artículo 10.5.1 se limita a una reclamación por denegación de justicia bajo el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. Con mayor razón, los tribunales nacionales que desempeñan su función ordinaria en la aplicación del derecho interno como juzgadores neutrales de los derechos legales de los litigantes que se presentan ante ellos no están sujetos a la revisión de los tribunales internacionales en ausencia de una denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario.⁴⁰¹

204. En este caso, resulta conceptualmente imposible que haya existido una denegación de justicia porque hasta el momento no existe en el Proceso de

función no es corregir los errores sustantivos o de derecho procesal interno que puedan haber cometido los tribunales nacionales. El Tribunal remarca que el umbral del delito internacional de denegación de justicia es alto y va mucho más allá de la mera aplicación indebida del derecho interno”) (traducción del inglés); **Ap. RL-79**, *Agility*, ¶ 215 (“Este alto nivel de exigencia de lo que constituye una denegación de justicia está en consonancia con el hecho de que un tribunal de arbitraje internacional no es un tribunal de apelación y no funciona para corregir errores de derecho interno”). (traducción del inglés).

⁴⁰¹ **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 46 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también, en igual sentido, **Ap. RL-64**, *Presentación de EE.UU. en Corona*, ¶ 13; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶¶ 44-47; **Ap. RL-67**, *Presentación de EE.UU. en Italba*, ¶ 20.

Responsabilidad Fiscal siquiera una decisión en firme en sede administrativa, y no ha intervenido todavía el poder judicial.⁴⁰² En este sentido, el tribunal en el caso *Corona c. República Dominicana* – en ocasión de interpretar una disposición idéntica – sostuvo que una decisión administrativa en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones no puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario:

[E]l Tribunal no considera que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.⁴⁰³

205. Al momento del sometimiento de esta reclamación a arbitraje, solamente se había emitido el Auto de Imputación contra Foster Wheeler y Process Consultants y otras personas físicas y jurídicas.⁴⁰⁴ Posteriormente, el Contralor Delegado emitió el Fallo con Responsabilidad Fiscal, que constituye un acto administrativo del primer nivel jerárquico, que fue apelado ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR. El poder judicial todavía no ha tenido oportunidad de intervenir en el Proceso de Responsabilidad Fiscal,

⁴⁰² La única excepción son las acciones de tutela iniciadas por Foster Wheeler y Process Consultants por supuestas violaciones de garantías constitucionales, pero que no se encuentran estrictamente dentro del marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal, sino que son acciones autónomas. Ver n. 283, *supra*. De las tres acciones de tutela iniciadas por Foster Wheeler y Process Consultants, una ha sido ya revisada en primera y segunda instancia, mientras que las dos restantes tienen fallos de primera instancia. Ver ¶¶ 136-138, 159, nn. 327, 345, *supra*. La razón por la cual los jueces de tutela han desestimado las acciones de tutela promovidas por Foster Wheeler y Process Consultants es porque la tutela es un mecanismo extraordinario de protección de derechos fundamentales que solo procede cuando no existen otros medios de defensa judicial o, cuando existiendo esos medios, hay un riesgo de que el accionante sufra un perjuicio irremediable. Ninguno de esos requisitos se verificaba en el caso de Foster Wheeler y Process Consultants.

⁴⁰³ **Ap. RL-41**, *Corona Laudo*, ¶ 248 (énfasis añadido).

⁴⁰⁴ Ver ¶¶ 125-135, *supra*.

y solo una vez agotada la vía administrativa o gubernativa podrá llevarse a cabo un control judicial por parte de los tribunales contencioso administrativos.⁴⁰⁵

206. La configuración de una denegación de justicia requiere necesariamente que se agoten los recursos locales, por lo que solo aquellas decisiones judiciales que resuelvan una situación jurídica de manera definitiva pueden constituir una violación del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.⁴⁰⁶ El hecho que todavía existan múltiples trámites y recursos administrativos y judiciales contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal – lo que no es controvertido por los Demandantes – es por sí mismo suficiente para que se considere que no hay un caso *prima facie* de denegación de justicia. Así lo han establecido múltiples tribunales de inversión:

⁴⁰⁵ Ver n. 226, ¶¶ 109-114, *supra*.

⁴⁰⁶ **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 47 (“Por las razones anteriores, las medidas judiciales pueden constituir la base de una reclamación en virtud del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario en virtud del Artículo 10.5.1 solo si son finales y si se demuestra que se ha producido una denegación de justicia. De lo contrario, sería imposible evitar que los tribunales del Capítulo Diez se convirtieran en tribunales de apelación supranacionales en cuestiones relativas a la aplicación del derecho interno, lo que el derecho internacional consuetudinario no permite.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Cabe aclarar que, el hecho que el Artículo 10.18.2(b) del Tratado requiera la renuncia a iniciar o continuar actuaciones respecto a la misma medida en tribunales administrativos o judiciales locales (ver ¶¶ 330-336, *infra*), no es óbice para que se requiera una decisión judicial final a los fines de que se configure una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario. Ver **Ap. RL-37**, L. Caplan y J. Sharpe, *United States*, pp. 829-830 (“El Artículo 26(2)(b) [del Tratado Modelo de EE.UU. de 2012, que es idéntico al Artículo 10.18.2(b) del Tratado] no intenta dejar de lado la regla de los recursos locales bajo el derecho internacional consuetudinario cuando los actos judiciales forman la base de una reclamación que surja bajo un TBI de EE.UU. La regla de los recursos locales impide a un Estado presentar una reclamación internacional en representación de uno de sus nacionales contra otro Estado antes de que el sistema legal del otro Estado haya tenido la oportunidad de tratar cualquier daño alegado. Por lo tanto, por ejemplo, en el contexto de una alegada denegación de justicia en violación del nivel mínimo de trato, el Artículo 26(2)(b) no obsta a la necesidad del demandante de perseguir todos los recursos judiciales disponibles, incluidas las apelaciones de instancias superiores, conforme al principio de finalidad judicial. Como el Gobierno de EE.UU. argumentó en *Lowen*, una disposición del TLCAN similar al Artículo 26(2)(b) no “tuvo la intención de crear . . . un recurso internacional que invalide el requisito de derecho internacional de que una reclamación de denegación de justicia no puede hacerse cuando . . . la justicia se encuentra disponible pero el demandante ha fracasado en perseguirla”. El tribunal de *Lowen* estuvo de acuerdo, determinando que la disposición del TLCAN ‘no involucra una renuncia de perseguir los recursos locales en su aplicación a una violación del derecho internacional constituida por un acto judicial’.”) (traducción del inglés).

- *Alps Finance c. Eslovaquia*: “[L]a Demandada ha objetado de forma convincente que la Demandante aún disponía de otros recursos en el derecho interno para tratar de obtener la revisión de la sentencia que consideraba perjudicial para sus intereses. La falta de agotamiento de los recursos internos es per se suficiente para excluir la responsabilidad de los Estados en derecho internacional por las acciones u omisiones de su poder judicial. En conclusión, la prueba prima facie de una reclamación plausible en virtud del tratado está lejos de cumplirse”.⁴⁰⁷
- *Flughafen c. Venezuela*: “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”.⁴⁰⁸
- *Apotex c. Estados Unidos*: “El Tribunal comprende la posición de Apotex, y puede apreciar fácilmente que en su momento se decidió que era poco probable que una petición ante el Corte Suprema de los Estados Unidos concediera la reparación deseada. Sin embargo, como ha observado la Demandada, según los principios establecidos, la cuestión relativa a si la falta de obtención de la firmeza judicial puede excusarse por ‘futilidad evidente’ gira en torno a la falta de disponibilidad de recursos ante una autoridad judicial superior, y no en la medición de la probabilidad de que la autoridad judicial superior concediera la reparación deseada. En este caso, el Tribunal no está convencido de que se haya alcanzado la última instancia, como para permitir una reclamación en virtud del TLCAN con respecto a las decisiones judiciales en cuestión”.⁴⁰⁹

207. En sus presentaciones como parte no contendiente, Estados Unidos ha afirmado la misma posición. Por ejemplo, en su intervención en el caso *Lion Mexico c. México*, Estados Unidos expresó lo siguiente:

[L]as decisiones de los tribunales inferiores que pueden corregirse mediante una apelación, por ejemplo, no han producido una denegación de justicia y no pueden ser la base de una reclamación en virtud del Capítulo Once del TLCAN.

⁴⁰⁷ **Ap. RL-82**, *Alps Finance c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, 5 de marzo de 2011, ¶¶ 251-252 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁰⁸ **Ap. RL-83**, *Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, ¶ 392.

⁴⁰⁹ **Ap. RL-84**, *Apotex Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. UNCT/10/2 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013 (“*Apotex*”), ¶ 276 (traducción del inglés; énfasis añadido).

Como tal, los actos judiciales que no sean finales no pueden servir como base de reclamaciones en virtud del Capítulo Once del TLCAN, a menos que el recurso a otros remedios internos sea evidentemente fútil o manifiestamente ineficaz. Por el contrario, un acto de un tribunal nacional que sigue siendo susceptible de apelación no ha madurado hasta convertirse en el tipo de acto final que es suficientemente definitivo para implicar la responsabilidad del Estado, a menos que ese recurso sea evidentemente fútil o manifiestamente ineficaz”.⁴¹⁰

208. Conscientes de no poder satisfacer este requisito imprescindible para que pueda alegarse una denegación de justicia, los Demandantes argumentan que han intentado diligentemente y sin éxito “todos los recursos locales disponibles y prácticos” contra la imputación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁴¹¹ Ello es notoriamente falso. Mas allá del hecho de que, al momento de someter esta reclamación a arbitraje, el Contralor Delegado todavía no había emitido el Fallo con Responsabilidad Fiscal – lo que solo ocurrió con posterioridad –, dicho Fallo no se encuentra aún en firme y ha sido apelado (con efecto suspensivo) ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR, quien todavía no ha resuelto ese recurso.⁴¹² Además, como ya ha sido señalado, una vez agotada la vía administrativa o gubernativa, procederá un control judicial ante los tribunales contencioso administrativos.⁴¹³ En consecuencia, existen numerosos trámites

⁴¹⁰ **Ap. RL-55**, *Presentación de EE.UU. en Lion Mexico*, ¶¶ 12-13 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también n. 406, *supra*.

⁴¹¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 110.

⁴¹² Ver ¶¶ 159-160, *supra*.

⁴¹³ Ver n. 226, ¶¶ 109-114, *supra*. Además, incluso si el Fallo con Responsabilidad Fiscal fuese confirmado por ambas instancias de los tribunales contencioso administrativos, deberá iniciarse luego el procedimiento de cobro coactivo contra los responsables fiscales para obtener el pago del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, que es un procedimiento que a su vez cuenta con múltiples trámites y recursos administrativos y judiciales. Ver ¶¶ 115-120, *supra*.

y recursos locales (administrativos y judiciales) disponibles y prácticos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁴¹⁴

209. A su vez, si bien los Demandantes argumentan que, en la medida en que existan recursos locales disponibles, estos serían “inefectivos”, “fútiles o improbables” o que “no se encontrarían disponibles”, no han presentado ni la más mínima evidencia en respaldo de sus afirmaciones.⁴¹⁵ Por el contrario, hay numerosos ejemplos de fallos con responsabilidad fiscal emitidos por un Contralor Delegado en Colombia que han sido dejados sin efecto o revertidos, total o parcialmente, luego de que se interpusieran los recursos administrativos⁴¹⁶ y judiciales⁴¹⁷ disponibles.

⁴¹⁴ Ver ¶ 163, *supra*.

⁴¹⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 110.

⁴¹⁶ Ver por ejemplo **Ap. RL-85**, Contraloría General de la República de Colombia, Sala Fiscal y Sancionatoria, Auto No. 111, 11 de mayo de 2021, pp. 31-32 (revocando parcialmente un fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia y fallando sin responsabilidad fiscal a favor del señor Gustavo Hernán Estupiñán, por cuanto no encontró demostrada la gestión fiscal realizada por el señor Estupiñán); **Ap. RL-86**, Contraloría General de la República de Colombia, Sala Fiscal y Sancionatoria, Auto No. 005, 12 de enero de 2021, pp. 53-54 (revocando parcialmente un fallo con responsabilidad fiscal de primera instancia y fallando sin responsabilidad fiscal a favor del señor Edwin José Besaile Fayad, ya que no encontró verificados los elementos de dolo o culpa grave, ni un nexo causal entre la conducta del señor Besaile y el daño patrimonial).

⁴¹⁷ Ver por ejemplo **Ap. RL-87**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 20 de noviembre de 2014 (Condor S.A. Compañía de Seguros c. Contraloría de Bogotá D.C.), pp. 11-12, 33 (confirmando la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca de anular las actuaciones de la Contraloría de Bogotá D.C. que declaraba la responsabilidad fiscal de la compañía de seguros Condor S.A. en calidad de tercero civilmente responsable); **Ap. RL-88**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 22 de octubre de 2015 (Marta Inés Martínez Arias c. Municipio de Armenia-Contraloría Municipal de Armenia), pp. 9-10; 22-23 (confirmando la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío de anular los actos administrativos proferidos por la Contraloría Municipal de Armenia que declaraban fiscalmente responsable a la señora Marta Inés Martínez Arias); **Ap. RL-89**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Quinta – Descongestión, Sentencia, 5 de julio de 2018 (Ezequiel Paladines Cuellar c. Contraloría Departamental del Atlántico), pp. 27-28 (confirmando la decisión emitida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que había declarado nulos los actos que señalaban a Ezequiel Paladines Cuellar como responsable fiscal); **Ap. RL-90**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 12 de noviembre de 2020 (Ana María Piñeros Ricardo c. Contraloría General de la República), pp. 108-109 (confirmando la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró la nulidad parcial de los actos administrativos que declaraban la responsabilidad fiscal de la Ana María Piñeros); **Ap. RL-91**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de los Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 18

210. Por otra parte, e independientemente de la disponibilidad de numerosos trámites y recursos administrativos y judiciales contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, debe señalarse que decisiones administrativas o judiciales erróneas, o la mera aplicación o interpretación incorrecta del derecho local, no pueden constituir una denegación de justicia.⁴¹⁸ En este sentido, los Demandantes efectúan una serie de alegaciones sobre la aplicación o interpretación del derecho colombiano – tales como que “la CGR ignoró por completo los estándares impuestos por el derecho colombiano”, que no existe precedente sobre una imputación de ese volumen de páginas, que no existía fundamento bajo el derecho colombiano para concluir que los Demandantes eran “gestores fiscales” bajo el Artículo 3 de la Ley 610, o que no se “articularon teorías viables de responsabilidad, causalidad, y daños” contra los Demandantes – o sobre la valoración

de febrero de 2021 (Aseguradora Colseguros S.A. c. Contraloría General de la República), pp. 36-37 (encontrando válidos los argumentos por los cuales el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de las decisiones de la Contraloría General de la República que vinculaban a Colseguros S.A. como tercero civilmente responsable de un fallo con responsabilidad fiscal).

⁴¹⁸ Ver por ejemplo **Ap. RL-55**, *Presentación de EE.UU. en Lion Mexico*, ¶ 7 (“[L]as decisiones erróneas de los tribunales nacionales, o las aplicaciones o interpretaciones erróneas del derecho interno, no constituyen en sí mismas una denegación de justicia bajo el derecho internacional consuetudinario.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-92**, *Robert Azinian y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2 (TLCAN), Laudo Arbitral, 1 de noviembre de 1999, ¶ 99 (“La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado*. Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN.”) (énfasis en original); **Ap. RL-84**, *Apotex*, ¶ 278 (“[E]l papel apropiado de un tribunal internacional establecido bajo el Capítulo Once del TLCAN no es sustituir a la Corte Suprema de los Estados Unidos, o actuar como un tribunal de apelación supranacional”) (traducción del inglés); **Ap. RL-93**, *Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2 (TLCAN), Laudo Final, 16 de marzo de 2017, ¶ 224 (“El Tribunal enfatiza que un tribunal del Capítulo Once del TLCAN no constituye una instancia de apelación con respecto a las decisiones del poder judicial nacional. No es la tarea de un tribunal del Capítulo Once del TLCAN revisar las conclusiones de los tribunales nacionales y corresponde otorgar una deferencia considerable a la conducta y a las decisiones de dichos tribunales. En consecuencia, solo en circunstancias muy excepcionales, en las que haya pruebas claras de una conducta atroz y chocante, será apropiado que un tribunal del Capítulo Once del TLCAN evalúe dicha conducta en relación con las obligaciones del Estado demandado bajo el Artículo 1105(1) del TLCAN.”) (traducción del inglés).

de la prueba – tales como que la imputación no mencionó o abordó “prueba adicional provista en la fase investigativa del procedimiento” ante el Contralor Delegado –⁴¹⁹ que, incluso si fueran ciertas, no serían susceptibles de constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario.⁴²⁰

211. Por último, el argumento de que existieron violaciones fundamentales del debido proceso en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que hubiesen llegado al extremo de constituir una violación del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario⁴²¹ no es compatible con los propios hechos objetivos – que

⁴¹⁹ Ver por ejemplo Notificación de Arbitraje, ¶¶ 84, 86, 88, 109, 111-126 (traducción del inglés).

⁴²⁰ Los Demandantes alegan que el Demandado aplicó incorrectamente la ley colombiana. Notificación de Arbitraje, ¶ 109. Más allá de que una incorrecta aplicación de la ley, sin más, no constituye una denegación de justicia, corresponde de manera preliminar realizar las siguientes aclaraciones. Primero, en cuanto al concepto de gestión fiscal, basado en la ley y la jurisprudencia, el Contralor Delegado encontró que la conducta de Foster Wheeler y Process Consultants guardaba una conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal ejercida por los miembros de la junta directiva y funcionarios de Reficar (o sea, consideró que Foster Wheeler y Process Consultants ejercían una gestión fiscal indirecta). Ver ¶¶ 131, 153, *supra*. Segundo, respecto a los elementos de la responsabilidad fiscal, estos fueron suficientemente explicados por el Contralor Delegado tanto en el Auto de Imputación como en el Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ver ¶¶ 127-132, 152-156, *supra*. Tercero, frente a la alegación de desproporcionalidad de la cuantía del daño en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, es claro que el daño patrimonial está determinado por las mayores inversiones en el Proyecto derivadas de los Controles de Cambios 2 y 3, y siendo la responsabilidad fiscal de carácter solidario, todos quienes concurren en la generación de ese daño deben responder por él, independientemente de su contribución. Ver ¶¶ 150-152, *supra*. Cuarto, en cuanto a la colaboración armónica entre entidades del Estado, es obvio que este principio no impide a algunas entidades ejercer el control sobre otras. **Ap. RL-94**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-246, 16 de marzo de 2004, p. 26 (“[A] lado de la colaboración armónica entre las ramas del poder, que implica relaciones de cooperación y coordinación interinstitucional, existen relaciones de control entre los órganos estatales, pues es una realidad que el poder no sólo debe dividirse para que no se concentre sino que también debe controlarse para que no se extralimite. . . . Puede concluirse entonces, que en términos generales la fiscalización y el control son inmanentes a la consagración constitucional de la división de poderes, y no excepción a la misma, pues el control aparece como el instrumento indispensable para que el equilibrio, y con él la libertad, puedan ser realidad”).

⁴²¹ No cualquier violación del debido proceso es violatoria del nivel mínimo de trato. Una violación del debido proceso que llegue al extremo de considerarse una violación del nivel de trato mínimo conforme al derecho internacional consuetudinario debe tratarse de una violación fundamental y grave del debido proceso, que en efecto constituya una “una inobservancia deliberada del debido proceso de ley . . . que sorprende, o al menos asombra, al sentido de decoro judicial”. **Ap. RL-95**, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 20 de julio de 1989, 15 I.C.J. REPORTS 1989, ¶ 128 (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-96**, *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3 (TLCAN), Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98 (indicando que para que exista una violación del nivel mínimo debe configurarse una “ausencia de debido

no se encuentran controvertidos – de lo ocurrido hasta el momento en dicho procedimiento administrativo:

- Foster Wheeler y Process Consultants han podido presentarse en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y ejercer su derecho de defensa (en efecto, rindieron exposiciones libres y espontáneas, presentaron sus argumentos y defensa, solicitaron y contrvirtieron pruebas, y allegaron decenas de documentos).⁴²² Incluso se les extendió el plazo para la presentación de su respuesta al Auto de Imputación.⁴²³
- Ambos han sido debidamente notificados y han estado debidamente representados durante todas las instancias del Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁴²⁴
- Ambos han presentado recursos administrativos durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal,⁴²⁵ así como acciones de tutela frente a los tribunales colombianos buscando la protección de su derecho al debido proceso.⁴²⁶
- Tanto el Auto de Imputación como el Fallo con Responsabilidad Fiscal son documentos extensos justamente por lo detallado y minucioso del análisis del Contralor Delegado con relación a cada uno de los presuntos responsables fiscales. Ambos actos se encuentran

proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial”); **Ap. RL-42**, C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES*, ¶ 7.129 (señalando que “lo que debe demostrarse es una ‘[i]njusticia manifiesta en el sentido de una ausencia de debido proceso que lleve a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial’”). (traducción del inglés). En el caso de procedimientos administrativos, el requisito del debido proceso es menor al requerido en un procedimiento judicial, por lo que la violación debería ser aún más grave para que se configure una violación del nivel mínimo de trato. Ver **Ap. RL-42**, C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES*, ¶ 7.193 (“Los procesos de toma de decisiones administrativas no pueden juzgarse con los estándares que se esperan de los procedimientos judiciales. El Tribunal de *International Thunderbird* rechazó la proposición de que el estándar requiera necesariamente un procedimiento formal contradictorio, y concluyó que los procedimientos administrativos en cuestión en ese caso ‘deben compararse con los estándares de debido proceso y de equidad procesal aplicables a las autoridades administrativas. Los requisitos del debido proceso administrativo son menos severos que aquellos de un proceso judicial’”). (traducción del inglés).

⁴²² Ver ¶¶ 124, 147, *supra*.

⁴²³ Ver ¶ 135, *supra*.

⁴²⁴ Ver ¶¶ 124, 135, 159, *supra*.

⁴²⁵ Ver ¶ 147, *supra*.

⁴²⁶ Ver **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018; **Ap. R-84**, Acción de Tutela 2021-A; **Ap. R-87**, Acción de Tutela 2021-B.

ampliamente motivados, más allá de que los Demandantes no estén de acuerdo con sus motivaciones.⁴²⁷

212. Una prueba de que los Demandantes han podido ejercer debidamente su derecho de defensa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal es que, si bien inicialmente fueron investigados por cinco Controles de Cambios, fueron imputados únicamente por tres de esos Controles de Cambios, y luego solamente se los encontró responsables fiscales con relación a dos de ellos.⁴²⁸

213. En fin, más allá de manifestar su desacuerdo con las decisiones adoptadas, sus motivaciones, o los plazos que les fueron otorgados (los que consideran insuficientes), resulta indubitable – de lo que se desprende de los hechos objetivos, que no se encuentran controvertidos – que los Demandantes han podido ejercer debidamente su derecho de defensa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁴²⁹ Aunque resulte una obviedad, cabe resaltar que Colombia es un país democrático, que cuenta con un poder judicial independiente y en donde rige el Estado de Derecho,⁴³⁰ por lo que una acusación

⁴²⁷ **Ap. R-61**, Auto de Imputación – Parte 10: Imputación de contratistas I, pp. 3445-3715; **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, pp. 5037-5485; ¶¶ 150-158, *supra*.

⁴²⁸ **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, pp. 6230-6234; ¶¶ 122, 127, 150, *supra*. Ver Notificación de Arbitraje ¶ 80.

⁴²⁹ Ver ¶¶ 124, 135, 159-160, *supra*. Los Demandantes también alegan que el Proceso de Responsabilidad Fiscal no goza de independencia e imparcialidad porque se archivó el expediente respecto a los miembros de la junta directiva de Ecopetrol. Notificación de Arbitraje, ¶ 166. Más allá de que dicha decisión se encontraba plenamente motivada y justificada, es un hecho no controvertido que varios miembros de la junta directiva de Reficar fueron también considerados responsables fiscales, lo que desestima cualquier posible alegación de prejuicio o parcialidad. Ver n. 270, ¶ 150, *supra*.

⁴³⁰ Ver **Ap. RL-5**, Constitución Previa, Artículos 1, 228; **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículos 1, 228. Incluso Colombia es un país miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) y contar con una justicia independiente es un requisito indispensable para acceder al *status* de miembro de tan prestigiosa organización. Ver **Ap. RL-97**, Comité Asesor Sindical de la OCDE, *OECD Membership and the Values of the Organisation*, 28 de mayo de 2018 (indicando que para convertirse en miembros de la OCDE los países deben demostrar principalmente su compromiso de adhesión a dos condiciones fundamentales: (i) sociedades democráticas comprometidas con el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos; y (ii) economías abiertas, transparentes y de libre mercado); **Ap. R-90**, OCDE, Portal de Internet, “Los países de la OCDE acuerdan invitar a Colombia a ser su miembro número 37”, 25 de mayo de 2018 (“Colombia se ha sometido a varias evaluaciones en profundidad,

tan seria como que en Colombia existió una denegación de justicia o no se respetó ni el más mínimo debido proceso, al punto de haberse violado el nivel de trato mínimo conforme al derecho internacional consuetudinario, se encuentra sujeta a un estándar probatorio elevado.⁴³¹

214. En conclusión, los Demandantes no han presentado un caso *prima facie* de denegación de justicia o de violación fundamental del debido proceso ya que (i) al momento del sometimiento de esta reclamación a arbitraje existía simplemente una imputación del Controlador Delegado en el Proceso de Responsabilidad Fiscal (*i.e.*, el Acto de Imputación); o sea, ni siquiera se había emitido aún un acto administrativo definitivo; (ii) con posterioridad al inicio de este Arbitraje, se emitió el Fallo con Responsabilidad Fiscal contra Foster Wheeler y Process Consultants y otras personas físicas y jurídicas, que luego fue apelado ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR, por lo que dicho Fallo todavía no se encuentra en firme; (iii) a la fecha existe únicamente una mera decisión de carácter administrativo (que en todo caso no está en firme todavía); el poder judicial todavía no ha tenido oportunidad de ejercer control sobre el Fallo con Responsabilidad Fiscal; (iv) Foster Wheeler y Process Consultants han tenido plenas

realizadas por 23 Comités de la OCDE, y ha realizado grandes reformas para alinear su legislación, políticas y prácticas con los estándares de la OCDE en cuestiones, entre otras, laborales, del sistema judicial, la gobernanza corporativa de las empresas públicas, la lucha contra el cohecho y el ámbito del comercio”).

⁴³¹ **Ap. RL-98**, Frederic G. Sourgens, Kabir Duggal e Ian A. Laird, EVIDENCE IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (Oxford University Press 2018), ¶¶ 5.06-5.07 (“Para los asuntos que no se refieren a cuestiones jurisdiccionales, el enfoque más común ha sido seguir la regla ‘*pro tem*’, es decir, una prueba *prima facie*, que ha sido aplicada tanto por la CIJ como por los tribunales de inversión. Según esta regla, los demandantes alegan los hechos en la fase jurisdiccional y el tribunal los examinará para ver, en caso de probarse posteriormente, si entran en el ámbito del tratado aplicable. ... Hay dos excepciones a esto. En primer lugar, si una cuestión se refiere a la competencia de un tribunal (por ejemplo, una cuestión relativa a la nacionalidad del inversionista, o el consentimiento de un Estado), dicha cuestión tendría que probarse plenamente en la propia fase jurisdiccional. En segundo lugar, ... si la competencia de un tribunal depende de un asunto de naturaleza cuasi criminal ... se aplicará un estándar de prueba más elevado”), ¶ 5.25 (“Para los asuntos que implican cuestiones serias ... los tribunales han insistido en un estándar de prueba más elevado”). (traducción del inglés).

garantías procesales, y han podido ejercer su derecho de defensa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, habiendo presentado todas sus argumentos de defensa, pruebas, acciones y recursos disponibles; (v) en el supuesto en que el Fallo con Responsabilidad Fiscal fuese confirmado en sede administrativa, todavía procedería un control judicial de doble instancia por parte de los tribunales contencioso administrativos; y (vi) por último, los Demandantes no han probado la inexistencia de medios o recursos efectivos o suficientes contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, o que dichos recursos sean fútiles, inefectivos o improbables.

(ii) Los Demandantes No Han Podido Establecer una Expropiación *Prima Facie*

215. Increíblemente, los Demandantes sostienen que Colombia los privó de ciertas protecciones fundamentales bajo el Contrato de Servicios e indirectamente expropió sus beneficios.⁴³² Concretamente, los Demandantes argumentan que el Contrato de Servicios les otorgaba dos protecciones que consideraban “críticas”: [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]⁴³³

216. Lo curioso del argumento de los Demandantes es que no sostienen que el Contrato de Servicios haya sido expropiado – lo que no podrían seriamente argumentar, [REDACTED] –⁴³⁴, sino simplemente que

⁴³² Notificación de Arbitraje, ¶ 179.

⁴³³ *Id.*, ¶ 182.

⁴³⁴ Ver ¶¶ 33-53, *supra*.

Colombia expropió dos de sus “derechos contractuales” [REDACTED]

[REDACTED] al haberse iniciado un Proceso de Responsabilidad Fiscal contra Foster Wheeler y Process Consultants.⁴³⁵ Sin embargo, ninguno de esos dos “derechos contractuales” es susceptible de ser explotado económicamente de forma independiente y separada al resto del Contrato de Servicios (la alegada “inversión” de los Demandantes). Por el contrario, son parte del “conjunto de derechos contractuales” que conforman el Contrato de Servicios y se encuentran interrelacionados con otros derechos contractuales, por lo que no pueden considerarse “expropiados” bajo el Tratado en forma independiente y separada del resto de la “inversión”.

217. La jurisprudencia arbitral ha consistentemente establecido que, con el fin de determinar si se ha producido una expropiación, los derechos específicos que se alegan expropiados deben poder ser evaluados de forma separada e independiente del resto de los derechos que conforman la “inversión cubierta”:

- *Dreyfus c. India*: “Este dilema lleva a LDA [Louis Dreyfus Armateurs SAS, el demandante] a intentar demostrar la expropiación aislando un *flujo de ingresos* concreto que contribuye al valor global de ALBA [ALBA Asia Private Limited], a saber, el atribuible a las operaciones de HBT [Haldia Bulk Terminals Private Limited]. Pero por muy creativa que sea esta teoría, va en contra del texto del Artículo 6(1). El Artículo 6(1) no prohíbe ‘las medidas que tengan por efecto la desposesión . . . de [una parte de una] inversión’, ni ‘el efecto de la desposesión . . . de [una rama de ingresos distinta de una] inversión’. Requiere que se demuestre que la *propia inversión* sufrió un impacto equivalente en sus efectos a la total desposesión. La prohibición de la desposesión sin compensación sirve, por lo tanto, para prohibir la desposesión por parte del Estado receptor de una inversión en general, y no solo la interferencia con derechos o beneficios aislados relacionados con dicha inversión. . . . El siguiente intento de DA de reformular su caso de expropiación es redefinir la inversión objeto de estudio a efectos

⁴³⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 187.

del Artículo 6(1) no como su participación en ALBA como tal, sino como el ‘valor de la participación de la Demandante en ALBA relacionada con HBT’. Esencialmente, LDA argumenta que esta parte del valor de ALBA se deriva del valor del contrato de HBT y, en estas circunstancias, puede considerarse una inversión por derecho propio, ya que la definición de inversión del Artículo 1(1)(c) del Tratado incluye ‘derechos monetarios o cualquier otro derecho contractual que tenga valor económico’. Así, según la LDA, si los derechos derivados de un contrato son propiedad protegida, entonces son susceptibles de ser expropiados por separado de otros elementos de una inversión global. El corolario natural del argumento de LDA es que si la inversión se define solo como el *derecho específico* afectado por la conducta del Estado, entonces el requisito de severidad del daño en el Tratado – que la inversión sea desposeída, y no solo dañada de manera incremental – se satisface *ipso facto*. . . . Este argumento es igualmente infructuoso. Incluso dejando de lado las implicaciones del Artículo 2(1) – que LDA no tiene ninguna inversión protegida en HBT, y mucho menos un derecho protegido derivado del Contrato de HBT – la falsa suposición que subyace al argumento de LDA es que cada interés, activo o derecho de un inversionista puede ser expropiado por separado de la empresa de inversión en su conjunto, incluso cuando la empresa no ha sido expropiada en sí misma. Pero la consecuencia lógica de la teoría de LDA sería que casi cualquier impacto de la conducta del Estado sobre una inversión podría considerarse una expropiación, siempre que el inversionista simplemente identificara como ‘inversión’ relevante la categoría de intereses, activos o derechos impactados por el acto gubernamental. . . . Por lo tanto, incluso si se demuestra, la interferencia con un solo componente de la inversión de LDA en ALBA, tal como el valor derivado de un supuesto derecho indirecto a beneficiarse del Contrato de HBT, no podría constituir una expropiación”.⁴³⁶

- *Electrabel c. Hungría*: “Si fuera posible dividir tan fácilmente una inversión en varias partes constituyentes, cada una de ellas formando una inversión separada . . . dejaría sin sentido . . . [el] enfoque de la expropiación indirecta basado en la ‘privación radical’ y la ‘privación de cualquier objeto real’ por ser similar en efecto a una expropiación directa o nacionalización. También significaría, de manera absurda, que un inversionista siempre podría cumplir con la prueba [de la magnitud de la privación] para la expropiación indirecta dividiendo su inversión en tantas partes como las circunstancias particulares lo

⁴³⁶ **Ap. RL-99**, *Louis Dreyfus Armateurs SAS c. República de la India*, Caso CPA No. 2014-26, Laudo, 11 de septiembre de 2018, ¶¶ 417-419 (traducción del inglés; énfasis añadido).

requiriesen, sin que la inversión en su conjunto pudiera cumplir jamás esa misma prueba”.⁴³⁷

- *Grand River c. Estados Unidos*: “El Demandante no señaló ningún caso que respalde la noción de que la acción estatal que supuestamente menoscaba solo una parte limitada del valor de una inversión rentable y en curso. . . puede dar lugar a una expropiación ‘parcial’ en virtud del Artículo 1110 del TLCAN o del derecho internacional general. . . . Un acto de expropiación debe involucrar ‘la inversión de un inversionista’, no parte de una inversión. Esto es particularmente cierto en estas circunstancias, que involucran una inversión que permanece bajo la propiedad y el control del inversionista”.⁴³⁸

218. Esta imposibilidad de una “expropiación parcial” también es respaldada por el texto mismo de la disposición sobre expropiación del Tratado. El Artículo 10.7 del Tratado establece que “[n]inguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la

⁴³⁷ **Ap. RL-100**, *Electrabel S.A c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (“*Electrabel*”), ¶ 6.57 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴³⁸ **Ap. RL-101**, *Grand River Enterprises Six Nations, LTD., y otros c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 12 de enero de 2011 (“*Grand River*”), ¶¶ 154-155 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-102**, *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 (TLCAN), Laudo Arbitral, 16 de diciembre de 2002 (“*Feldman*”), ¶ 152 (“El Demandante es libre de seguir adelante con otras líneas de sus negocios de exportación, como la exportación de bebidas alcohólicas, artículos fotográficos u otros productos para los que pueda conseguir en México las facturas exigidas en el Artículo 4, a pesar de haber quedado efectivamente fuera del negocio de exportación de cigarros. Es por ello que el Tribunal considera que no ha existido en este caso una ‘confiscación’ conforme a este estándar”). Conforme a la doctrina, solo un derecho susceptible de explotación económica en forma independiente sería capaz de ser expropiado por separado de la inversión en su conjunto. Ver **Ap. RL-103**, Ursula Kriebaum, *Partial Expropriation*, 8(1) The JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 69 (2007), p. 83 (explicando que un derecho es susceptible de ser expropiado por separado de la inversión global solo si (i) “el proyecto de inversión global puede desmontarse en una serie de derechos discretos”; (ii) “el Estado ha privado al inversionista de un derecho que está cubierto por uno de los elementos de la definición de ‘inversión’ en el tratado de protección de inversiones aplicable”; (iii) “este derecho es susceptible de explotación económica independientemente del resto de la inversión”). (traducción del inglés); **Ap. RL-104**, Santiago Montt, STATE LIABILITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION - GLOBAL CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW IN THE BIT GENERATION (Hart Publishing 2009), pp. 270-271 (“[Los Tribunales] deben buscar denominadores que, debidamente fundados en el derecho aplicable, representen expectativas comerciales generalmente compartidas en relación con grupos de derechos que se aceptan como entidades autónomas. Esto puede apoyarse en el hecho de que esos derechos son ‘partes distintas identificables’ de las empresas de los inversionistas, . . . o que son ‘capaces de explotación económica independientemente del resto de la inversión’”). (traducción del inglés).

expropiación o nacionalización”.⁴³⁹ O sea, de acuerdo al sentido corriente de sus términos, la protección contra una expropiación es otorgada bajo el Tratado a la “inversión cubierta” (que, según los propios Demandantes, es el Contrato de Servicios), no a ciertos “derechos específicos” o “partes” de esa inversión cubierta.

219. Es un principio básico del derecho internacional de las inversiones que, para que exista una expropiación indirecta, tiene que existir una privación sustancial de la inversión vista como un todo.⁴⁴⁰ Y los Demandantes en este caso no alegan – ni podrían alegar – que existió una privación sustancial o total de su inversión cubierta (*i.e.*, el Contrato de Servicios), por lo que su reclamo de expropiación no es susceptible de constituir una violación del Artículo 10.7 del Tratado.

220. Asimismo, y más allá de que resulta imposible que – como una cuestión de derecho – pueda existir una expropiación indirecta de dos derechos contractuales específicos en forma separada del resto de los demás derechos contractuales que conformarían la “inversión cubierta” de los Demandantes, de un mero análisis *prima facie* de sus alegaciones fácticas y del propio texto del Contrato de Servicios, resulta evidente

⁴³⁹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.7 (énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-2**, APC Colombia-EE.UU., Artículo 1.3 (“inversión cubierta: significa, con respecto a una Parte, una inversión, de acuerdo a la definición del Artículo 10.28 (Definiciones), en su territorio, de un inversionista de otra Parte que exista a la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo o sea establecida, adquirida o expandida posteriormente”).

⁴⁴⁰ Ver por ejemplo **Ap. RL-105**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1 (TLCAN), Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 144 (“Al respecto, como también se concluyó en el caso *Pope & Talbot*, la actividad del inversionista ha de considerarse en su conjunto y no necesariamente con respecto a un aspecto individual o separado”). (traducción del inglés); **Ap. RL-51**, *Telenor*, ¶ 67 (“[A] menos en el presente caso, la inversión debe considerarse en su conjunto y la prueba que debe evaluar el Tribunal es si, considerada en su conjunto, la inversión ha sufrido una erosión sustancial de su valor”). (traducción del inglés); **Ap. RL-106**, Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT* (Kluwer Law International 2009), p. 350 (“La tendencia de los tribunales ha sido considerar que la inversión debe ser vista como un todo”). (traducción del inglés).

que no se ha configurado en este caso la “expropiación” que los Demandantes alegan de [REDACTED] del Contrato de Servicios.

221. En primer lugar, no es cierto que – como sostienen los Demandantes – se haya “expropiado” el derecho bajo el Contrato de Servicios a [REDACTED]

[REDACTED]⁴⁴¹ Existe una clara distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad fiscal de los Demandantes. El Proceso de Responsabilidad Fiscal se refiere a la responsabilidad fiscal de los Demandantes, no a su responsabilidad contractual.⁴⁴² Como surge de su propio texto, la [REDACTED] del Contrato de Servicios tiene un ámbito personal y material limitado, ya que solo abarca [REDACTED]

[REDACTED]⁴⁴³ Al ser la responsabilidad fiscal autónoma e independiente de la

⁴⁴¹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 184-185. Contradictoriamente con su argumento, los propios Demandantes manifiestan que entregaron una notificación de intención para iniciar un arbitraje CCI bajo el Contrato de Servicios. *Id.*, ¶ 197. Ello deja de manifiesto que el argumento que pudo haber existido una “expropiación” de [REDACTED] no tiene ningún fundamento.

⁴⁴² Ver ¶ 81, *supra*.

⁴⁴³ [REDACTED]; **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, pp. 5162-5163 (“[E]n las cláusulas citadas, se establece que las controversias entre las partes del contrato, relativas a la ejecución del contrato, se resuelven en última instancia a través de un tribunal de arbitraje internacional, con formas y procedimientos acordados, pero ello no incluye cualquier tipo de proceso o actuación administrativa cuya naturaleza no sea contractual, esto es, una cláusula compromisoria no se debe considerar una cláusula de derogatoria de normas de orden público ni una cesión de competencias o funciones públicas a favor de un tercero, recordando que la facultad de la Contraloría General de la República para adelantar procesos de objeto del presente proceso de responsabilidad fiscal es relativo a las irregularidades evidenciadas respecto de las mayores inversiones realizadas en el Proyecto de Modernización y Expansión de la Refinería de Cartagena el objeto del presente proceso de responsabilidad fiscal y no un aparente incumplimiento contractual o pretensiones relativas a la ejecución contractual”). Ver también **Ap. RL-107**, Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, Artículo 1 (“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”); **Ap. RL-108**, Juan Carlos Naizir Sistac, *Arbitrabilidad objetiva: ¿Qué se puede y qué no se puede someter a arbitraje nacional según las fuentes colombianas de derecho?*, 139 REVISTA VNIVERSITAS (2019), p. 8 (“La Corte Constitucional fue enfática en excluir del arbitraje los asuntos que involucren el

responsabilidad contractual, las cláusulas contractuales son inoponibles en un proceso de responsabilidad fiscal.⁴⁴⁴

222. Es más, en el caso más citado por los Demandantes, *Glencore c. Colombia*, ante alegaciones de los demandantes de supuestas violaciones de garantías contractuales por el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal, el tribunal precisamente destacó que “la responsabilidad fiscal no requiere la violación de ninguna norma, el incumplimiento de ningún compromiso contractual ni ninguna ilegalidad que afecte al contrato”.⁴⁴⁵ O sea, el tribunal de *Glencore* confirmó que la responsabilidad

orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza están reservados para el Estado, a través de sus distintos órganos”).).

⁴⁴⁴ Ver ¶¶ 81, 157-158, *supra*; **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 4, Parágrafo 1 (“La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad”); **Ap RL-109**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-648, 25 de octubre de 2002, pp. 14-15 (“El carácter autónomo y resarcitorio de la acción de responsabilidad fiscal a cargo de las contralorías es compatible con la responsabilidad que deduzcan otras autoridades judiciales o administrativas en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, sin que este ejercicio comporte la determinación de un tipo de responsabilidad diferente de la fiscal, ni implique la vulneración del derecho al debido proceso o el desconocimiento del principio de separación de poderes puesto que ellas versan sobre diferentes conductas o bienes jurídicos objeto de protección”); **Ap. RL-110**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-1436, 25 de octubre de 2000, pp. 13-14 (“[L]a competencia de los árbitros está limitada no sólo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues sólo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. . . . Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional, asuntos que en razón de su naturaleza, están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”); **Ap. R-68**, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 21 de noviembre de 2018, pp. 15-16 (“En ese orden, no pasa por alto la Sala que en [el Contrato de Servicios] se indicó que cualquier diferencia surgida con ocasión del negocio jurídico celebrado debe intentarse su resolución inicialmente a través de un arreglo directo, amigable componedor y por último bajo las reglas de arbitramento de la Cámara de Comercio Internacional, sin embargo, dichas formas de solución de conflictos se refieren a controversias de la ejecución del contrato suscrito, que de manera alguna liberan a las sociedades accionantes del cumplimiento de las obligaciones legales referentes a la moralidad pública, como tampoco derogan la legislación nacional que le resulta inherente y que fuera referenciada con anterioridad”). Este mismo argumento fue efectuado por los Demandantes en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, y rechazado de manera fundamentada en el Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ver **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, pp. 5151- 5163.

⁴⁴⁵ **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶ 1083.

fiscal puede determinarse independientemente de si existe o no algún incumplimiento contractual, siendo autónoma e independiente de la contractual.

223. En segundo lugar, tampoco es cierto que se hayan “expropiado” las [REDACTED] establecidas en el Contrato de Servicios.⁴⁴⁶ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. Es por ello que [REDACTED] del Contrato de Servicios no podría proteger a FPJVC de una potencial responsabilidad fiscal por daño patrimonial al Estado.⁴⁴⁸

224. Por las razones expuestas, las alegaciones de los Demandantes relativas a la supuesta expropiación de sus derechos conforme a [REDACTED]
[REDACTED] del Contrato de Servicios no son susceptibles de establecer un caso *prima facie* de expropiación.

⁴⁴⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 186.

⁴⁴⁷ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁴⁴⁸ Ver Ap. R-80, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, p. 5168; ¶ 157, n. 343, *supra*.

(iii) Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación *Prima Facie* del Trato Nacional

225. Los Demandantes también argumentan que ha existido una violación de la obligación de trato nacional prevista en el Artículo 10.3 del Tratado debido a que se les habría dado un trato menos favorable que aquel otorgado a los miembros de la junta directiva de Ecopetrol.⁴⁴⁹ Conforme sostienen los Demandantes, la CGR no imputó responsabilidad fiscal a los miembros de la junta directiva de Ecopetrol porque consideró que no eran “gerentes fiscales”, mientras que sí imputó a Foster Wheeler y Process Consultants pese a que – según argumentan – tenían menos facultades y control de gestión que los miembros de la junta directiva de Ecopetrol.⁴⁵⁰

226. Sin entrar en el análisis respecto de cuáles eran las facultades y roles de gestión de los Demandantes y de los miembros de la junta directiva de Ecopetrol, de cuál es el significado y alcance de la figura de “gestor fiscal” bajo el derecho colombiano,⁴⁵¹ o de cuáles eran las condiciones objetivas que justificaban un trato diferente en su caso, del propio Auto de Imputación (y del ulterior Fallo con Responsabilidad Fiscal) surge que tanto personas naturales (incluyendo los miembros de la junta directiva y ciertos administradores de Reficar) como jurídicas (incluyendo a CB&I), de nacionalidad

⁴⁴⁹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 174-178.

⁴⁵⁰ *Id.*, ¶¶ 176-177.

⁴⁵¹ De manera preliminar, se debe señalar que Foster Wheeler y Process Consultants fueron imputados (y luego encontrados responsables fiscales) “por su contribución en la generación del daño desde su condición de consultores del Proyecto”, no como “gestores fiscales” (o sea, por su conducta “con ocasión” del ejercicio de la gestión fiscal – en los términos del Artículo 1 de la Ley 610 de 2000 – o, dicho de otro modo, como gestores fiscales indirectos). Ver **Ap. R-54**, Auto de Imputación – Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación, p. 809; **Ap. R-80**, Fallo con Responsabilidad Fiscal– Parte 10: Individualización, contratistas, p. 5190; ¶¶ 130-132, 153-154, *supra*. En contraposición, se archivó el procedimiento contra los miembros de la junta directiva de Ecopetrol porque no se encontró una conducta dolosa o gravemente culposa, no porque no se consideró que tales miembros ejercieran gestión fiscal. Ver n. 270, ¶ 145, *supra*. Por ende, los Demandantes y los miembros de la junta directiva de Ecopetrol no se encontraban “en circunstancias similares”.

colombiana y extranjera, fueron imputados (y luego encontrados responsables) en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁴⁵² Ese hecho por sí solo hecha por tierra cualquier alegación de que pudo haber existido alguna discriminación en este caso con motivo de la nacionalidad estadounidense de los Demandantes.

227. A los fines de establecer si ha existido una violación de la obligación de trato nacional bajo el Artículo 10.3 del Tratado, los Demandantes tienen la carga de probar (i) que a ellos o a sus inversiones se les dio un “trato”, (ii) que estaban “en circunstancias similares” respecto a inversionistas e inversiones domésticas, y (iii) que el trato recibido era “menos favorable” que aquel acordado a los inversionistas o inversiones domésticas.⁴⁵³ Asimismo, la obligación de trato nacional se circunscribe “al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones” del inversionista.⁴⁵⁴ En pocas palabras, la

⁴⁵² **Ap. R-65**, Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, pp. 4738-4747. Ver también **Ap. R-83**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, pp. 6230-6236 (determinando que los imputados son responsables fiscales, con la excepción de cuatro de los investigados).

⁴⁵³ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.3 (“1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio. 2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones”). Ver también **Ap. RL-54**, Presentación de EE.UU. en Angel Seda, ¶ 49; **Ap. RL-62**, Presentación de EE.UU. en Ballantine, ¶ 13; **Ap. RL-63**, Presentación de EE.UU. en Bay View, ¶ 31; **Ap. RL-65**, Presentación de EE.UU. en Elliott Associates, ¶ 22; **Ap. RL-66**, Presentación de EE.UU. en Gramercy, ¶ 49; **Ap. RL-67**, Presentación de EE.UU. en Italba, ¶ 14; **Ap. RL-68**, Presentación de EE.UU. en Mason, ¶ 26.

⁴⁵⁴ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.3. Resulta importante remarcar que ninguna de las alegaciones de los Demandantes sobre la supuesta violación de la obligación de trato nacional tienen que ver con la “adquisición, establecimiento, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición” del Contrato de Servicios, la “inversión” alegada por los Demandantes. Asimismo, también se debe señalar que la obligación de trato nacional no obliga a conceder un trato más favorable a los inversionistas estadounidenses que el que se conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas colombianos, como parecen sugerir los Demandantes con sus alegaciones.

obligación de trato nacional bajo el Tratado protege a los inversionistas y a sus inversiones de una discriminación basada en su nacionalidad, por lo que no pudo haber existido *prima facie* una violación del Artículo 10.3 del Tratado cuando las acciones de la CGR afectaron tanto a extranjeros como a nacionales.⁴⁵⁵

228. Como ha señalado el tribunal en *S.D Myers c. Canadá* en ocasión de analizar una disposición idéntica de trato nacional:

[A] evaluar si una medida es contraria a una norma de trato nacional, deben tenerse en cuenta los siguientes factores:

- si el efecto práctico de la medida es crear un beneficio desproporcionado para los nacionales frente a los no nacionales;
- si la medida, a primera vista, parece favorecer a sus nacionales frente a los no nacionales que están protegidos por el tratado correspondiente.⁴⁵⁶

229. De un simple análisis de los alegatos de hecho de los Demandantes y de los hechos no controvertidos del caso, es posible advertir que los Demandantes no han probado *prima facie* que se cumplan las condiciones necesarias para que exista una violación de la obligación de trato nacional debido a que: (i) el Auto de Imputación (así

⁴⁵⁵ Ver **Ap. RL-102**, *Feldman*, ¶ 181 (“Es obvio que el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o ‘por motivos de nacionalidad’”). **Ap. RL-111**, *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de junio de 2018, ¶ 249 (“El Tribunal, sin embargo, no logra entender cómo alguno de estos aspectos, o ambos aspectos juntos, podrían dar como resultado una violación del Artículo 3(1) del TBI. El Artículo 3(1) prohíbe las discriminaciones basadas en la nacionalidad entre los inversores extranjeros y sus inversiones, por una parte, y los inversores nacionales y sus inversiones, por otra. Tal discriminación, sin embargo, presupone que los inversores extranjeros y nacionales y sus inversiones se vean afectados de manera diferente, *de iure* o *de facto*, ya sea por la misma medida gubernamental o por medidas que están lo suficientemente conectadas como para dar lugar a un tratamiento discriminatorio.”); **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 50 (“El Artículo 10.3 tiene por objeto prevenir la discriminación sobre la base de la nacionalidad entre los inversionistas (o inversiones) domésticas y los inversionistas (o inversiones) de la otra Parte, que están en ‘circunstancias similares’.”) (traducción del inglés).

⁴⁵⁶ **Ap. RL-112**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, ¶ 252 (traducción del inglés).

como el Fallo con Responsabilidad emitido luego de iniciado este Arbitraje) involucra tanto a nacionales como a extranjeros, por lo que no tiene el “efecto práctico” de “crear un beneficio desproporcionado para los nacionales frente a los no nacionales”; y (ii) “la medida, a primera vista”, no “parece favorecer a sus nacionales frente a los no nacionales”.

230. Por las razones expuestas, no se ha configurado *prima facie* un caso de violación de la obligación de trato nacional.

(iv) Los Demandantes No Han Podido Establecer una Violación *Prima Facie* del Trato de Nación Más Favorecida

231. Los Demandantes también sostienen que Colombia violó el Artículo 10.4 del Tratado – la obligación de trato de nación más favorecida (“NMF”) – al supuestamente otorgarle a los inversionistas suizos y a las inversiones cubiertas de Suiza un trato más favorable que aquel otorgado a los inversionistas estadounidenses, en vista de que los inversionistas suizos pueden supuestamente invocar la cláusula paraguas que contiene el TBI Colombia-Suiza, mientras que los Demandantes no, porque el Tratado no tiene una cláusula semejante.⁴⁵⁷ Con base en la aplicación de la cláusula de NMF, los Demandantes solicitan la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza, y sostienen que Colombia violó dicha cláusula paraguas.⁴⁵⁸ Sin embargo, ninguno de los argumentos de los Demandantes son capaces de establecer una violación *prima facie* de la obligación de NMF.

⁴⁵⁷ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 188-192.

⁴⁵⁸ *Id.*, ¶¶ 193-200.

232. En primer lugar, acorde al sentido corriente de los términos del Artículo 10.4.1 del Tratado, en su contexto, la obligación de trato de NMF requiere únicamente que Colombia conceda a los inversionistas estadounidenses un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en Colombia.⁴⁵⁹ Ello requiere una comparación de las situaciones fácticas de trato efectivamente concedidas, en circunstancias similares, a los inversionistas estadounidenses y a los inversionistas de terceros países; la obligación de trato de NMF no es un mecanismo de importación de estándares de protección de otros tratados de inversiones celebrados con terceros países.⁴⁶⁰ En el presente caso, los Demandantes no

⁴⁵⁹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.4.1 (“Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”).

⁴⁶⁰ Ver **Ap. RL-113**, *Içkale Insaat Limited Sirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016, ¶ 329 (“Los términos ‘trato concedido en situaciones similares’ sugieren, por lo tanto, que la obligación de trato de NMF requiere una comparación de la situación de hecho de las inversiones de los inversionistas del Estado de origen y la de las inversiones de los inversionistas de terceros Estados, con el fin de determinar si el trato concedido a los inversionistas del Estado de origen es menos favorable que el concedido a las inversiones de los inversionistas de cualquier tercer Estado. De ello se desprende que, dada la limitación del ámbito de aplicación de la cláusula de NMF a ‘situaciones similares’, no puede interpretarse, de buena fe, que se refiere a los estándares de protección de las inversiones incluidos en otros tratados de inversión entre un Estado parte y un tercer Estado. Los estándares de protección incluidos en otros tratados de inversión crean derechos legales para los inversionistas afectados, que pueden ser más favorables en el sentido de ser adicionales a las normas incluidas en el tratado base, pero no puede decirse que tales diferencias entre las normas legales aplicables equivalgan a un ‘trato otorgado en situaciones similares’, sin efectivamente negar cualquier significado a los términos ‘situaciones similares’. No puede decirse que los inversionistas se encuentren en una ‘situación similar’ por el mero hecho de haber invertido en un Estado concreto; de hecho, si los términos ‘en situaciones similares’ se interpretaran de forma que coincidieran con el ámbito de aplicación territorial del tratado, no tendrían ningún significado y efectivamente resultarían redundantes, ya que no habría ninguna diferencia entre la cláusula ‘trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares . . . a las inversiones de los inversionistas de cualquier tercer país’ y ‘trato no menos favorable que el concedido . . . a las inversiones de los inversionistas de cualquier tercer país’. Tal interpretación no sería compatible con las reglas generalmente aceptadas de interpretación de los tratados, incluido el principio de efectividad, o *effet utile*, que exige que se dé un significado y un efecto a cada término de una disposición de un tratado”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-114**, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret*

argumentan que exista una situación fáctica en la cual a algún inversionista de un tercer país se le haya concedido efectivamente un trato más favorable en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en Colombia, por lo que no pudo haber existido una violación de esta obligación.

233. En segundo lugar, incluso si la cláusula de NMF pudiese tener la función de importación que argumentan los Demandantes, que no la tiene, no sería posible utilizar la cláusula de NMF del Tratado para importar de un tratado de inversiones celebrado con un tercer país un derecho nuevo (como sería el caso de la cláusula paraguas) que no se encuentra en el tratado base (*i.e.*, el Tratado).⁴⁶¹ Dicho de otro

Ltd. Sti. c. Turkmenistán, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo, 4 de mayo de 2021, ¶¶ 784, 793 (“En consecuencia, el Tribunal considera que las palabras ‘*situaciones similares*’ indican la intención de los Estados parte de restringir el alcance de la cláusula de NMF para que se aplique únicamente al trato discriminatorio entre las inversiones de los inversionistas de uno de los Estados parte y los inversionistas de terceros Estados, en la medida en que pueda decirse que dichas inversiones se encuentran en una situación fáctica similar. Esto requería que las medidas reales adoptadas por el Estado receptor se dirigieran a las inversiones de inversionistas que se encuentran en una situación similar, y demostrar que dicha medida tenía el efecto de tratar a uno de ellos de forma menos favorable que al otro. . . . El Tribunal ha concluido que la cláusula de NMF del artículo II(2) del TBI se aplica a la discriminación *de facto* cuando dos inversionistas en una situación similar reciben un trato diferente. Este no es el caso aquí. Además, la redacción del Artículo II(2), que requiere tal situación fáctica similar, no autoriza a las Demandantes a basarse en la cláusula de NMF para importar normas sustantivas de protección de un tratado de terceros que no están incluidas en el TBI, y a basarse en tales normas en el presente Arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁶¹ Ver, en tal sentido, **Ap. RL-115**, *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011 (“*Hochtief AG*”), ¶ 81 (“A juicio del Tribunal no puede suponerse que Argentina y Alemania tenían la intención de que la cláusula NMF generara derechos enteramente nuevos, cuando los mismos no estaban contemplados en el TBI Argentina-Alemania. La cláusula NMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros. Se toma como referencia el estándar de trato otorgado a terceros; no el alcance de los derechos conferidos a estos últimos.”); **Ap. RL-116**, *Accession Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Decisión sobre la Objeción de la Demandada bajo la Regla de Arbitraje 41(5), 16 de enero de 2013, ¶¶ 73-74 (“Hay que tener cuidado en este contexto. Las cláusulas de NMF no son ni deben ser interpretadas o aplicadas para crear nuevas causas de acción más allá de aquellas a las que las Partes han dado su consentimiento para el arbitraje. . . . El Tribunal considera que un inversionista sólo puede basarse correctamente en los derechos establecidos en el tratado base, es decir, el TBI del que son parte directamente el Estado de origen del inversionista y el Estado receptor de la inversión, pero no más que eso.”) (traducción del inglés).

modo, incluso de permitirse la importación de estándares de protección de otros tratados celebrados con terceros países, solo podría tener lugar la importación de estándares más favorables de derechos ya existentes en el Tratado.⁴⁶² Como no existe una cláusula paraguas en el Tratado, no resultaría posible agregar ese derecho nuevo al Tratado a través de su importación vía la cláusula de NMF.

234. En tercer lugar, incluso si se le permitiese a los Demandantes – por medio de la aplicación de la cláusula de NMF – la importación de derechos nuevos que no se encuentran en el Tratado, no sería posible la importación de una cláusula paraguas de algún otro tratado de inversiones celebrado por Colombia, pues ello sería contrario a consideraciones de política pública que tuvieron en cuenta las Partes Contratantes al específicamente no incluir una cláusula paraguas en el Tratado.⁴⁶³ Colombia ha tenido

⁴⁶² Ver por ejemplo **Ap. RL-117**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/01, Laudo, 21 de julio de 2017, ¶ 884 (“El Tribunal acepta que las partes del Tratado en toda probabilidad tenían conocimiento de la existencia de las cláusulas paraguas y si hubiesen tenido la intención de incluir una cláusula de este tipo en el Tratado, lo habrían hecho. Según la Demandada, la utilización de la Cláusula de NMF para incorporar una cláusula paraguas en el Tratado redundaría en la incorporación de un nuevo derecho o estándar de tratamiento no previsto en el Tratado. Sobre la base del lenguaje específico utilizado por las Partes en el Tratado, el Tribunal considera que este argumento es persuasivo.”); **Ap. RL-115**, *Hochtief AG*, ¶ 81 (“La cláusula NMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el TBI que contenga la cláusula NMF”).

⁴⁶³ El propio tribunal en *Maffezini c. España* señaló que la importación de obligaciones o estándares de otros tratados por medio de una cláusula de NMF no podría tener lugar cuando ello afectase las consideraciones de política pública que las partes contratantes tuvieron en cuenta para incorporar, eliminar o establecer excepciones a cierta disposición en un tratado. **Ap. RL-118**, *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión del tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000, ¶ 56 (“Esta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública”), 62 (“Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate”), ¶ 63 (“[E]sta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública”). Por lo tanto, disposiciones específicamente negociadas por las Partes Contratantes no pueden ser dejadas de lado por medio de la aplicación de la cláusula de NMF. Ver **Ap. RL-119**, UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD SERIES ON ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS II (United Nations 2010), p. XV (“[L]os tribunales arbitrales generalmente han sido cautelosos a la hora de

una política consistente de rechazo de las cláusulas paraguas.⁴⁶⁴ En cuanto a Estados Unidos, si bien sus primeros tratados modelo contenían una cláusula paraguas, el tratado modelo de Estados Unidos de 1994 – así como también el tratado modelo de Estado Unidos de 2004 (en el que se basa este Tratado) y todos sus tratados modelo posteriores – eliminaron la cláusula paraguas de su texto y, en su lugar, incluyeron la definición del término “acuerdo de inversión”, estableciendo la posibilidad de que ciertas reclamaciones contractuales pudiesen ser sometidas a arbitraje por un inversionista cuando fuesen violatorias de un “acuerdo de inversión” – que es un concepto específicamente definido en los tratados de inversiones celebrados por Estados Unidos a partir de 1994.⁴⁶⁵ Así, el

importar disposiciones sustantivas de otros tratados, especialmente cuando están ausentes en el tratado base o cuando alteran el ámbito de aplicación específicamente negociado del tratado”). (traducción del inglés).

⁴⁶⁴ **Ap. RL-120**, José Antonio Rivas, *Colombia*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 183 (C. Brown (ed.), Oxford Scholarly Authorities on International Law 2013), p. 242 (“La práctica de Colombia de rechazar la inclusión de una cláusula paraguas ha sido muy consistente, con la excepción del [Tratado] Colombia-EE.UU. (2006). Este [Tratado] tiene un tipo de cláusula paraguas, incluida en la sección de solución de controversias entre inversionistas y Estados del tratado, como compromisos contraídos en el marco de ‘acuerdos de inversión’, y se limita a tres sectores: inversiones en recursos naturales, provisión de servicios al público en nombre del Estado e infraestructuras. El TBI entre Suiza y Colombia (2007) y el TBI entre Japón y Colombia (2011) tienen cláusulas paraguas típicas, pero las partes de estos tratados no han dado su consentimiento al arbitraje entre inversionistas y Estados cuando un inversionista alega una violación de la respectiva cláusula paraguas”). (traducción del inglés). *Ver también id.*, p. 241 (“Como cuestión estrictamente política, el [Tratado] Modelo [de Colombia] no incluye una ‘cláusula paraguas’”). (traducción del inglés).

⁴⁶⁵ *Ver Ap. RL-121*, Kenneth J. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (Oxford University Press 2009), pp. 103-104 (“Los cambios en el modelo de 1994 son demasiado numerosos. . . . [L]a disposición general de trato absoluto fue modificada por la supresión de la cláusula que obliga a las partes a respetar las obligaciones relativas a las inversiones. . . . La disposición sobre controversias entre inversionistas y Estados se modificó para incluir las definiciones de ‘acuerdo de inversión’ y ‘autorización de inversión’”), p. 261 (“[S]e suprimió la disposición que obligaba a las partes a cumplir con las obligaciones relativas a las inversiones. Esta disposición se había omitido en el TLCAN y, especialmente a raíz de las negociaciones del Tratado sobre la Carta de la Energía, los negociadores de los TBI de EE.UU. se preocuparon por su potencial amplitud. El término ‘obligación’ podría tener un alcance que los redactores nunca pretendieron, como el de referirse a una obligación del tratado, sugiriendo así que cualquier obligación del tratado con respecto a la inversión era exigible en virtud de la disposición sobre controversias inversionista-Estado”), p. 360 (“[E]l término ‘acuerdo de inversión’ en los TBIs es más estrecho que el término ‘cualquier obligación’”. Los tribunales de *El Paso* y *Pan American Energy* trataron el modelo de 2004 como una guía interpretativa del TBI de Argentina, pero de hecho el TBI de Argentina se basó en el modelo de 1991 y, por lo tanto, reflejó la política que estaba vigente antes de 1994, cuando se eliminó la disposición sobre obligaciones, y ciertamente mucho antes de la evolución política que

Tratado específicamente prevé la posibilidad de someter a arbitraje las violaciones de un “acuerdo de inversión”, y únicamente cuando un determinado acuerdo escrito califique como un “acuerdo de inversión” bajo el Tratado (*i.e.*, que se trate de un acuerdo escrito entre “una autoridad nacional de una Parte” y un inversionista de otra Parte) se podrán someter a arbitraje bajo el Tratado las violaciones de las obligaciones contractuales que surjan de dicho acuerdo de inversión.⁴⁶⁶ Permitir la importación de una cláusula paraguas, y así ampliar el universo de reclamaciones contractuales que podrían someterse a arbitraje bajo el Tratado desvirtuaría las consideraciones de política pública que tuvieron en cuenta las Partes Contratantes al incorporar al texto del Tratado el

produjo el modelo de 2004”).) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-122**, Katia Yannaca-Small, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT 2006/03 (OECD Publishing 2006), p. 14 (“Esta cláusula [paraguas] no se encuentra presente en el más reciente TBI Modelo de EE.UU. de 2004. El Artículo 24(1) del TBI modelo limita la aplicación de esta cláusula para cubrir solamente reclamaciones que surjan de un acuerdo de inversión y no otras obligaciones contractuales”).) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-42**, C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES*, ¶ 4.65 (“El modelo de EE.UU. somete las reclamaciones contractuales en virtud de los acuerdos de inversión celebrados con las autoridades nacionales del Estado dentro de la jurisdicción de un tribunal constituido conforme al tratado de inversión. No trata dichas reclamaciones como si constituyeran violaciones sustantivas del tratado. Más bien, y en contraste con tales violaciones, establece que las reclamaciones de los acuerdos de inversión están sujetas a las normas de derecho especificadas en el acuerdo (o, en ausencia de acuerdo, a la ley del Estado receptor y a las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables)”) (traducción del inglés). Comparar **Ap. RL-123**, Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 14 de noviembre de 1991 y en vigor desde el 20 de octubre de 1994, Artículo 2.2(c) (que contiene una cláusula paraguas, y en donde no se define el término “acuerdo de inversión”) con **Ap. RL-124**, Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de Estados Unidos de 1994, Artículo 1 (que define el término “acuerdo de inversión”, y no contiene una cláusula paraguas) y **Ap. RL-125**, Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de Estados Unidos de 2004, Artículo 1 (que también define el término “acuerdo de inversión” y no contiene una cláusula paraguas).

⁴⁶⁶ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1; ¶¶ 240-246, *infra*. Si bien la cláusula paraguas es una obligación sustantiva, el efecto de incorporar en el Tratado una cláusula paraguas por medio de la cláusula de NMF del Tratado sería equivalente a expandir el tipo de reclamaciones contractuales que podrían someterse a arbitraje, más allá de aquellas reclamaciones contractuales vinculadas a violaciones de un acuerdo de inversión. Sin embargo, la propia nota al pie 2 del Tratado aclara que el trato de NMF “no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones”. **Ap. RL-1**, Tratado, n. 2. Lo que en definitiva están buscando los Demandantes mediante la importación de una cláusula paraguas es precisamente lograr ese objetivo: ampliar la competencia del Tribunal para que también pueda entender sobre cualquier reclamación contractual, lo cual se encuentra expresamente vedado por el Tratado.

término especial de un “acuerdo de inversión”, eliminar la cláusula paraguas, y restringir el tipo de reclamaciones contractuales que pueden someterse a arbitraje bajo el Tratado únicamente a violaciones de un acuerdo de inversión.⁴⁶⁷

235. En cuarto lugar, aun si se permitiese la importación de una cláusula paraguas de otro tratado de inversiones por medio de la cláusula de NMF del Tratado, no sería posible la importación del derecho a someter a arbitraje una reclamación por la violación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza (que es el tratado del cual los Demandantes buscan importar tal derecho) debido a que ese derecho no existe en el TBI Colombia-Suiza. Curiosamente, si bien el TBI Colombia-Suiza contiene una cláusula paraguas, no contiene un consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones que pudieran surgir por el incumplimiento de esa cláusula paraguas.⁴⁶⁸

236. Esto fue expresamente confirmado por el tribunal en el caso *Glencore c. Colombia* en donde precisamente el tribunal tuvo que interpretar el alcance de la cláusula

⁴⁶⁷ Cabe destacar que Colombia tampoco incluyó una cláusula paraguas en su Tratado Modelo de 2008, ni en sus tratados modelo posteriores. Ver **Ap. RL-126**, Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Modelo de Colombia de 2008 (“Tratado Modelo de Colombia de 2008”); n. 464, *supra*. Adicionalmente, la importación de una cláusula paraguas de otro tratado de inversiones no se encontraría permitida como consecuencia del alcance limitado de la obligación de NMF bajo el Tratado. El Artículo 10.4.1 del Tratado dispone que el trato de nación más favorecida se concede a los inversionistas estadounidenses únicamente con respecto “al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones”. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.4.1.

⁴⁶⁸ **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Artículos 10(2) (“Cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que él pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión.”) y 11(3) (“Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior, excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 de este Acuerdo”). Se debe resaltar que ningún tratado de inversiones, o capítulo de inversión en un tratado de libre comercio, celebrado por Colombia y que se encuentre vigente contiene un consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones que pudieran surgir de un incumplimiento de una cláusula paraguas. Los únicos tratados de inversiones celebrados por Colombia que contienen una cláusula paraguas son el TBI Colombia-Suiza y el TBI Colombia-Japón, pero en ambos no existe un consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones que pudieran surgir de los incumplimientos de dichas cláusulas paraguas. Ver n. 464, *supra*.

paraguas del TBI Colombia-Suiza y el consentimiento otorgado por las partes contratantes para someter a arbitraje las disputas que surgiesen por supuestos incumplimientos de dicha cláusula paraguas.⁴⁶⁹ Si bien el Artículo 10(2) del TBI Colombia-Suiza contiene una cláusula paraguas (que es la que citan los Demandantes en su Notificación de Arbitraje),⁴⁷⁰ el Artículo 11(3) de dicho tratado dispone expresamente que las partes contratantes otorgan su consentimiento al sometimiento de disputas de inversión al arbitraje internacional, “excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 [del tratado]”.⁴⁷¹ En el Protocolo del TBI Colombia-Suiza se estableció que, a partir de un plazo de cinco (5) años desde su entrada en vigencia, las partes contratantes debían consultar para determinar si la limitación del consentimiento respecto a la cláusula paraguas continuaba siendo apropiada.⁴⁷² Sin embargo, esa disposición nunca se revisó o modificó, por lo que las disputas por supuestos incumplimientos de la cláusula paraguas en el TBI Colombia-Suiza se encuentran excluidas del consentimiento a arbitraje en dicho tratado, como lo confirmó el tribunal en *Glencore*:

La redacción del Art. 11(2) del Protocolo, junto con el sentido corriente del Art. 11(3) del Tratado, admiten una sola

⁴⁶⁹ **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶ 1025 (“Por los motivos que anteceden, el Tribunal concluye que carece de competencia para decidir sobre reclamaciones planteadas en virtud de la Cláusula Paraguas contenida en el Art. 10(2) del Tratado”). (énfasis omitido).

⁴⁷⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 192 (citando el Artículo 10(2) del TBI Colombia-Suiza – pese a que los Demandantes lo citan erróneamente como el Artículo 10(3)); **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Artículo 10(2).

⁴⁷¹ **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶ 1001; **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Artículo 11(3).

⁴⁷² **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶ 1006 (citando la Adición Artículo 11(2) del Protocolo del TBI Colombia-Suiza, que dice lo siguiente: “Respecto al párrafo 3 de dicho artículo, a solicitud de una Parte cinco años después de la entrada en vigor de este Acuerdo o en cualquier momento posterior, las Partes deberán consultar con miras a evaluar si las disposiciones sobre consentimiento respecto al artículo 10 párrafo 2 es apropiado considerando la ejecución de este Acuerdo.”); **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Protocolo, Adición Artículo 11(2).

conclusión: en el Art. 11(3) del Tratado, los Estados parte excluyeron las disputas relativas a la Cláusula Paraguas de su consentimiento al arbitraje; pero, conscientes de que dicha exclusión en términos prácticos privaba de eficacia a la Cláusula Paraguas, en el Art. 11(2) del Protocolo, acordaron revisar su decisión, luego de un periodo de cinco años de experiencia, a la luz de la ejecución del Tratado y a solicitud de uno de los Estados parte.⁴⁷³

237. De esta manera, si el Tribunal permitiese la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza y permitiese que los Demandantes pudiesen someter a arbitraje sus reclamaciones por incumplimientos de dicha cláusula paraguas, los inversionistas estadounidenses se encontrarían en condiciones más favorables que los inversionistas suizos.⁴⁷⁴

⁴⁷³ **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶ 1009 (énfasis añadido). Asimismo, el tribunal en *Glencore* señaló que la política de Colombia de no incluir una cláusula paraguas en su tratado de inversiones modelo y las opiniones de varios doctrinarios en el mismo sentido confirmaban su interpretación de que no existía un consentimiento para someter a arbitraje un supuesto incumplimiento de la cláusula paraguas. *Id.*, ¶¶ 1014, 1022-1023.

⁴⁷⁴ Ello sería así debido a que los inversionistas suizos no pueden someter a arbitraje bajo el TBI Colombia-Suiza sus reclamaciones por incumplimientos de la cláusula paraguas de dicho tratado, y la importación de esa cláusula paraguas no podría resultar en otorgarle a los inversionistas estadounidenses un trato más favorable que el que gozan los propios inversionistas suizos de donde se importaría esa cláusula paraguas. Es más, los inversionistas estadounidenses tendrían un trato más favorable que cualquier otro inversionista extranjero protegido por un tratado de inversiones celebrado por Colombia, ya que Colombia no ha consentido al sometimiento a arbitraje de reclamaciones por incumplimientos de una cláusula paraguas en ninguno de sus tratados de inversiones. Ver n. 464, *supra*. El propio texto de la obligación de trato de NMF del Tratado impide este tipo de importación y/o aplicación de esta obligación, pues esta se limita a conceder “a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte”. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.4.1. O sea, la obligación de NMF se circunscribe a otorgar a los inversionistas estadounidenses un trato “no menos favorable” y “en circunstancias similares” que aquel que se le conceda a los inversionistas suizos, pero no puede aplicarse de forma tal que resulte en concederle a los inversionistas estadounidenses un trato más favorable, lo que excedería el alcance de la obligación. Asimismo, existen diversos fundamentos jurídicos que impedirían la importación en la forma en que lo solicitan los Demandantes. En primer lugar, de permitirse la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza, dicha importación no podría ser “parcial”. O sea, la importación de cláusula paraguas debería realizarse junto con todos sus derechos y limitaciones, incluyendo la limitación existente en dicho tratado respecto a la falta de consentimiento para someter a arbitraje las disputas sobre supuestos incumplimientos de la cláusula paraguas. A los efectos prácticos, ello significaría que este Tribunal no tendría la facultad para resolver cualquier controversia que resultara de un supuesto incumplimiento de la cláusula paraguas, por lo que la discusión sobre la aplicación o no de la cláusula paraguas en este caso sería meramente académica. En segundo lugar, si se permitiese la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza y a la vez se permitiese que los inversionistas estadounidenses pudiesen someter sus controversias sobre potenciales incumplimientos de la cláusula paraguas a arbitraje bajo el Tratado,

238. En quinto lugar, incluso si hipotéticamente los Demandantes pudiesen importar la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza – por vía de la cláusula de NMF del Tratado – y se considerase que existe un consentimiento bajo el Tratado para someter disputas sobre supuestos incumplimientos de dicha cláusula paraguas a arbitraje (*quod non*), la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza (que protege las obligaciones derivadas de un acuerdo escrito entre el gobierno central o una agencia de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que dicho inversionista pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión)⁴⁷⁵ tampoco resultaría aplicable en este caso, porque no se cumplen los presupuestos para su aplicación:

- Reficar no es una “agencia” del gobierno central de Colombia, como incorrectamente señalan los Demandantes.⁴⁷⁶ Si bien el TBI Colombia-Suiza no posee una definición del concepto de “agencia del gobierno central” (ni mucho menos este Tratado), bajo el derecho colombiano es inadmisibles catalogar a una sociedad comercial de carácter descentralizado, como lo es Reficar, como una agencia del gobierno central.⁴⁷⁷

esa forma de “importación” sería también contraria al principio internacionalmente reconocido de “*nemo plus iuris*”, ya que se les estaría dando a los inversionistas estadounidenses un mejor derecho que el que tienen los propios inversionistas suizos de donde surge esa obligación. Ver, en tal sentido, **Ap. RL-127**, *Banco American Resources, Inc. y Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. c. République Démocratique du Congo*, Caso CIADI No. ARB/98/7, Laudo del Tribunal (Extractos), 1 de septiembre de 2000, 17 ICSID REVIEW – FILJ 380 (2002), ¶ [5].

⁴⁷⁵ **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Artículo 10(2).

⁴⁷⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 194.

⁴⁷⁷ Ello es así por varias razones. Primero, porque la ley colombiana establece cuáles son las entidades que pertenecen al gobierno central y en ellas no incluye sociedades comerciales. **Ap. RL-4**, Ley 489 de 1998, Artículo 38 (“La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: 1. Del Sector Central: a) La Presidencia de la República; b) La Vicepresidencia de la República; c) Los Consejos Superiores de la administración; d) Los ministerios y departamentos administrativos; e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica”). (énfasis añadido). Segundo, porque el gobierno colombiano cuenta con 16 agencias y Reficar no es una de ellas. Ver **Ap. R-91**, Portal Único del Estado Colombiano, “Entidades”, “Rama Ejecutiva”, “Orden Nacional”. Tercero, como los propios Demandantes lo señalan (Notificación de Arbitraje, ¶ 50), Reficar es simplemente una sociedad comercial, con personalidad jurídica propia y no puede

- Según los propios términos de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza, el Contrato de Servicios no puede constituir al mismo tiempo la “inversión” y el “acuerdo escrito” de donde deriva una obligación

considerarse como una “agencia del gobierno central” de Colombia. Ver ¶¶ 14-15, n. 19, *supra*; **Ap. RL-128**, *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010 (“*Gustav F W*”), ¶¶ 346, 348 (“El Tribunal observa además la postura asumida por el Comité *ad hoc* en el caso *CMS c. Argentina*, quien también dejó en claro, en su entendimiento, que una obligación contractual entre una entidad pública distinta del Estado y un inversionista extranjero no puede ser transformada mágicamente por la llamada ‘cláusula paraguas’ en una obligación del Estado hacia un inversionista protegido. . . . En estas circunstancias, los compromisos contractuales de Cocobod, al ser una entidad separada del Estado, no pueden considerarse elevados, y transformados en su naturaleza, por el Artículo 9(2) del TBI, en compromisos convencionales del propio Estado. De ello se desprende que una violación por parte de Cocobod – si se hubiera constatado tal violación – no podría haber constituido una violación del TBI.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-129**, *Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005 (“*Impregilo*”), ¶¶ 216, 223 (“Dado que los Contratos en cuestión se celebraron entre el Demandante y WAPDA [Pakistan Water and Power Development Authority], y no entre el Demandante y Pakistán; que bajo la ley de Pakistán, que rige tanto los Contratos como el estado y la capacidad de WAPDA a los fines de los Contratos, WAPDA es una entidad legal distinta del Estado de Pakistán; y dado que el Artículo 9 del TBI no cubre incumplimientos de contratos celebrados por dicha entidad, debe concluirse que este Tribunal no tiene jurisdicción bajo el TBI para atender las reclamaciones de Impregilo basadas en las alegadas violaciones de los Contratos. . . . En opinión del Tribunal, dado que los contratos fueron celebrados por Impregilo con WAPDA, y no con Pakistán[,] la invocación de Impregilo del Artículo 3 del TBI concluye la cuestión. Incluso asumiendo el argumento de que Pakistán, a través de la cláusula NMF y el TBI Suiza-Pakistán, ha garantizado el cumplimiento de los compromisos contractuales en los que se ha comprometido junto con los inversionistas italianos, dicha garantía no cubriría los presentes Contratos, ya que estos son acuerdos por los que no se obligó. Por el contrario, los Contratos fueron celebrados por una entidad separada y distinta.”) (traducción del inglés). Los Demandantes parecen también argumentar que, bajo el derecho internacional, Reficar celebró el Contrato de Servicios en representación de Colombia. Notificación de Arbitraje, ¶ 195. Mas allá que no existe ningún sustento fáctico y/o jurídico para realizar tal afirmación, el derecho internacional respeta la personalidad jurídica separada de las compañías estatales y, salvo que exista un hecho ilícito internacional, no permite atribuir en forma general contratos de compañías estatales al Estado. Ver **Ap. RL-130**, Richard Happ, *The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisprudence*, en *INVESTMENT ARBITRATION AND THE ENERGY CHARTER TREATY* 315 (C. Ribeiro (ed.), JurisNet, LLC 2006), p. 324 (“[N]o es posible atribuir al Estado un contrato celebrado por una subdivisión o entidad estatal utilizando las normas sobre responsabilidad estatal. Las normas de atribución se han elaborado en el contexto de la atribución de actos al Estado para determinar si esos actos infringen el derecho internacional. No pueden aplicarse *mutatis mutandis*.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-131**, *Consutel Group S.p.A. in liquidazione c. República Democrática y Popular de Argelia*, Caso CPA No. 2017-33 (CNUDMI), Laudo Final, 3 de febrero de 2020, ¶ 364 (“El Tribunal admitió, a los fines de la discusión sobre competencia, la atribución al Estado de violaciones contractuales alegadas contra Argelia Telecom. Sin embargo, esto no significa que se considere que el Estado es el deudor de estas obligaciones contractuales. Las reglas de atribución no tienen el efecto de modificar la titularidad del contrato y de transferir al Estado la titularidad de los derechos u obligaciones suscritos por una entidad pública. La responsabilidad de una entidad pública por la violación de sus obligaciones contractuales ciertamente puede atribuirse al Estado sobre la base de las reglas de atribución, pero las obligaciones contractuales así violadas siguen siendo las de la entidad pública que las ha suscrito. El Estado no se convierte, por efecto de las reglas de atribución, en el deudor de las obligaciones contraídas por la empresa pública.”) (traducción del francés).

respecto a la inversión.⁴⁷⁸ Dicho de otro modo, desde un sentido lógico, el “acuerdo escrito” no puede ser la misma inversión.

- De todas formas, los alegatos de hecho de los Demandantes – incluso si fuesen ciertos – no podrían constituir una violación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza⁴⁷⁹ debido a que (i) claramente no existió una violación de la [REDACTED] del Contrato de Servicios; porque la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente de la responsabilidad contractual y no se encuentra (ni podría encontrarse) dentro del alcance personal y material de la [REDACTED];⁴⁸⁰ y (ii) cualquier [REDACTED] existente en el Contrato de Servicios resultaría eventualmente solo aplicable a [REDACTED] de los Demandantes frente a Reficar, pero no resultaría (ni podría resultar) aplicable a su responsabilidad fiscal o de otra naturaleza.⁴⁸¹

239. En resumen, las reclamaciones de los Demandantes no son susceptibles de constituir *prima facie* una violación de la obligación de NMF del Tratado por una multiplicidad de razones: (i) la obligación de NMF es una obligación de “trato” y los Demandantes no han podido demostrar *prima facie* que haya existido una situación fáctica en la que se les haya concedido a los inversionistas de terceros países un trato más favorable, en circunstancias similares, que a los inversionistas estadounidenses; (ii) la cláusula de NMF del Tratado no puede utilizarse para importar obligaciones sustantivas de otros tratados de inversiones (derechos nuevos) que no se encuentran en el tratado base (*i.e.*, el Tratado), ni – en caso de permitirse la importación de derechos nuevos – dicha importación puede ser contraria a consideraciones de política pública que tuvieron en mira las Partes Contratantes del Tratado; (iii) incluso si se permitiese la importación de una cláusula paraguas de otro tratado, insólitamente la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza que los Demandantes buscan importar no otorga un

⁴⁷⁸ **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Artículo 10(2).

⁴⁷⁹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 196-199.

⁴⁸⁰ Ver ¶¶ 81, 157-158, *supra*.

⁴⁸¹ Ver ¶ 157, n. 343, *supra*.

consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones por incumplimientos de dicha cláusula paraguas; y (iv) en todo caso, incluso si la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza se pudiese importar de la forma en que lo solicitan los Demandantes, no sería posible aplicar dicha cláusula en este caso porque no se cumplen los presupuestos para su aplicación (entre otros, porque Reficar no es una agencia del gobierno central de Colombia).

(2) No Pudo Haber Existido una Violación de un Acuerdo de Inversión

240. Los Demandantes también sostienen de manera confusa que, además de haber violado las obligaciones sustantivas del Tratado, las acciones de Colombia constituyen violaciones contractuales,⁴⁸² y que el Tratado permite específicamente que inversionistas como los Demandantes busquen alguna forma de reparación contra el Estado en un arbitraje CCI por violaciones de un contrato que califique como un “acuerdo de inversión”.⁴⁸³ Sin embargo, el Tratado no otorga competencia al Tribunal para decidir sobre supuestas violaciones contractuales. Asimismo, no existe *prima facie* ningún acuerdo de inversión en este caso, por lo que no resulta posible que se haya violado uno.

241. Extrañamente, los Demandantes sostienen que “todas las acciones de Colombia que constituyen violaciones contractuales ... también constituyen violaciones del [Tratado]”, y que por lo tanto el Tribunal tendría competencia sobre los reclamos de

⁴⁸² Notificación de Arbitraje, ¶ 202 (“[T]odas las acciones de Colombia que constituyen violaciones contractuales . . . también constituyen violaciones del [Tratado]. En consecuencia, el Tribunal tiene competencia sobre los reclamos de FPJVC que surgen de la violación de sus derechos contractuales.”) (traducción del inglés).

⁴⁸³ *Id.*, ¶ 203 (“El Tratado específicamente a los inversionistas, como FPJVC, a buscar una reparación contra el Estado en un arbitraje CCI por violaciones del contrato si este califica como un ‘acuerdo de inversión’.”) (traducción del inglés).

los Demandantes que surgen de la violación de sus derechos contractuales.⁴⁸⁴ Sin embargo, como surge explícitamente de los términos del Tratado, los reclamos contractuales se encuentran fuera del alcance del consentimiento otorgado por Colombia bajo el Tratado,⁴⁸⁵ por lo que este Tribunal no tiene competencia para entender sobre reclamos puramente contractuales.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ *Id.*, ¶ 202 (traducción del inglés).

⁴⁸⁵ El Artículo 10.16.1 del Tratado solo permite a un demandante someter una reclamación a arbitraje por supuestas violaciones de obligaciones sustantivas del Tratado, de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1. A su vez, el Artículo 10.17.1 del Tratado establece que “[c]ada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Acuerdo”. *Id.*, Artículo 10.17.1. Por lo tanto, el consentimiento de las Partes Contratantes del Tratado para el sometimiento de reclamaciones a arbitraje no incluye reclamaciones por supuestas violaciones puramente contractuales. Ver también **Ap. RL-61**, *Presentación de EE.UU. en Hamadi Al Tamimi*, ¶ 12 (“El Artículo 10.21 [que es prácticamente idéntico al Artículo 10.22 del Tratado] no otorga al Tribunal jurisdicción para conocer las reclamaciones por incumplimiento de otras obligaciones que no sean las enumeradas en el Capítulo Diez, Sección A”). (traducción del inglés).

⁴⁸⁶ Dicho de otro modo, el Tribunal solo tiene competencia para evaluar derechos o reclamos contractuales en la medida en que estos también constituyan violaciones de obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión, pero el Tribunal carece de competencia para escuchar reclamos puramente contractuales que no se encuentren vinculados a violaciones de obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión. Ver por ejemplo **Ap. RL-132**, *Abaclat y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, ¶ 316 (“En principio se admite que, con respecto a una reclamación basada en un TBI, un tribunal arbitral carece de jurisdicción cuando esa reclamación es puramente contractual, pues el TBI no ha sido concebido para corregir o sustituir reparaciones contractuales ni, en especial, como sustituto de procedimientos judiciales o arbitrales que surjan de reclamaciones contractuales. En el contexto de reclamaciones surgidas de una relación contractual, la jurisdicción del tribunal con respecto a reclamaciones basadas en TBI solo se da, en principio, en los casos en que, además del supuesto incumplimiento contractual, el Estado receptor viola obligaciones que haya asumido en virtud de un tratado pertinente. Las reclamaciones puramente contractuales deben plantearse ante el órgano competente, cuya jurisdicción emana del contrato, y ese órgano —trátese de un tribunal de justicia o de un tribunal arbitral— puede y debe entender en la reclamación toda y pronunciarse sobre ella basándose exclusivamente en el contrato.”); **Ap. RL-133**, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina I*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación, 3 de julio de 2002, ¶ 96 (“De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable — en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. Por ejemplo, en el caso de una reclamación basada en un tratado, se aplican las reglas internacionales acerca de la atribución, con el resultado de que el Estado Argentino es internacionalmente responsable por los actos de sus autoridades provinciales. Por otra parte, el Estado Argentino no es responsable por el cumplimiento de los contratos concluidos por Tucumán, que posee personalidad jurídica separada bajo su propio derecho y es responsable por el cumplimiento de sus propios contratos”). La decisión citada por los Demandantes en apoyo de su posición (Notificación de Arbitraje, ¶ 201, citando *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15,

242. Por otro lado, respecto a los argumentos que efectúan los Demandantes sobre la existencia de un supuesto “acuerdo de inversión”, cabe señalar que el Artículo 10.16.1 del Tratado permite a un demandante someter una reclamación a arbitraje únicamente si el demandado ha violado un acuerdo de inversión – según la definición de este término conforme al propio Tratado – y si el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta.⁴⁸⁷ A su vez, el Artículo 10.28 del Tratado define específicamente al término “acuerdo de inversión” de la siguiente manera:

acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista: (a) respecto a los recursos que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte, distribución o venta; (b) para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o (c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gaseoductos, que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno.⁴⁸⁸

243. Los Demandantes sostienen que el Contrato de Servicios es un “acuerdo de inversión” porque fue celebrado entre Reficar, una “entidad estatal” y una “autoridad

Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006, ¶ 84) resulta irrelevante, ya que ese comentario fue efectuado por un tribunal en el marco de una supuesta violación de una cláusula paraguas de un tratado de inversiones (que este Tratado no contiene), no de la forma y con el alcance que le quieren dar los Demandantes.

⁴⁸⁷ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1.

⁴⁸⁸ *Id.*, Artículo 10.28 (énfasis omitido).

nacional de una Parte”, y FPJVC, un “inversionista de otra Parte”.⁴⁸⁹ Sin embargo, basta un análisis somero para darse cuenta de que los Demandantes se equivocan.

244. En primer lugar, el Contrato de Servicios no puede ser considerado un “acuerdo de inversión” en los términos del Tratado, ya que conforme al Tratado un “acuerdo de inversión” no puede constituir simultáneamente una “inversión cubierta” por el Tratado, como aquí alegan los Demandantes. El Artículo 10.28 establece que el acuerdo de inversión es un acuerdo escrito en virtud del cual el inversionista “se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo”.⁴⁹⁰ En sentido concordante, el Artículo 10.16.1 del Tratado expresamente establece que el sometimiento de un reclamación por la violación de un acuerdo de inversión solamente es válida si “la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante”.⁴⁹¹ Resulta claro del texto de estas disposiciones que el Contrato de Servicios no puede constituir al mismo tiempo un “acuerdo de inversión” y la “inversión cubierta diferente al

⁴⁸⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 204. *Ver también* Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 9 (“Reficar es una ‘autoridad nacional’ de Colombia, tanto según la definición de ‘autoridad nacional’ del Tratado (‘una autoridad del nivel central de gobierno’) como de acuerdo con la jurisprudencia del CIADI.”) (traducción del inglés). Cabe señalar que a, a los fines de determinar si Reficar califica como una “autoridad nacional” o una “autoridad del nivel central de gobierno” conforme al Tratado – que son términos específicamente definidos por este – las decisiones de otros tribunales del CIADI sobre tratados que no contienen definiciones específicas de estos términos o que meramente discuten la atribución de responsabilidad estatal conforme a criterios del derecho internacional consuetudinario resultan irrelevantes. *Ver* n. 493, *infra*.

⁴⁹⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28 (énfasis añadido). *Ver*, en tal sentido, **Ap. RL-121**, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 174 (aclarando que “la inversión establecida con base en un acuerdo escrito no puede ser el acuerdo escrito en sí mismo”) (traducción del inglés).

⁴⁹¹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1 (énfasis añadido).

acuerdo escrito en sí mismo”.⁴⁹² Existe una evidente contradicción lógica y conceptual en el argumento de los Demandantes.

245. En segundo lugar, el Contrato de Servicios no fue celebrado por una “autoridad nacional de una Parte”, como incorrectamente sostienen los Demandantes. El propio Tratado define “autoridad nacional” como “una autoridad del nivel central de gobierno”.⁴⁹³ El Contrato de Servicios fue celebrado por Reficar, una sociedad de economía mixta que realiza actividades comerciales y pertenece al nivel descentralizado del gobierno (o rama ejecutiva) de Colombia.⁴⁹⁴ Es decir, bajo la definición del propio

⁴⁹² Los Demandantes asimismo argumentan que otros acuerdos similares al Contrato de Servicios han sido frecuentemente reconocidos como “acuerdos de inversión” por tribunales arbitrales internacionales, y citan una serie de decisiones que involucran a otros tratados de inversiones. Notificación de Arbitraje, ¶ 204 y n. 95. Sin embargo, ninguno de esos casos se refería al término “acuerdo de inversión” como se encuentra definido en el Tratado, o involucraban tipos de contratos (un contrato de desarrollo de planta de energía eléctrica, un contrato de explotación y producción de petróleo o un contrato para la exploración de minerales) siquiera remotamente similares al Contrato de Servicios, que meramente tiene por objeto proveer servicios de consultoría. Ver ¶¶ 24-32, *supra*. Ver también **Ap. RL-134**, *F-W Oil Interests, Inc. c. República de Trinidad y Tobago*, Caso CIADI No. ARB/01/14, Laudo, 3 de marzo de 2006, ¶ 131 (“[A]unque el concepto de ‘acuerdo de inversión’ aparece regularmente en los TBIs celebrados por EE.UU. en esa época, el concepto es exclusivo de los celebrados por EE.UU.”.) (traducción en inglés); **Ap. RL-74**, K. Vandeveld, *BILATERAL INVESTMENT TREATIES: HISTORY, POLICY, AND INTERPRETATION*, n. 181 (“El término ‘acuerdo de inversión’ es un término técnico en la práctica de los TBI de EE.UU.”.); **Ap. RL-121**, K. Vandeveld, *U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS*, p. 577 (“El término ‘acuerdo de inversión’ pretende incluir los acuerdos relativos al establecimiento u operación de una inversión. Al mismo tiempo, pretende excluir los contratos comerciales ordinarios.”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁹³ **Ap. RL-1**, Tratado, n. 13.

⁴⁹⁴ Ver nn. 17, 19, *supra*. Reficar no solo no es del nivel central de gobierno, sino que tampoco es una “autoridad” porque no gobierna sobre ninguna esfera ni ejerce potestades soberanas. **Ap. R-33**, Estatutos Sociales Refinería de Cartagena S.A.S., Artículo 3. Cuando discuten la definición de “autoridad nacional” y cómo supuestamente Reficar cabría dentro de esta definición, los Demandantes describen la composición de la junta directiva de Reficar haciendo hincapié en la participación de varios ministros y viceministros como directores, así como en que Reficar es 100% de propiedad de Ecopetrol, en cuya junta directiva, dicen los Demandantes, también participan miembros del gobierno colombiano. Notificación de Arbitraje, n. 92. Sin embargo, la forma en la que se componen las juntas directivas de Reficar y Ecopetrol nada tiene que ver con si Reficar es parte del nivel central del gobierno y, por lo tanto, una “autoridad nacional” bajo el Tratado. Como ya indicamos, Reficar pertenece al nivel descentralizado del gobierno y en esa medida no es una “autoridad nacional” bajo el Tratado. Cabe destacar que los Demandantes tienen perfectamente clara la naturaleza descentralizada de Reficar y Ecopetrol. **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, p. 74 (“En particular, Reficar y Ecopetrol [son] entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva”).

Tratado, Reficar no puede ser considerada como una “autoridad nacional” de Colombia.⁴⁹⁵

246. A su vez, si bien los Demandantes argumentan que Reficar es una “entidad estatal” y el Contrato de Servicios es un “contrato estatal” bajo el derecho colombiano, ello resulta irrelevante porque el propio Tratado contiene disposiciones específicas sobre lo que debe considerarse una “autoridad nacional” a los efectos del Tratado.⁴⁹⁶ En conclusión, el Contrato de Servicios tampoco podría constituir un “acuerdo de inversión”

⁴⁹⁵ Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el mismo Tratado contiene una definición específica para el término “empresa del Estado”, un concepto distinto al de “autoridad nacional”. **Ap. RL-2**, APC Colombia-EE.UU., Artículo 1.3 (definiendo a una “empresa del Estado como “una empresa que es propiedad de una Parte, o que se encuentra bajo el control de la misma, mediante derechos de dominio”). Reficar sí calificaría como “empresa del Estado”.

⁴⁹⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 204. Los Demandantes argumentan que la alegación que Reficar no es una “autoridad nacional” de Colombia es un intento de “contradecir alegatos de hecho en apoyo de las reclamaciones de los Demandantes”, lo que no se encuentra permitido bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado. Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, n. 19. *Ver también* Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 5 (“La Demandada afirma que el Contrato [de Servicios] no constituye un ‘acuerdo de inversión’ en virtud del Tratado porque, entre otras cosas, Reficar no es una ‘autoridad nacional’ de Colombia según la definición del Tratado. Esta afirmación no solo refuta las alegaciones detalladas de los Demandantes sobre el control y la autoridad del gobierno colombiano sobre Reficar, sino que también exige un análisis jurídico de lo que constituye un ‘acuerdo de inversión’ y una ‘autoridad nacional’, lo que requiere un análisis fáctico del control de Colombia sobre Reficar, y una aplicación de esos hechos a la ley. No es una objeción apropiada bajo el Artículo 10.20.4 ni una cuestión apropiada para ser decidida en las etapas preliminares del procedimiento.”) (traducción del inglés). Sin embargo, la cuestión acerca de si Reficar califica o no como una “autoridad nacional” o si el Contrato de Servicios constituye o no una “acuerdo de inversión” conforme al Tratado no es un alegato de hecho, sino un alegato jurídico que no debe asumirse como cierto. Ver n. 350, *supra*. En tal sentido, resulta útil recordar que, conforme a los principios de interpretación consagrados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (que forman parte del derecho internacional consuetudinario), “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin” y que “[s]e dará a un término un sentido especial si consta que fue la intención de las partes”. **Ap. RL-53**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículos 31.1 y 31.4. No cabe duda alguna que las definiciones que contiene el propio Tratado sobre lo que constituye una “autoridad nacional” o un “acuerdo de inversión” son claras. También se debe resaltar que los Demandantes tampoco califican como “inversionistas de la otra Parte” en los términos del Tratado, pues no han realizado una “inversión” en el territorio de Colombia. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28; ¶¶ 22, 44, 45, 52, *supra*.

10.16.1 del Tratado “le otorga a FPJVC el derecho de someter cualquier reclamación por violación del Contrato [de Servicios] a un Arbitraje CCI”,⁵⁰⁰ cuando esa disposición únicamente le otorga competencia a un tribunal constituido bajo el mismo Tratado para conocer sobre reclamaciones en las que se alegan incumplimientos de obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión, si se satisfacen ciertos presupuestos allí establecidos.⁵⁰¹

249. De cualquier manera, los Demandantes no parecen sostener que este Tribunal sería el competente para entender reclamos vinculados a eventuales violaciones del Contrato de Servicios – que los Demandantes consideran incorrectamente que constituye un “acuerdo de inversión” bajo el Tratado – sino que lo sería un tribunal en un arbitraje CCI.⁵⁰² El argumento de los Demandantes es confuso ya que no se entiende

⁵⁰⁰ Notificación de Arbitraje, ¶ 205 (traducción del inglés).

⁵⁰¹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1. A su vez, cabe recordar que el Tratado solo establece la posibilidad de someter a arbitraje reclamaciones por violaciones de sus obligaciones sustantivas o de un acuerdo de inversión conforme a las reglas arbitrales del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI, de la CNUDMI, o aquellas acordadas entre el demandante y el demandado. *Id.*, Artículo 10.16.3. En cambio, ■■■■■■

[REDACTED]. O sea, el eventual arbitraje CCI al que se refieren los Demandantes no tiene nada que ver con el Tratado (que no contiene un consentimiento a un arbitraje CCI), sino con violaciones contractuales del Contrato de Servicios. El presente Tribunal se constituyó únicamente de conformidad con el Convenio CIADI, y no existe un acuerdo entre las partes para someter una reclamación por una supuesta violación de un acuerdo de inversión (si existiese uno) bajo el Tratado a un arbitraje CCI.

⁵⁰² En la parte inicial de su Notificación de Arbitraje, los Demandantes argumentan que se encuentran autorizados a iniciar este Arbitraje contra Colombia conforme al Artículo 10.16.1(a) del Tratado debido a que el Demandado supuestamente violó múltiples obligaciones sustantivas del Tratado y un acuerdo de inversión, sumado al hecho que sostienen que el Contrato de Servicios es un “acuerdo de inversión” y las violaciones del Contrato de Servicios le darían derecho a los Demandantes a someter una reclamación a arbitraje bajo el Artículo 10.16.1(a)(i)(C) del Tratado. Notificación de Arbitraje, ¶¶ 26, 31. Sin embargo, en la sección específica de la Notificación de Arbitraje titulada “Las Violaciones del Contrato [de Servicios] de Colombia Son Violaciones del [Tratado]” (“*Colombia’s Violations of the Contract Are Violations of the TPA*”) en donde abordan este argumento, los Demandantes sostienen que el Tratado “permite a los inversionistas, como FPJVC, a buscar una reparación contra el Estado en un arbitraje CCI por violaciones del contrato si este califica como un ‘acuerdo de inversión’”, y que, “[d]ebido a que el Contrato [de Servicios] es un ‘acuerdo de inversión’ tal como lo contempla el [Tratado], el Artículo 10.16.1(a)(i)(C) del [Tratado] le

cómo el Tratado tendría el efecto de otorgarle competencia a otro tribunal arbitral – que no se encuentra constituido bajo el Tratado – para determinar supuestas violaciones de un “acuerdo de inversión”, o cómo el hecho de que otro tribunal arbitral fuese eventualmente competente para escuchar reclamaciones por supuestas violaciones de un “acuerdo de inversión” conforme al Artículo 10.16.1 del Tratado afecta de alguna manera las reclamaciones que efectúan los Demandantes en este Arbitraje. Más allá del hecho de que el Demandado rechaza la calificación del Contrato de Servicios como un “acuerdo de inversión” en los términos del Tratado, lo cierto es que los Demandantes no están solicitando a este Tribunal que resuelva sus reclamos sobre eventuales violaciones de un “acuerdo de inversión”.⁵⁰³ Notablemente, el Demandado coincide con los Demandantes en que este Tribunal no es competente para determinar una violación de un acuerdo de inversión en este caso – aunque por otros motivos.

250. En resumen, el Tribunal no tiene competencia para decidir sobre reclamos puramente contractuales. Además, al no existir un acuerdo de inversión en los términos

otorga a FPJVC el derecho de someter cualquier reclamación por violación del Contrato [de Servicios] a un Arbitraje CCI”. *Id.*, ¶¶ 203, 205 (traducción del inglés). En otras palabras, más allá de considerar que el Contrato de Servicios constituye un “acuerdo de inversión” y que el Tratado permite a un inversionista someter a arbitraje una reclamación bajo el Tratado por violaciones de un acuerdo de inversión, el argumento de los Demandantes no es que el presente Tribunal es el competente para entender sobre esta reclamación, sino que un tribunal en un arbitraje CCI sería el competente.

⁵⁰³ No resulta claro qué es precisamente lo que le están solicitando los Demandantes a este Tribunal respecto a la supuesta violación de un acuerdo de inversión. En su petitorio, los Demandantes solicitan únicamente al Tribunal una declaración que Colombia ha violado sus obligaciones bajo el Tratado, y reclaman el otorgamiento de ciertos daños que serían los resultantes de esa supuesta violación, pero no solicitan una declaración que Colombia haya violado un acuerdo de inversión. Notificación de Arbitraje, ¶ 216. Si lo que en realidad buscan los Demandantes es una declaración que un tribunal arbitral CCI es competente para determinar cualquier reclamo por violaciones de un acuerdo de inversión bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado (como parecen sugerir los párrafos 203 y 205 de su Notificación de Arbitraje), este Tribunal no se encuentra facultado para emitir ese tipo de órdenes meramente declarativas bajo el Tratado. Ver n. 539, *infra*. En efecto, sería el propio tribunal arbitral que podría eventualmente constituirse bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI el competente para determinar su propia competencia respecto a una reclamación por una violación de un acuerdo de inversión conforme al Artículo 10.16.1 del Tratado, por aplicación del reconocido principio de *Kompetenz-Kompetenz*. Ver **Ap. RL-135**, Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2021), Artículo 6(5).

del Tratado y al no efectuar los Demandantes una reclamación de que se haya violado un acuerdo de inversión, no puede existir *prima facie* un caso de violación de un acuerdo de inversión en este caso.

B. No Pudo Haber Existido Ninguna Pérdida o Daño en Virtud de Alguna Violación de las Obligaciones Sustantivas del Tratado o de un Acuerdo de Inversión

251. Conforme al Artículo 10.16.1 del Tratado, a los efectos de someter una reclamación a arbitraje, los Demandantes no solo deben probar la existencia de una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión, sino que además tienen que probar haber sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta.⁵⁰⁴ Es decir, además de la violación de una obligación sustantiva o de un acuerdo de inversión (que no se ha establecido en este caso),⁵⁰⁵ para que una reclamación a arbitraje resulte admisible bajo el Tratado deben cumplirse otros dos requisitos: (i) que exista una pérdida o daño cierto, y no meramente un daño hipotético o

⁵⁰⁴ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1; **Ap. RL-121**, K. Vandevelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 598 (“El modelo de 2004 difiere de los modelos previos en que requiere explícitamente, en el Artículo 24(1), que tanto el demandante como la empresa en cuya representación la reclamación es sometida haya ‘sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella’. Este lenguaje impone tres condiciones al derecho del demandante de someter una reclamación a arbitraje la pérdida, el incumplimiento y el nexo de causalidad entre el incumplimiento y la pérdida. Estos son, por supuesto, los elementos tradicionales de la legitimación. El lenguaje había aparecido, sin embargo, tanto en el TLCAN como los TLCs con Chile y Singapur, y los negociadores de TBI vieron alguna virtud en requerir explícitamente que estos elementos sean satisfechos. Son útiles, por ejemplo, para prevenir el sometimiento de reclamaciones que no se encuentran todavía maduras, porque no han ocurrido pérdidas”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-101**, *Grand River*, ¶ 237 (“Bajo el artículo 1116 del TLCAN [que es casi idéntico al Artículo 10.16 del Tratado], un inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación del TLCAN ‘y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella’. Conforme a la Regla UNCITRAL 24(1) . . . un demandante tiene la carga de probar tanto el incumplimiento como la pérdida o daño que reclama”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-136**, Andrea K. Bjorklund, *NAFTA Chapter 11*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 465 (C. Brown (ed.), Oxford University Press 2013), p. 501 (“[E]l Artículo 1116 exige que el inversionista esté legitimado, es decir, que haya sufrido pérdidas o daños”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁰⁵ Ver ¶¶ 170-250, *supra*.

especulativo,⁵⁰⁶ al momento del sometimiento de la reclamación a arbitraje, y (ii) que esa pérdida o daño sea en virtud o como resultado de dicha violación.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Ver **Ap. RL-137**, *Amoco International Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán y otros*, Caso IUSCT No. 56, Laudo Parcial (Laudo No. 310-56-3), 14 de julio de 1987, ¶ 238 (“Una de las reglas más consolidadas del derecho internacional de responsabilidad de los Estados es que no se puede conceder una reparación por daños especulativos o inciertos.”) (traducción al inglés); **Ap. RL-138**, Comisión de Derecho Internacional, *Texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2(2) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL 26 (2001), Artículo 36(2) (indicando que un Estado que es responsable por un hecho internacionalmente ilícito debe compensar por el daño resultante “en la medida en que [el daño] sea comprobado.”), Comentario al Artículo 36, ¶ 27 (“Los tribunales se han mostrado renuentes a otorgar indemnización en casos de reclamaciones con elementos intrínsecamente especulativos.”); **Ap. RL-139**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, ¶ 173 (“[P]ara que se concedan, las sumas en cuestión no deben ser ni especulativas ni demasiado remotas.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-68**, *Presentación de EE.UU. en Mason*, ¶ 35 (“[U]n inversionista solo puede recuperar estos daños en la medida en que se comprueben sobre la base de pruebas conducentes que no sean intrínsecamente especulativas.”) (traducción del inglés). La inexistencia de un daño cierto en este caso además impide que el Tribunal emita el laudo compensatorio (*offsetting award*) que los Demandantes reclaman. Ver ¶¶ 272-278, *infra*.

⁵⁰⁷ Ello implica que debe existir una “causalidad próxima” o un “nexo causal suficiente” entre el incumplimiento alegado y el daño sufrido. Ver por ejemplo **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶¶ 58-59 (“Como Estados Unidos ha explicado anteriormente con respecto al lenguaje sustancialmente idéntico de los Artículos 1116(1) y 1117(1) del TLCAN, el significado ordinario de ‘en virtud de o a consecuencia de’ requiere que un inversionista demuestre la causalidad próxima. Al respecto, los tribunales del TLCAN han aplicado sistemáticamente un requisito de causalidad próxima en virtud de los Artículos 1116(1) y 1117(1) del TLCAN. Por ejemplo, el tribunal del caso *S.D. Myers* sostuvo que la indemnización por daños y perjuicios solo puede otorgarse en la medida en que exista un ‘vínculo causal suficiente’ entre la violación de una disposición específica del TLCAN y la pérdida sufrida por el inversionista, y luego aclaró que ‘otras formas de expresar el mismo concepto podrían ser que el daño no debe ser demasiado remoto, o que la violación de la disposición específica del TLCAN debe ser la causa próxima del daño’. . . . En consecuencia, cualquier pérdida o daño no puede basarse en una evaluación de actos, eventos o circunstancias no atribuibles a la supuesta violación. Los daños que no son suficientemente ‘directos’, ‘previsibles’ o ‘próximos’ no pueden, de acuerdo con las normas aplicables del derecho internacional, ser considerados al calcular una indemnización por daños y perjuicios.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). En sentido concordante, conforme al derecho internacional consuetudinario, la obligación de reparación solo existe cuando hay un “perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”. **Ap. RL-138**, CDI, *Texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, Artículo 31(1) (énfasis añadido). De acuerdo con el comentario a los Artículos de Responsabilidad del Estado, “[s]e usa esta frase para dejar en claro que el objeto de la reparación es, en términos generales, el perjuicio causado por un hecho ilícito e imputable al hecho, más que todas y cada una de las consecuencias dimanadas de un hecho internacionalmente ilícito”. *Id.*, Comentario al Artículo 31, ¶ 9. Ver también **Ap. RL-140**, Borzu Sabahi, Noah Rubins, y Don Wallace, Jr., *INVESTOR-STATE ARBITRATION* (2nd ed., Oxford University Press 2019), ¶ 21.31 (“Los daños y perjuicios son indemnizables en la medida en que la parte afectada pueda demostrar que sus lesiones son consecuencia de los actos ilícitos.”) (traducción del inglés).

252. Esta limitación impuesta por el Tratado a la posibilidad de iniciar una reclamación a arbitraje es significativa.⁵⁰⁸ De acuerdo con los términos expresos del Tratado, únicamente cuando existan pérdidas o daños en virtud o como resultado de la violación de las obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión al momento del sometimiento de la reclamación a arbitraje es que un inversionista tiene derecho a efectuar una reclamación a arbitraje bajo el Tratado.⁵⁰⁹

253. En su presentación como parte no contendiente en el caso *Mesa Power c. Canadá*, al interpretar una disposición casi idéntica al Artículo 10.16.1 del Tratado, Estados Unidos ha ratificado que para que pueda someterse una reclamación a arbitraje el inversionista tiene que ya haber incurrido en pérdidas o daños, no pudiendo basar su reclamación en especulaciones sobre pérdidas o daños futuros:

El Artículo 1116(1) del TLCAN, además, establece que un inversionista puede someter una reclamación a arbitraje cuando una Parte “ha violado” ciertas obligaciones, y el inversionista “ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”. Por lo tanto, no puede

⁵⁰⁸ **Ap. RL-37**, L. Caplan y J. Sharpe, *United States*, p. 824 (“Importantes limitaciones restringen la capacidad de un demandante para presentar una reclamación en virtud del Artículo 24(1) [del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, que es idéntico al Artículo 10.16 del Tratado]. En primer lugar, el demandante no solo debe alegar una violación del tipo mencionado anteriormente, sino que también debe demostrar que ‘ha sufrido pérdidas o daños’ en virtud de la violación o a consecuencia de ella”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁰⁹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1. Ver **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶¶ 328, 331, 335 (“A través del lenguaje del Artículo 1117(1) [del TLCAN], los Estados Partes concibieron un requisito de madurez en el sentido de que un demandante debe haber incurrido en una pérdida o daño para presentar una reclamación de indemnización conforme al Artículo 1120. Las reclamaciones solo surgen en virtud del Artículo 1110 del TLCAN cuando se produce una confiscación real, y por lo tanto las meras amenazas de expropiación o nacionalización no son suficientes para que una reclamación esté madura; para que una reclamación en virtud del Artículo 1110 esté madura, el acto gubernamental debe haber adquirido directa o indirectamente algún derecho de propiedad que resulte en un daño actual real para un inversionista. . . . Sin un acto gubernamental que vaya más allá de la mera amenaza de expropiación y se convierta en una interferencia real con un derecho de propiedad, es imposible evaluar el impacto económico de la interferencia. . . . Por lo tanto, la cuestión de la madurez depende de la determinación de si las medidas impugnadas de California causaron un daño a los derechos de propiedad del Demandante en el momento en que este presentó su reclamación al arbitraje”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

haber una reclamación en virtud del Artículo 1116(1) hasta que un inversionista haya sufrido un daño por una supuesta violación. De conformidad con los Artículos 1116(1) y 1120(1), un inversionista puede presentar una reclamación a arbitraje bajo el Capítulo Once sólo por una violación que ya haya ocurrido y por la cual ya se haya incurrido en daños o pérdidas. . . . No podrá presentarse ninguna reclamación basada únicamente en especulaciones sobre futuras violaciones o futuras pérdidas.⁵¹⁰

254. Más allá del hecho que los Demandantes no han podido establecer en este caso que pueda haberse violado alguna de las obligaciones sustantivas del Tratado o un acuerdo de inversión,⁵¹¹ hasta el momento no ha existido ninguna pérdida o daño cierto en virtud o como resultado de la supuesta violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión.⁵¹²

255. Los mismos Demandantes admiten que no han sufrido pérdidas o daños ciertos en virtud o como resultado del Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por el CGR.⁵¹³ Al momento de presentación de la Notificación de Arbitraje, solamente se había

⁵¹⁰ **Ap. RL-48**, *Presentación de EE.UU. en Mesa Power*, ¶ 4 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵¹¹ Ver ¶¶ 170-250, *supra*.

⁵¹² Los Demandantes argumentan que un daño actual, concreto o pecuniario no es un requisito para iniciar un arbitraje CIADI. Sin embargo, lo que los Demandantes no advierten es que, si bien el requisito no surge del Convenio CIADI, el Tratado bajo el cual se inició la presente reclamación sí contiene un requisito expreso que debe existir una pérdida o daño en virtud o como resultado de una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión. Por dicho motivo, las autoridades legales que citan los Demandantes resultan irrelevantes, ya que no se refieren a situaciones o casos en los cuales el tratado de inversiones en cuestión contenga ese requisito expreso. Carta de los Demandantes al Tribunal, de fecha 8 de septiembre de 2020, n. 17. Ver también **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1. De cualquier manera, más allá de que el Tratado específicamente requiere la existencia de una pérdida o daño, en el presente caso ni siquiera existe una medida susceptible de constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado. Ver **Ap. RL-47**, *Achmea II*, ¶ 236 (“Esta corriente de casos es unánime al sostener que una reclamación por expropiación resulta demasiado hipotética y, por lo tanto, prematura mientras no se haya producido una toma de posesión. El hecho de que el caso *Glamis* haya sido arbitrado en virtud de las normas del TLCAN, que exigen específicamente una alegación de violación de una norma del TLCAN y también haber sufrido una pérdida o un daño para poder presentar una reclamación de indemnización, no cambia el principio fundamental”). (traducción del inglés; énfasis añadido); ¶ 163, *supra*.

⁵¹³ El único supuesto daño pecuniario que los Demandantes alegan haber sufrido hasta la fecha son los costos y honorarios profesionales que habrían incurrido para su defensa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. Notificación de Arbitraje, ¶¶ 206, 216. Sin embargo, los gastos y costos incurridos en la defensa en

emitido el Auto de Imputación que, como ya indicamos, es un mero acto administrativo de trámite que no definió la situación jurídica de Foster Wheeler y Process Consultants y que por lo tanto mal podría haberles generado un daño.⁵¹⁴ El Fallo con Responsabilidad Fiscal, que fue emitido luego de la presentación de la Notificación de Arbitraje, tampoco les ha generado un daño cierto a los Demandantes. Dicho Fallo todavía no se encuentra en firme (ni siquiera se ha agotado la vía administrativa o gubernativa) y, dado que la responsabilidad fiscal es solidaria, hasta el momento no es posible saber con certeza si – en el supuesto de que el Fallo con Responsabilidad Fiscal fuese confirmado – se le reclamará monto alguno a Foster Wheeler y Process Consultants, o si eventualmente tendrán que efectuar algún pago, ya sea en forma voluntaria o compulsiva.⁵¹⁵

un proceso de responsabilidad fiscal son una carga jurídica de los sujetos del proceso, y por lo tanto no son indemnizables. Ver por ejemplo **Ap. RL-141**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia, 14 de junio de 2019 (Orienny Mosquera López y otros c. Nación-Contraloría General de la República), pp. 20-24 (analizando una pretensión de reparación por los costos y gastos (incluyendo honorarios profesionales, viajes y copias) incurridos por un ciudadano sometido a un proceso de responsabilidad fiscal: “En efecto, la simple iniciación de un proceso fiscal no implica en sí mismo una afectación a los derechos del investigado, pues la instrucción se realiza en uso de la obligación legal de ejercer un control frente a las posibles actuaciones que puedan ser constitutivas de un detrimento fiscal. . . . De conformidad con lo anterior, ha de concluir la Sala que: (i) frente a unos hechos que merecían investigación, la Contraloría General de la República inició el proceso fiscal, en el ejercicio legítimo de sus funciones; (ii) no se advirtió irregularidad alguna de la entidad para causarles un daño autónomo en el trámite del procedimiento fiscal adelantado en contra del señor Jesús Lacides Mosquera Andrade y iii) el daño no resulta antijurídico, en la medida en que el proceso fiscal era una carga que debía soportar el sindicado. . . . [S]e encuentra que el proceso fiscal que se adelantó en contra del demandante, en las condiciones estudiadas, constituyó una carga jurídica que el investigado estaba en la legítima obligación de soportar.”) (énfasis añadido). A su vez, independientemente de su caracterización y de que no resultan indemnizables, esos costos y honorarios profesionales todavía no se encuentran determinados ya que el Proceso de Responsabilidad Fiscal continúa su curso. Ver ¶¶ 160, 163, *supra*.

⁵¹⁴ Ver ¶¶ 99, 135, *supra*.

⁵¹⁵ Ver ¶¶ 88, 108, 127, 128, 150, *supra*. Resulta necesario señalar que, al tratarse de una eventual responsabilidad solidaria (siempre y cuando el Fallo con Responsabilidad Fiscal en el Proceso de Responsabilidad Fiscal fuese finalmente confirmado), a cada uno de los responsables fiscales se le podrá exigir la totalidad del monto del daño patrimonial “independientemente de la cuota o parte que le corresponda a cada uno por su participación en la acusación del daño”. Ver **Ap. RL-9**, Ley 1474 de 2011 Previa, Artículo 119 (“En los procesos de responsabilidad fiscal, acciones populares y acciones de repetición en los cuales se demuestre la existencia de daño patrimonial para el Estado proveniente de sobrecostos en la contratación u otros hechos irregulares, responderán solidariamente el ordenador del gasto del respectivo organismo o entidad contratante con el contratista, y con las demás personas que concurran al hecho, hasta la recuperación del detrimento patrimonial”.); **Ap. R-82**, Fallo con

256. Es un hecho incontrovertible que hasta el momento los Demandantes no han efectuado ningún pago, ni voluntario ni forzado, en virtud de la responsabilidad fiscal establecida en el Fallo con Responsabilidad Fiscal, y por ende los daños alegados por los Demandantes son puramente hipotéticos.⁵¹⁶

257. Esta es precisamente una de las diferencias fundamentales con el caso *Glencore c. Colombia*, que a los Demandantes tanto les gusta citar. En *Glencore*, más allá de que ya se había agotado la vía administrativa (que en este caso no se ha agotado), los demandantes habían pagado el monto que había sido fijado en el fallo con responsabilidad fiscal, por lo que tenían un daño cierto al momento de iniciar su reclamación.⁵¹⁷

258. Adicionalmente, para poder someter una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 10.16 del Tratado, cuando un inversionista sostiene que ha existido una violación de una obligación sustantiva del Tratado, y esa obligación sustantiva protege

Responsabilidad Fiscal – Parte 12: Solidaridad, terceros civilmente responsables y otros, p. 5702 (“[C]ada una de las personas imputadas será solidariamente responsable por el detrimento patrimonial respecto del cual se estableció su participación en los hechos que dieron lugar a cada uno de los sobrecostos determinados y cuantificados en los respectivos apartes de esta decisión y así se establecerá en la parte resolutive”), pp. 5703-5704 (“[L]a solidaridad frente a quienes han sido declarados responsables fiscales permite la reclamación y exigencia de la totalidad de la suma o monto atribuido como daño patrimonial debidamente acreditado dentro del proceso de responsabilidad fiscal, independientemente de la cuota o parte que le corresponda a cada uno por su participación en la acusación del daño”.); **Ap. RL-29**, Ley 57 de 1887, Código Civil de la República de Colombia, Artículo 1571 (indicando que el acreedor puede exigir a su arbitrio la totalidad del perjuicio a cualquiera de los responsables), Artículo 1579 (señalando que el deudor solidario que ha pagado la deuda queda subrogado en la acción del acreedor, y puede luego reclamar la cuota o parte de cada uno de los codeudores), Artículo 2344 (indicando que si un delito o culpa es cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de la totalidad del perjuicio procedente del delito o culpa). Por ende, es posible que la totalidad del monto del daño patrimonial le sea exigido y/o sea pagado por los demás eventuales codeudores solidarios. Asimismo, si Foster Wheeler o Process Consultants debieran pagar todo o parte del daño patrimonial, podrían eventualmente reclamar la cuota o parte que correspondiese a los demás codeudores. En fin, todo ello demuestra que la pérdida o daño que los Demandantes reclaman es puramente hipotético y especulativo.

⁵¹⁶ Ver ¶ 162, *supra*; ¶¶ 272-278, *infra*.

⁵¹⁷ **Ap. RL-20**, *Glencore*, ¶ 1135; ¶¶ 162, 179, *supra*.

solamente a la inversión cubierta y no al inversionista, la pérdida o daño debe haber sido sufrida por la inversión cubierta. Así lo ha expresado en forma explícita Estados Unidos en su presentación como parte no contendiente en *Angel Seda c. Colombia*, interpretando este mismo Tratado:

El [Tratado] EE.UU.-Colombia autoriza a los demandantes a solicitar daños y perjuicios por violaciones de obligaciones específicas del Tratado. Sin embargo, de acuerdo con la discusión anterior en el párrafo 5, para las obligaciones del Tratado que solo se extienden a las inversiones cubiertas, un tribunal solo puede otorgar daños por violaciones cuando la inversión cubierta haya incurrido en daños. Un tribunal no tiene competencia para otorgar daños en los que un demandante incurrió en su calidad de inversionista por violaciones de las obligaciones que solo se extienden a las inversiones cubiertas.⁵¹⁸

259. En este caso, los Demandantes argumentan que Colombia ha violado las siguientes obligaciones sustantivas del Tratado: (i) el trato justo y equitativo; (ii) la protección contra expropiación; (iii) el trato nacional y (iv) el trato de nación más favorecida. Salvo las obligaciones de trato nacional y de nación más favorecida (que no resultan relevantes para los daños que aquí se reclaman⁵¹⁹), las demás obligaciones

⁵¹⁸ **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 62 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 47.

⁵¹⁹ En este caso, los Demandantes no reclaman que haya existido una violación *per se* de la obligación de NMF del Tratado, sino que lo que solicitan a este Tribunal es la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza por intermedio de la cláusula de NMF del Tratado. Notificación de Arbitraje, ¶¶ 188-200. Sin embargo, por los motivos que fueron anteriormente explicados, incluso si esa importación fuese posible de la forma en que la solicitan los Demandantes (*quod non*), no se configuran aquí los presupuestos para la aplicación de dicha cláusula paraguas. Ver ¶¶ 235-238, *supra*. Aún más, incluso si se aplicase la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza, los Demandantes no especifican qué pérdida o daño se produciría como resultado del incumplimiento de esa cláusula paraguas, ya que la eventual responsabilidad fiscal de los Demandantes no tiene ninguna relación con su eventual responsabilidad contractual. Por ende, el inversionista no pudo haber sufrido ninguna pérdida o daño que sea el resultado de un incumplimiento de la obligación de NMF. Ver ¶¶ 81, 221-223, *supra*. Con respecto a la obligación de trato nacional, partiendo de la base que en el Proceso de Responsabilidad Fiscal se ha imputado (y encontrado fiscalmente responsables) tanto a nacionales como a extranjeros, tampoco es posible vislumbrar cómo podría haberse violado esa obligación sustantiva. Ver ¶¶ 128, 150, 229, *supra*. Pero incluso si pudiese considerarse que existió una violación de la obligación de trato nacional, los

sustantivas del Tratado (no expropiación y TJE) solo protegen a las inversiones cubiertas y no a los inversionistas, por lo que solo aquellas pérdidas o daños que hayan sufrido las inversiones cubiertas (en este caso, el Contrato de Servicios) podrían dar lugar a una reclamación de arbitraje bajo el Tratado. En el presente caso, todos los daños que los Demandantes dicen haber sufrido (como los daños morales a la reputación y crédito de los Demandantes), son daños que hipotéticamente afectarían a los supuestos inversionistas y no a su supuesta “inversión cubierta”, es decir, al Contrato de Servicios.

260. Menos aún pueden los Demandantes seriamente argumentar que han sufrido pérdidas o daños en virtud de un acuerdo de inversión. Si bien el Contrato de Servicios no constituye un acuerdo de inversión, aun asumiendo que sí lo constituye, los Demandantes no solicitan al Tribunal que determine si existió o no una violación de un acuerdo de inversión, ni mucho menos reclaman supuestas pérdidas o daños que serían el resultado de un incumplimiento de dicho acuerdo de inversión.⁵²⁰

261. En conclusión, al no existir ninguna pérdida o daño cierto en virtud o como resultado de una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión, no se encuentra satisfecho el segundo requisito ineludible previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado para que sea admisible la reclamación de arbitraje presentada por los Demandantes. Por este motivo, como cuestión de derecho, no puede emitirse un laudo a su favor.

Demandantes tampoco especifican qué pérdida o daño se habría producido como resultado de dicha violación.

⁵²⁰ En efecto, ninguna de los supuestas pérdidas o daños que alegan los Demandantes serían el resultado de una violación de las obligaciones del “acuerdo de inversión”. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 216.

II.

Las Pretensiones que Solicitan los Demandantes Están por Fuera de las Facultades del Tribunal Conforme al Artículo 10.26 del Tratado

262. Además de que no se cumplen los requisitos exigidos por el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento a arbitraje de una reclamación válida, el Tribunal no puede dictar un laudo favorable para los Demandantes debido a que no se encuentra facultado bajo el Artículo 10.26 del Tratado para otorgar la reparación que solicitan en este Arbitraje. En particular, el Artículo 10.26 del Tratado no faculta al Tribunal (A) para otorgar daños morales; (B) para otorgar órdenes no pecuniarias o *injunctions*; ni (C) para otorgar un laudo compensatorio (“*offsetting award*”).

A. El Tribunal No se Encuentra Facultado Para Otorgar Daños Morales

263. Los Demandantes argumentan haber sufrido “un daño sustancial” a su “reputación y crédito” como consecuencia del Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR, y solicitan una compensación en la forma de “daños morales” por los supuestos “daños reputacionales” que dicen haber sufrido.⁵²¹ Sin embargo, el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar daños morales como los que solicitan los Demandantes debido a que el Tratado limita la facultad del Tribunal exclusivamente al otorgamiento de daños pecuniarios, y además prohíbe el otorgamiento de daños punitivos. Los daños morales son daños no pecuniarios y pueden tener carácter punitivo, por lo que el Tribunal, como cuestión de derecho, no podría dictar un laudo favorable para los Demandantes otorgándoles esa reparación.

⁵²¹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 206, 216.

264. Estas limitaciones a las facultades del Tribunal surgen de las disposiciones expresas del Tratado. El Artículo 10.26.1 del Tratado establece que un tribunal se encuentra únicamente facultado para otorgar “daños pecuniarios” (“*monetary damages*”).⁵²² En sentido concordante, el Artículo 10.26.3 dispone que “[u]n tribunal no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo”.⁵²³ A diferencia de otros tratados de inversiones que no poseen limitaciones o exclusiones expresas respecto a las facultades de un tribunal arbitral y a las formas de reparación que puede otorgar, el Tratado sí las contiene,⁵²⁴ y por lo tanto el Tribunal solamente puede emitir un laudo sujeto de esas limitaciones y exclusiones previstas en el Artículo 10.26.⁵²⁵

⁵²² **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.26.1 (la versión en español utiliza la expresión “daños pecuniarios” y la versión en inglés utiliza la expresión “*monetary damages*”). Aunque resulta irrelevante para este caso, la disposición también permite al Tribunal otorgar, por separado o en combinación a daños pecuniarios y los intereses que procedan, la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado puede pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución. *Id.* Estas son las únicas formas de reparación que un tribunal arbitral constituido conforme al Tratado se encuentra facultado para otorgar.

⁵²³ *Id.*, Artículo 10.26.3.

⁵²⁴ Ver **Ap. RL-142**, Borzu Sabahi, COMPENSATION AND RESTITUTION IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: PRINCIPLES AND PRACTICE (Oxford University Press 2011), p. 138 (“En general, los tratados de inversiones no parecen limitar las facultades de un tribunal para otorgar una indemnización por daños morales. Los tribunales arbitrales, siempre que tengan competencia sobre una controversia, pueden otorgar una indemnización por el daño moral causado al inversionista o a la inversión, a menos que exista una limitación para conceder una indemnización en tales casos en el tratado aplicable.”), n. 31 (“Sin embargo, algunos tratados, como el TLCAN, prohíben expresamente el otorgamiento de daños punitivos.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). El propio texto que citan los Demandantes del mismo autor confirma esta proposición. Carta de los Demandantes al Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2020, n. 23; **Ap. RL-143**, Borzu Sabahi, *Moral Damages in International Investment Law: Some Preliminary Thoughts in the Aftermath of Desert Line v Yemen*, en A LIBER AMICORUM: THOMAS WÄLDE – LAW BEYOND CONVENTIONAL THOUGHT 257 (J. Werner & A. Ali (eds.), CMP Publishing 2009), p. 257 (“Los tribunales bajo tratados de inversiones, siempre que tengan competencia sobre una controversia, pueden otorgar una indemnización por el daño moral causado al inversionista o la inversión, a menos que exista una limitación para conceder una indemnización en tales casos en el tratado aplicable.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵²⁵ En tal sentido, se debe señalar que el consentimiento de cada una de las Partes Contratantes del Tratado para someter una reclamación al arbitraje fue otorgado únicamente a un arbitraje con arreglo a la Sección B del Tratado y de conformidad con el Tratado. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.17.1. De igual forma, el consentimiento de los Demandantes para someterse al arbitraje conforme a la Sección B del

265. Conforme al derecho internacional, los daños morales son considerados daños no pecuniarios. En *Diallo*, la Corte Internacional de Justicia describió los daños morales como una compensación por “daños no materiales”, notando que la “[c]uantificación de la compensación por daños no materiales necesariamente depende de consideraciones de equidad”,⁵²⁶ ya que el daño no es financieramente evaluable.⁵²⁷ En su fallo, la Corte Internacional de Justicia citó la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cantoral Venavides c. Perú*, en el cual dicho tribunal abordó los daños morales o “daños no pecuniarios” (o inmateriales) de forma separada de los daños pecuniarios, y señaló que “[e]s una característica común a las distintas

Tratado se encuentra condicionado a su conformidad con los procedimientos previstos en el Tratado, y así efectivamente lo han hecho en su Notificación de Arbitraje. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.18.2; Notificación de Arbitraje, ¶ 24. Por ende, si el Tribunal otorgase a los Demandantes alguna forma de reparación que excediese las facultades que le fueron expresamente conferidas, ello constituiría una extralimitación de sus facultades y una clara violación del convenio arbitral.

⁵²⁶ **Ap. RL-144**, *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Fallo – Compensación Debida por la República Democrática del Congo a la República de Guinea, I.C.J. REPORTS 324, 19 de junio de 2012, ¶¶ 24-25 (traducción del inglés). Ver **Ap. RL-142**, B. Sabahi, COMPENSATION AND RESTITUTION IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: PRINCIPLES AND PRACTICE, p. 136 (“El término daño ‘moral’, en el derecho internacional público, se utiliza para referirse a aquellas categorías de daños no materiales o no financieros”). (traducción del inglés).

⁵²⁷ Cabe recordar que, conforme al Artículo 10.22 del Tratado, el Tribunal debe resolver la controversia conforme a derecho (*i.e.*, las disposiciones del Tratado y las normas aplicables del derecho internacional, en el caso de violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado, o las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión – en este caso del derecho colombiano – en el supuesto de una violación de un acuerdo de inversión), no conforme a principios de equidad. Esta consideración confirma que el Tratado no faculta al Tribunal para el otorgamiento de daños morales, cuyo fundamento es la equidad y no el derecho. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.22. Al igual que en el derecho internacional, en el derecho colombiano el daño moral es visto como un daño extrapatrimonial no pecuniario y se puede considerar que constituye una sanción o tiene un carácter punitivo. Ver por ejemplo **Ap. RL-145**, Obdulio Velásquez Posada, RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL (Ed. Temis 2009), p. 255 (“La imposibilidad de una valoración económica exacta del daño moral implica que en sentido estricto la condena correspondiente no es una indemnización, pues el dinero no deja indemne a la víctima y a lo sumo es una simple satisfacción o compensación por el daño causado que compense o suprima la aflicción producida por el hecho dañoso.”); **Ap. RL-146**, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sentencia, 20 de mayo de 1952 (Balvino Chaverra Lopez y otros contra la Nación), p. 326 (“Los daños y perjuicios [morales] no tienen en este caso un carácter de indemnización sino un carácter ejemplar.”); **Ap. RL-147**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia, 7 de junio de 1973 (Colegio de Abogados Especializados en Legislación Militar c. Nación Colombiana), p. 12 (“La Corte ha dicho que la indemnización por los perjuicios de esta clase [morales] tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral”).

expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario”, los tribunales deban guiarse por principios de equidad para su otorgamiento.⁵²⁸ La decisión en el fallo *Diallo* es acorde con las disposiciones de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionales Ilícitos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional, que son citados por los Demandantes, en donde se establece que la obligación de indemnización cubre cualquier daño que sea “susceptible de evaluación financiera”, lo que excluye los daños morales.⁵²⁹

266. La doctrina también ha señalado en forma reiterada que los daños morales son daños no pecuniarios que pueden tener un componente o carácter punitivo:

- Mohtashami, Holland y El-Hosseny: “A pesar de que los daños morales se consideran compensatorios tanto en el sistema civil como en el del *common law* (así como en el derecho internacional), se diferencian de los daños monetarios. Además, algunos laudos recientes en el marco de tratados de inversiones demuestran que se empieza a entender que los daños morales tienen una función punitiva (y, por tanto, no compensatoria). . . . Cabe señalar que el daño moral

⁵²⁸ **Ap. RL-148**, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas), ¶ 53. Ver también **Ap. RL-149**, Leiry Cornejo Chavez, *New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes Beyond Compensation*, 15(2) INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 372 (2017), p. 378 (“[L]a CIDH distingue claramente entre las indemnizaciones por daños pecuniarios y por daños morales.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-150**, Dinah Shelton, REMEDIES IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (3d ed., Oxford University Press 2015), pp. 402-403 (“Los daños morales también pueden sancionar y disuadir si se basan en la suposición de que la atrocidad de la infracción puede utilizarse para medir el daño moral. Incluso algunos daños que tradicionalmente se consideraban de naturaleza compensatoria se reconocen cada vez más como si tuvieran un gran elemento punitivo.”) (traducción del inglés).

⁵²⁹ **Ap. RL-138**, CDI, *Texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, Artículo 36 (“1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. 2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que este sea comprobado.”) (énfasis añadido); Comentarios al Artículo 36, ¶ 1 (“El requisito ‘susceptible de evaluación financiera’ tiene por objeto excluir la indemnización de lo que a veces se denomina el ‘daño moral’ a un Estado, es decir, la afrenta o el perjuicio causado por una violación de derechos con independencia de un daño real a las personas o bienes”).

también puede denominarse daño 'no pecuniario', 'no económico', 'no material' o 'intangible'".⁵³⁰

- Jargush y Sebastian: "Parece haber dos concepciones de los daños morales. La primera es como un remedio compensatorio para una categoría particular de daños: aquellos que implican angustia mental. La segunda es una forma de daños punitivos. . . . En resumen: a. Los daños morales pueden considerarse como multas por un comportamiento atroz o como compensación por un daño no pecuniario. b. Si son multas, entonces concederlos es un paso radical para los tribunales porque los daños punitivos no se encuentran bien reconocidos en el derecho internacional público. Los tribunales que pretendan otorgar daños punitivos estarían introduciendo un recurso novedoso por motivos que no han sido acordados en los tratados que deben aplicar. c. El mejor entendimiento, por lo tanto, es que los daños morales son una compensación por un perjuicio no pecuniario".⁵³¹
- Weber: "La definición más sencilla de daño moral es 'un daño que no es material'. Un daño material es una pérdida financiera o económica y, por lo tanto, puede expresarse en términos monetarios. Por el contrario, un daño moral no puede expresarse en términos monetarios y, por lo tanto, no puede cuantificarse objetivamente. . . . [E]l daño moral no puede cuantificarse objetivamente, lo que excluye el otorgamiento de una indemnización".⁵³²

267. Este entendimiento es incluso confirmado por el propio autor citado por los Demandantes, quien sostiene que "la diferencia real" entre los daños morales y los daños materiales "radica en la naturaleza pecuniaria o no pecuniaria de los daños a ser reparados".⁵³³

⁵³⁰ **Ap. RL-151**, Reza Mohtashami, Romilly Holland y Farouk El-Hosseny, *Non-Compensatory Damages in Civil- and Common-Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles*, en THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION 22 (2d ed. GAR 2018), p. 29, n. 107 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵³¹ **Ap. RL-152**, Stephen Jargush y Thomas Sebastian, *Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?*, 29:1 ARBITRATION INTERNATIONAL 45 (2013), pp. 45-46, 62 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵³² **Ap. RL-153**, Simon Weber, *Demistifying Moral Damages in International Investment Arbitration*, 19 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 417 (2020), pp. 419, 432 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵³³ **Ap. RL-154**, Juan Pablo Moyano Garcia, *Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends*, 6(1) JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT 485 (Oxford University Press 2015), p. 488 (traducción del inglés). Ver Carta de los Demandantes al Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2020, n. 23. Ver también **Ap. RL-155**, Irmgard Marboe, CALCULATION OF COMPENSATION AND DAMAGES IN

268. En resumen, el Artículo 10.26 del Tratado expresamente circunscribe las facultades del Tribunal al otorgamiento de daños pecuniarios y prohíbe los daños punitivos, lo que por derivación lógica conlleva la imposibilidad del otorgamiento de los daños morales que reclaman los Demandantes (independientemente de su improcedencia en este caso).⁵³⁴

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (2d ed., Oxford University Press 2017), ¶ 5.343 (observando que el “daño moral” es equivalente al “daño no material”) (traducción del inglés). En respaldo de su posición, los Demandantes citan una serie de casos internacionales y opiniones doctrinarias que reconocen la posibilidad teórica que un tribunal internacional otorgue daños morales en ciertos casos extremos. Notificación de Arbitraje, ¶¶ 207-214. Sin embargo, lo que los Demandantes convenientemente no analizan es la posibilidad del otorgamiento de daños morales bajo el Tratado. De cualquier manera, el hecho de que puedan eventualmente otorgarse daños morales bajo el derecho internacional no implica que se encuentren disponibles en arbitrajes de inversión, y en particular cuando los demandantes son personas jurídicas y no personas físicas. Ver **Ap. RL-42**, C. McLachlan, L. Shore y M. Weiniger, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES, ¶ 9.149 (“A pesar de que los daños morales pueden otorgarse en virtud de los principios del derecho internacional, de ello no se deduce automáticamente que deban otorgarse en los arbitrajes de inversión. En general, se acepta que los daños deben ser compensatorios y no punitivos, y podría establecerse una distinción entre los daños morales concedidos a las personas físicas y los concedidos a las personas jurídicas.”) (traducción del inglés).

⁵³⁴ Debido al alcance acotado de la evaluación de la cuestión en esta objeción preliminar, el Demandado no efectúa un análisis pormenorizado sobre la improcedencia de los daños morales en este caso. Sin embargo, más allá de las limitaciones establecidas por el propio Tratado respecto a la facultad del Tribunal para otorgar daños morales, existen otras razones independientes por las que el reclamo de daño moral de los Demandantes resultaría improcedente. En primer lugar, el Tratado otorga en su gran mayoría protección sustantiva a las inversiones, y no a los inversionistas, lo cual deriva en que el Artículo 10.26 solo permite compensación por daños pecuniarios que afecten los derechos de propiedad y no los derechos personales de los inversionistas. **Ap. RL-156**, Zachary Douglas, THE INTERNATIONAL LAW OF INVESTMENT CLAIMS (Cambridge University Press, 2009), ¶ 276 (“La gran mayoría de los TBIs confieren una protección sustantiva a las inversiones y no a los inversionistas. Por lo general, un inversionista no goza de derechos autónomos en virtud de los TBIs como ‘inversionista’: la protección de los tratados de inversión se basa en tener una ‘inversión’ reconocida en el Estado receptor. El objeto de la protección sustantiva son los derechos de propiedad que comprenden a la inversión y no cualquier derecho personal del inversionista. En general, esto significa que un tribunal arbitral en el marco de un tratado de inversiones no es competente para atender reclamos por daños personales del inversionista, a menos que los derechos de propiedad que componen la inversión también se vean afectados por los actos ilícitos.”) (traducción del inglés). En segundo lugar, si procediese el otorgamiento de daños morales en el arbitraje de inversión, solo podrían proceder excepcionalmente cuando existe una amenaza física, lo que ni siquiera se alega en este caso. **Ap. RL-157**, *Oi European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, ¶ 910 (“Como regla general, no cabe reconocer a la parte perjudicada por un ilícito internacional de un Estado una indemnización adicional en concepto de daños morales, salvo que pueda probar que: - ha sufrido a manos del Estado una amenaza física, una detención ilegal o un maltrato grave, contrarios a las prácticas adoptadas por las naciones civilizadas; - y que esa situación le ha causado un grave deterioro de su salud física, un grave sufrimiento mental o una sustancial pérdida de reputación.”).

B. El Tribunal Tampoco se Encuentra Facultado Para Otorgar Órdenes No Pecuniarias o *Injunctions*

269. Los Demandantes también le solicitan al Tribunal que impida (“*enjoin*”) cualquier intento de la CGR u otro órgano de Colombia de embargar cualquier activo de los Demandantes en Colombia o en cualquier otro lugar.⁵³⁵ Sin embargo, el Artículo 10.26 del Tratado establece que el Tribunal puede otorgar “únicamente” daños pecuniarios o disponer la restitución de la propiedad,⁵³⁶ de lo que se deriva que el Tribunal no se encuentra facultado bajo el Tratado a otorgar las órdenes no pecuniarias o *injunctions* que los Demandantes aquí solicitan.⁵³⁷

⁵³⁵ Notificación de Arbitraje, ¶ 216(c).

⁵³⁶ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.26.1 (énfasis añadido). Ver, en este sentido, **Ap. RL-158**, Christoph Schreuer, *Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration*, 20 ARBITRATION INTERNATIONAL 4 (2004), pp. 331-332 (“[E]stá claro que las partes [de un tratado de inversiones] pueden restringir la facultad del tribunal para ordenar ciertas formas de reparación. Los Estados pueden preferir tener que pagar una indemnización por daños y perjuicios en lugar de que se les ordene retirar las medidas que han sido declaradas ilegales.”) (traducción del inglés).

⁵³⁷ Generalmente los tribunales arbitrales se encuentran facultados a otorgar tanto daños pecuniarios como daños no pecuniarios. Ver por ejemplo **Ap. RL-159**, Gary Born, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION (3rd ed., Kluwer Law International 2021), p. 3177 (“Se encuentra bien establecido que un laudo, en el sentido de la Convención de Nueva York, incluye instrumentos que ordenan reparaciones no monetarias (por ejemplo, órdenes declarativas o *injunctive relief*) y reparaciones monetarias.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-160**, Nigel Blackaby, Constantine Partasides y otros, REDFERN AND HUNTER ON INTERNATIONAL ARBITRATION (6th ed., Oxford University Press 2015), p. 522 (“En principio, no hay inconveniente en que un tribunal arbitral conceda una reparación en la forma de un *injunction*, si se le solicita, ya sea con carácter provisional o definitivo.”) (traducción del inglés). Sin embargo, ello no es así cuando existe una limitación expresa a las facultades del tribunal arbitral bajo el instrumento de donde emana su competencia, como ocurre en el Tratado. Ver por ejemplo **Ap. RL-161**, *European Media Ventures S.A. c. República Checa*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de mayo de 2007, ¶ 82 (“[E]l Tribunal no está facultado para dictar medidas declarativas del tipo que reclama la Demandante o de cualquier otro tipo. Esto se desprende del lenguaje del Artículo 8(1) [del TBI] que establece que la competencia arbitral se limita a las controversias ‘relativas a la indemnización debida’. En la medida en que cualquier otra reparación pueda ser apropiada, incluso por incumplimiento del Artículo 3(1), parecería que ningún tribunal arbitral tiene competencia para otorgar dicha reparación.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-162**, Gisele Stephens-Chu, *Is it Always All About the Money? The Appropriateness of Non-Pecuniary Remedies in Investment Treaty Arbitration*, 30 ARBITRATION INTERNATIONAL 4 (2014), pp. 662-663 (“Algunos tratados de inversiones restringen las formas de reparación que se pueden otorgar contra los Estados. Por ejemplo, el Artículo 1135(1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) limita las formas de reparación que pueden otorgarse a la compensación y a la restitución material, y permite que el Estado demandado pague daños y perjuicios en lugar de dicha restitución. . . . La redacción del Artículo 1135(1) [que es idéntica al Artículo 10.26 del Tratado] ha sido adoptada por Estados Unidos y Canadá en sus textos modelo de tratados bilaterales, y los tratados recientes concluidos por estos Estados incorporan una restricción similar en el otorgamiento

270. Resulta evidente que el pedido de los Demandantes solicitando una orden que impida (“*enjoin*”) cualquier intento de la CGR u otro órgano de Colombia de embargar cualquier activo de los Demandantes en Colombia o en cualquier otro lugar es una orden no pecuniaria, que el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar.⁵³⁸

271. Por ende, independientemente de la resolución del fondo del asunto, el Tribunal tampoco se encuentra facultado para otorgar las órdenes no pecuniarias que solicitan los Demandantes en este caso, por lo que, como cuestión de derecho, no podría dictar un laudo favorable para los Demandantes otorgándoles esa reparación.

de formas de reparación”).) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-163**, Tomoko Ishikawa, *Restitution as a ‘Second Chance’ for Investor-State Relations: Restitution and Monetary Damages as Sequential Options*, 3 MCGILL JOURNAL OF DISPUTE RESOLUTION 154 (2016-2017), p. 164 (“[E]l Artículo 1135 del TLCAN y disposiciones similares que se encuentran en recientes AIs [Acuerdos Internacionales de Inversiones] . . . limitan las formas de reparación disponibles en el arbitraje inversionista-Estado a la compensación pecuniaria y a la restitución de la propiedad”).) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-164**, Farshad Rahimi Dizgovin, *Foundations of Specific Performance in Investor-State Dispute Settlements: Is It Possible and Desirable?*, 28 FLORIDA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 1 (2016), p. 12 (“El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y los recientes modelos de Tratados Bilaterales de Inversiones (TBIs) de Estados Unidos y Canadá son algunos ejemplos notorios que limitan las formas de reparación disponibles a la compensación pecuniaria y a la restitución de la propiedad”).) (traducción del inglés); **Ap. RL-165**, Martin Endicott, *Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Awards*, en NEW ASPECTS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 517 (P. Kahn & T. Waelde (eds.), Martinus Nijhoff Publishers 2007), pp. 520-521 (“Es raro que los tratados bilaterales de inversiones (TBIs) o los contratos de concesión entre inversionistas y Estados especifiquen las formas de reparación que puede ordenar un tribunal arbitral. . . . Algunos acuerdos multilaterales de inversiones existentes limitan específicamente las formas de reparación disponibles. El Artículo 1135 del TLCAN limita a los tribunales al otorgamiento de daños monetarios o a la restitución de la propiedad, con la opción de pagar daños y perjuicios en lugar de la restitución. Los recientes Acuerdos de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile y entre Estados Unidos y Singapur imponen las mismas restricciones a las facultades de los tribunales”).) (traducción del inglés). En este caso, existe bajo el Tratado una limitación expresa al otorgamiento de daños no pecuniarios que no puede ser ignorada por el Tribunal.

⁵³⁸ Si bien los Demandantes argumentan que el Tribunal podría ordenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente (Carta de los Demandantes al Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2020, p. 10), el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar una medida provisional que impida la aplicación de una medida que se considere una supuesta violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.20.8. Es decir, el Tribunal no se encuentra facultado para emitir una orden de *injunction* como la que solicitan los Demandantes, ya sea con carácter provisional o definitivo. De cualquier manera, vale la pena aclarar que Colombia no ha embargado ningún activo de los Demandantes ni en su territorio ni en el extranjero. Ver ¶ 162, *supra*.

C. El Tribunal No Puede Otorgar un Laudo Compensatorio (*Offsetting Award*) Porque No se Encuentra Facultado Para Resarcir Daños Hipotéticos

272. Por último, los Demandantes también le solicitan al Tribunal que ordene el pago de un laudo compensatorio (*offsetting award*) equivalente al monto de daños y perjuicios que eventualmente sea establecido en el Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR contra Foster Wheeler y Process Consultants y otras personas físicas y jurídicas.⁵³⁹ Sin embargo, el Fallo con Responsabilidad Fiscal aún no se encuentra en firme y los Demandantes no han hecho un pago voluntario ni forzado del monto de la responsabilidad fiscal allí determinado, por lo que no existe hasta el momento un daño pecuniario cierto que pueda ser compensado (*offset*) por el Tribunal en un laudo bajo el Artículo 10.26 del Tratado.

⁵³⁹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 215-216. No resulta del todo claro si lo que en realidad buscan los Demandantes al solicitar un laudo compensatorio es un laudo declarativo mediante el cual se le ordene al Demandado compensar cualquier daño futuro que hipotéticamente pudiesen sufrir los Demandantes como resultado del Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR – cuyo Fallo con Responsabilidad Fiscal no se encuentra en firme –, estableciendo de esta forma una obligación de compensación anticipada por cualquier daño que hipotéticamente pudiesen sufrir cuando exista un fallo en firme y Foster Wheeler y Process Consultants tuviesen de pagar alguna suma de dinero en cumplimiento de dicho fallo (ya sea en forma voluntaria o luego de un procedimiento de cobro coactivo). Si esa fuera la forma de reparación que reclaman los Demandantes, resulta evidente que el Tribunal no se encontraría facultado para dictar un laudo declarativo, ya que el Tratado requiere la existencia de un daño que sea el resultado de un incumplimiento de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión, y limita las facultades del Tribunal únicamente al otorgamiento de daños pecuniarios. Ver **Ap. RL-1**, Tratado, Artículos 10.16.1 y 10.26.1; **Ap. RL-136**, A. Bjorklund, *NAFTA Chapter 11*, p. 523 (“El artículo 1135 restringe el tipo de reparación que puede otorgar un tribunal del TLCAN. . . . Esta limitación significa que no se permiten otros tipos de reparación, como el cumplimiento específico, las sentencias declarativas, la rectificación o el relleno de lagunas contractuales.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-166**, Stefan Leimgruber, *Declaratory Relief in International Commercial Arbitration*, 32(3) ASA BULLETIN 467 (Kluwer International Law 2014), p. 467 (“Un laudo declarativo es una declaración de un tribunal arbitral sobre la existencia o inexistencia de un estado de cosas.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-167**, Patrick Dunand, Maria Kostyska, *Declaratory Relief in International Arbitration*, 29 JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 1 (Kluwer International Law 2012), p. 2 (“Las partes solicitan un laudo declarativo para conocer sus posiciones jurídicas, aclarar sus derechos y obligaciones y determinar si están obligadas por contratos u otros instrumentos jurídicos. Los laudos declarativos tienen por objeto permitir a las partes resolver sus litigios de forma temprana, rápida y rentable, antes de que sufran daños.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

273. El requisito que un daño debe ser cierto, y no meramente hipotético, para ser indemnizable se encuentra ampliamente reconocido en el derecho internacional de las inversiones.⁵⁴⁰ En el caso *SPP c. Egipto*, el tribunal reconoció que se trata de un principio básico que aquellos daños “posibles pero contingentes e indeterminados” no pueden ser compensados por un tribunal arbitral.⁵⁴¹ De forma similar, en el caso *Occidental c. Ecuador I*, el tribunal dispuso no ordenar el pago de compensación o el reembolso de montos que “aún no [eran] exigibles o no se [habían] pagado”, ya que los daños “contingentes e indeterminados” no podían ser compensados.⁵⁴² En la misma línea, el tribunal en *Al-Bahloul c. Tayikistán* señaló que “[e]n la medida en que el Demandante está ahora sugiriendo que el Demandado debe ser responsable . . . por daños que todavía no han ocurrido, o no pueden todavía calcularse, pero que pueden ocurrir en el futuro como resultado de circunstancias futuras”, dichas cuestiones no podían ser resueltas por ese tribunal.⁵⁴³ Numerosos tribunales arbitrales han rechazado el otorgamiento de daños hipotéticos o especulativos.⁵⁴⁴ A ello se debe sumar el hecho

⁵⁴⁰ Ver n. 506, *supra*. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes también manifiestan estar de acuerdo con este principio básico. Notificación de Arbitraje, ¶ 214 (citando un artículo de Marc Allepuz, titulado “*Moral Damages in International Investment Arbitration*” (Revista del Club Español del Arbitraje), en el cual se pregonaba que un tribunal arbitral debe otorgar daños y perjuicios “cuando la existencia del daño es cierta”.). (traducción del inglés).

⁵⁴¹ **Ap. RL-168**, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el Fondo, 20 de mayo de 1992, ¶ 189 (traducción del inglés).

⁵⁴² **Ap. RL-169**, *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Sentencia Final, 1 de julio de 2004, ¶ 210.

⁵⁴³ **Ap. RL-170**, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso SCC No. V(064/2008), Laudo Final, 8 de junio de 2010, ¶ 103 (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-171**, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4 (TLCAN), Decisión Sobre Responsabilidad y Principios de *Quantum*, 22 de mayo de 2012, ¶ 478 (“[N]o existe fundamento para otorgar al momento una compensación por daños futuros inciertos”). (traducción del inglés).

⁵⁴⁴ Ver por ejemplo **Ap. RL-172**, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) c. República de Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Laudo, 25 de febrero de 1988, ¶ 10.02 (rechazando otorgar compensación por un daño que era “enteramente hipotético”) (traducción del francés); **Ap. RL-173**, Borzu Sabahi, Kabir Duggal y Nicholas Birch, *Principles Limiting the Amount of Compensation*, en CONTEMPORARY AND EMERGING ISSUES ON THE LAW OF DAMAGES AND VALUATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION 325

de que bajo el Tratado la configuración de un daño, es decir, la existencia de un daño cierto y no meramente hipotético, es un requisito imprescindible para que se pueda someter a arbitraje una reclamación válida.⁵⁴⁵

274. En este Arbitraje, los daños que los Demandantes buscan sean resarcidos por la vía de un laudo compensatorio (*offsetting award*) son completamente hipotéticos porque, a estas alturas, no es posible saber con certeza si los Demandantes sufrirán algún daño como resultado del Proceso de Responsabilidad Fiscal, ni tampoco el monto de ese daño. Puesto de otro modo, si bien el Fallo con Responsabilidad Fiscal es por un monto de US\$ 997 millones, ese no es el monto del supuesto daño sufrido por los Demandantes. Es más, si los Demandantes no realizan un pago voluntario o compulsivo del eventual monto previsto en el Fallo con Responsabilidad Fiscal, no tendrían daño alguno.

275. El carácter eventual o hipotético de los supuestos “daños” de los Demandantes se deriva de lo siguiente:

- El Fallo con Responsabilidad Fiscal no se encuentra en firme pues no se ha agotado la vía administrativa o gubernativa. Las instancias de apelación y revisión del Fallo con Responsabilidad (tanto por la vía administrativa o gubernativa como por la vía judicial) tienen efecto suspensivo, por lo que nada se le puede reclamar a Foster Wheeler y Process Consultants (en el caso que se confirmara el Fallo con

(C. Beharry (ed.), Brill 2018), p. 337 (“Los tribunales han reconocido que el cálculo de los daños y perjuicios no es una ciencia exacta y, por lo tanto, está sujeto a la discreción general del tribunal. Esta discreción, sin embargo, no se extiende a los daños especulativos, inciertos o hipotéticos”), p. 339 (describiendo situaciones “en las que el daño aún no se ha materializado” como ejemplos de situaciones en las que los reclamos por daños son especulativos o inciertos) (traducción del inglés).

⁵⁴⁵ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1; ¶¶ 251-261, *supra*. Asimismo, ante la falta de un nexo causal entre la supuesta conducta ilícita del Estado y el perjuicio del inversionista, un tribunal no podría otorgar daños pecuniarios. Ver n. 507, *supra*. Hasta el momento no resulta claro si los Demandantes sufrirán un daño causado por la conducta que alegan ser violatoria del Tratado.

Responsabilidad Fiscal) hasta que este se encuentre en firme.⁵⁴⁶ Además, existe la posibilidad de que el Fallo con Responsabilidad se revoque total o parcialmente en apelación.⁵⁴⁷

- Una vez que el Fallo con Responsabilidad Fiscal se encuentre en firme, la eventual responsabilidad fiscal de Foster Wheeler y Process Consultants y de los demás responsables fiscales será solidaria, por lo que resulta imposible saber si en algún momento se le reclamará a Foster Wheeler y Process Consultants el pago parcial o total del eventual monto previsto en el Fallo con Responsabilidad Fiscal (en el supuesto que este fuese confirmado).⁵⁴⁸ Para obtener el cobro del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, la CGR podría iniciar un procedimiento de cobro coactivo contra Foster Wheeler y Process Consultants, o podría optar por embargar y/o ejecutar bienes de otras personas físicas o jurídicas o individuos encontradas responsables fiscales.⁵⁴⁹ La CGR también podría buscar que sean las Compañías Aseguradoras, como terceros civilmente responsables, quienes realicen el pago.
- El Proceso de Responsabilidad Fiscal está sujeto a un control judicial ante los tribunales contencioso administrativos, como consecuencia del cual podría eventualmente declararse nulo el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁵⁵⁰
- Incluso si la CGR decidiese iniciar un procedimiento de cobro coactivo contra Foster Wheeler y Process Consultants, tendría que encontrar activos de estos en Colombia (o eventualmente, mediante mecanismos de cooperación que pueden o no rendir frutos, en el extranjero) que puedan ser embargados y eventualmente rematados para satisfacer el monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁵⁵¹ Adicionalmente, el proceso de cobro coactivo eventualmente permitiría a Foster Wheeler y Process Consultants interponer un recurso de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa

⁵⁴⁶ Ver ¶¶ 160-161, 163, *supra*.

⁵⁴⁷ Así lo demuestran los ejemplos de fallos con responsabilidad fiscal que fueron revertidos en sede administrativa o luego en sede judicial. Ver nn. 416-417, *supra*.

⁵⁴⁸ Ver ¶¶ 88, 127, 128, 150, 151, 255, *supra*.

⁵⁴⁹ Ver ¶¶ 115-120, *supra*.

(Notificación de Arbitraje, ¶ 136), el propio Fallo con Responsabilidad Fiscal aclara que no existe un riesgo de una doble compensación. Ver n. 342, *supra*.

⁵⁵⁰ Ver ¶¶ 109-114, 160, *supra*.

⁵⁵¹ Ver ¶ 117, *supra*.

contra el auto de ejecución y remate, lo cual hace aún más hipotético un eventual daño.⁵⁵²

276. En suma, una vez que el Fallo con Responsabilidad Fiscal quede en firme y se le reclame a Foster Wheeler y Process Consultants el pago total o parcial del monto condenatorio del Fallo, será solo luego de que Foster Wheeler y Process Consultants efectúen algún pago (ya sea en forma voluntaria o compulsiva, luego de un procedimiento de cobro coactivo y mediante el remate de alguno de sus bienes) que se configuraría un daño pecuniario cierto susceptible de ser reparado por el Tribunal bajo el Artículo 10.26 del Tratado.⁵⁵³

277. El caso *Glencore c. Colombia* no apoya la posición de los Demandantes, sino que – por el contrario – respalda la posición del Demandado.⁵⁵⁴ Si bien en aquel caso el tribunal otorgó a los demandantes un laudo compensatorio equivalente al monto del fallo con responsabilidad fiscal emitido en su contra por la CGR, como se señaló anteriormente,⁵⁵⁵ la subsidiaria colombiana de Glencore había pagado voluntariamente ese monto (una vez que el fallo quedó en firme por agotamiento de la vía administrativa o gubernativa), por lo que en ese caso sí existía un daño cierto.⁵⁵⁶ En el presente caso,

⁵⁵² Ver ¶ 120, *supra*.

⁵⁵³ Los Demandantes también hacen referencia a los costos y honorarios profesionales que han tenido – y que tendrán – que afrontar para defenderse en el Proceso de Responsabilidad Fiscal en Colombia, y solicitan su reembolso. Notificación de Arbitraje, ¶ 206. Más allá del hecho de que esos costos todavía no se encuentran determinados, ya que el Proceso de Responsabilidad Fiscal continúa su curso, no se trata de costos que puedan ser considerados “daños”, sino una “carga jurídica” que deben afrontar los Demandantes. Ver n. 513, *supra*. De cualquier manera, esos eventuales costos no podrían constituir pérdidas o daños que resulten de una violación de una obligación sustantiva del Tratado o un acuerdo de inversión, ya que para ello debería existir primero una violación de una obligación sustantiva o de un acuerdo de inversión en este caso – que no existe – y luego debería establecerse que esos costos son el resultado de esa violación.

⁵⁵⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 130; **Ap. RL-20**, *Glencore I*. Ver también ¶ 257, *supra*.

⁵⁵⁵ Ver ¶ 257, *supra*.

⁵⁵⁶ **Ap. RL-20**, *Glencore I*, ¶ 525. Posteriormente al fallo con responsabilidad fiscal, Prodeco S.A. (“Prodeco”, la subsidiaria colombiana de Glencore International A.G., “Glencore”) presentó un recurso de

no solo no existe un Fallo con Responsabilidad Fiscal que se encuentre en firme (es más, ni siquiera se encuentra agotada la vía gubernativa), sino que además Foster Wheeler y Process Consultants no han tenido que pagar al Estado monto alguno por su eventual responsabilidad fiscal (ya sea en forma voluntaria o compulsiva) en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR, por lo que hasta la fecha no existe un daño cierto, sino simplemente un daño hipotético.⁵⁵⁷

278. En conclusión, el Tribunal tampoco se encuentra facultado bajo el Artículo 10.26 del Tratado para otorgar el laudo compensatorio (*offsetting award*) que los

reposición ante la contralora delegada y un recurso de apelación ante el CGR. Tras haber agotado los recursos administrativos o vía gubernativa, Prodeco presentó una acción de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, antes que se resolviera dicha acción de nulidad, Prodeco pagó al Estado el monto de la responsabilidad fiscal con el fin de evitar la caducidad del contrato para la exploración, construcción y explotación de un proyecto carbonífero que había suscripto con la agencia minera colombiana. *Id.*, ¶¶ 507-525. Cabe remarcar que, bajo el TBI Colombia-Suiza (que era el tratado bajo el cual se inició el reclamo de *Glencore*), existe un protocolo que establece que la admisibilidad de las reclamaciones sobre actos administrativos en Colombia está sujeta al agotamiento de la vía gubernativa, y en aquel caso se había agotado la vía gubernativa. *Id.*, ¶¶ 1114-1118; ¶ 179, *supra*. En el Tratado bajo análisis en este caso, no existe un protocolo equivalente, pero de todas formas ni siquiera se encuentra agotada la vía gubernativa. En consecuencia, la situación de *Glencore* era muy diferente a la situación de los Demandantes, ya que en el caso *Glencore* no solo ya se habían agotado los recursos administrativos ante el fallo con responsabilidad fiscal (lo que bajo el tratado relevante en aquel caso tornaba el reclamo en admisible), sino que además Prodeco (la subsidiaria de *Glencore*) ya había pagado al Estado el monto de la multa establecida en el fallo con responsabilidad fiscal, por lo que existía un daño cierto – que no existe en este caso en el que Foster Wheeler y Process Consultants no han pagado monto alguno hasta la fecha.

⁵⁵⁷ Los Demandantes citan el caso *Pan American c. Argentina* en respaldo a su argumento que un tribunal podría escuchar un reclamo por un daño hipotético adicional. Carta de los Demandantes al Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2020, pp. 8-9 y n. 18. Ese caso no ayuda a los Demandantes. Más allá del hecho que todavía no se consumó ningún daño en este caso (por lo que cualquier daño no se trataría de un daño adicional) y que el TBI EE.UU-Argentina no contiene disposiciones análogas a los Artículos 10.16.1 y 10.26.1 del Tratado (que requieren la existencia de un daño para que una reclamación a arbitraje sea admisible), el tribunal en *Pan American* determinó que tenía competencia debido a que “algunos daños y perjuicios [eran] concretos y específicos en el sentido de que ya se [habían] producido” y además sostuvo que “los daños que sigan siendo contingentes o hipotéticos en [la fase de fondo]” debían ser desestimados. **Ap. RL-174**, *Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶¶ 177-178 (énfasis añadido).

Demandantes reclaman, porque los daños que pretenden que les sean compensados son daños meramente hipotéticos y no daños pecuniarios ciertos.

OBJECIONES A LA COMPETENCIA

279. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 14.7 de la Resolución Procesal No. 1 y el Artículo 10.20.4 del Tratado, el Demandado presenta a continuación cinco objeciones a la competencia del Tribunal para su tratamiento como cuestiones preliminares.

280. En tal sentido, resulta necesario observar que el análisis de estas objeciones por parte del Tribunal no se encuentra sujeto a las limitaciones impuestas para el tratamiento de una objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado, y en particular al requisito de asumir “como ciertos los alegatos de hecho presentados por” los Demandantes.⁵⁵⁸ Por lo tanto, los Demandantes tienen la carga de probar todos los hechos sobre los que se basa la competencia del Tribunal.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.20.4; **Ap. RL-175**, *Seo Jin Hae c. República de Corea*, Caso HKIAC No. 18117 (TLC KORUS), Presentación de los Estados Unidos de América, 19 de junio de 2019 (“Presentación de EE.UU. en Seo Jin Hae”), ¶¶ 12-13 (“[C]uando un demandado invoca el párrafo 7 para abordar las objeciones a la competencia, no hay ningún requisito de que el tribunal ‘asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante’. Por el contrario, no hay nada en el párrafo 7 que elimine la facultad del tribunal para evaluar las pruebas y resolver los hechos controvertidos. . . . [N]ada en el texto del párrafo 7 altera las reglas normales de la carga de la prueba. En el contexto de una objeción a la competencia, la carga de la prueba recae sobre el demandante, que debe probar los hechos necesarios y relevantes para establecer que un tribunal es competente para conocer un reclamo. Se encuentra bien establecido que, cuando ‘la competencia se basa en la existencia de ciertos hechos, estos tienen que ser probados en la fase jurisdiccional’. Un tribunal no puede suponer hechos para determinar su competencia cuando esos hechos son controvertidos”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-176**, *Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43 (DR-CAFTA), Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado, 13 de marzo de 2020, ¶ 220 (“A diferencia de las objeciones previstas en el artículo 10.20.4, las objeciones jurisdiccionales no exigen que el tribunal asuma como ciertos todos los hechos alegados en la notificación de arbitraje”). (traducción del inglés).

⁵⁵⁹ Ver por ejemplo **Ap. RL-177**, *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, Laudo, 26 de abril de 2017, ¶ 73 (determinando que “la carga de la prueba de que se cumplen todos los requisitos jurisdiccionales del caso, en la medida en que el

I.

Los Demandantes No Poseen una Inversión Protegida Bajo el Tratado y el Convenio CIADI

281. Aún si el Tribunal considerase que los Demandantes presentaron una reclamación respecto de la cual puede dictarse un laudo favorable para ellos (*quod non*), el Tribunal de todas formas carece de competencia *ratione materiae* sobre este caso debido a que los Demandantes no poseen una “inversión” en los términos del Artículo 10.28 del Tratado y del Artículo 25 del Convenio CIADI.

282. El Artículo 10.28 del Tratado define una “inversión” como “todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo”.⁵⁶⁰ Si bien el Artículo 10.28 luego enumera ciertos ejemplos de formas que puede adoptar una inversión, incluyendo distintos tipos de contratos, solo en aquellos casos en que dichos activos (ya sea aquellos mencionados

Demandado los impugna, recae sobre el Demandante”). (traducción del inglés); **Ap. RL-178**, *Tulip Real Estate y Development Netherlands B.V. c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/11/28, Decisión sobre Cuestión Jurisdiccional Bifurcada, 5 de marzo de 2013, ¶ 48 (“Como la parte tiene la carga de probar los hechos que afirma, le corresponde al Demandante satisfacer la carga de la prueba requerida en la fase jurisdiccional”). (traducción del inglés); **Ap. RL-179**, *Caratube International Oil Company LLP y Sr. Devincci Salah Hourani c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/13/13, Laudo, 27 de septiembre de 2017, ¶ 310 (“[U]n demandante tiene la carga de demostrar que se cumplen todos los requisitos para que el tribunal tenga competencia”). (traducción del inglés); **Ap. RL-128**, *Gustav F W*, ¶ 143 (“Si la competencia se basa en la existencia de ciertos hechos, deben probarse en la etapa jurisdiccional”). (traducción del inglés); **Ap. RL-180**, *Pac Rim Cayman LLC. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12 (DR-CAFTA), Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales, 1 de junio de 2012, ¶ 2.9 (“[T]odos los hechos relevantes en apoyo de tal competencia deben ser establecidos por el Demandante en la fase jurisdiccional y no meramente ser asumidos en favor del Demandante”). (traducción del inglés).

⁵⁶⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28 (énfasis añadido).

como ejemplos en el artículo u otros) tengan las características de una inversión es que puede considerarse que los mismos están protegidos por el Tratado.⁵⁶¹

283. Dentro de los ejemplos enumerados en la definición de “inversión” en el Artículo 10.28 del Tratado, los Demandantes destacan el numeral (e)⁵⁶² que establece como una de las formas que puede adoptar una inversión a los “contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares”.⁵⁶³ La doctrina concuerda en que el numeral (e) de la definición de “inversión” excluye los contratos comerciales ordinarios que no presentan las características de una inversión.⁵⁶⁴

⁵⁶¹ Ver por ejemplo **Ap. RL-37**, L. Caplan y J. Sharpe, *United States*, pp. 767-768, n. 53 (“La enumeración de un tipo de activo en el artículo 1 [del TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, que es casi idéntico al Artículo 10.28 del Tratado], sin embargo, no es determinante en cuanto a si un activo concreto, propiedad de un inversionista o controlado por él, se ajusta a la definición de inversión; siempre debe poseer las características de una inversión. . . . Las notas a pie de página con la enumeración de ciertas formas posibles de inversión refuerzan este requisito básico, como la nota 1 del apartado (c).”) (traducción del inglés). Si bien en este caso existe una disposición expresa en el Tratado, este requisito se considera implícito aun cuando no exista una disposición expresa en ese sentido. Ver por ejemplo **Ap. RL-181**, *Romak S.A. (Suiza) c. República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280, Laudo, 26 de noviembre de 2009 (“*Romak*”), ¶ 207 (“[S]i un activo no corresponde a la definición inherente de ‘inversión’, el hecho de que se encuentre en una de las categorías enumeradas en el artículo 1 no lo transforma en una ‘inversión’.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-182**, *Nova Scotia Incorporated (Canadá) c. República Bolivariana de Venezuela II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/1, Extractos del Laudo, 30 de abril de 2014 (“*Nova Scotia*”), ¶ 80 (“Independientemente del foro, el sentido corriente de inversión en el tratado bilateral de inversiones correspondiente se deriva de algo más que una lista de ejemplos y exige un examen de las características inherentes a una inversión.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-183**, *Orascom TMT Investments S.a.r.l. c. República Democrática y Popular de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/12/35, Laudo, 31 de mayo de 2017, ¶ 372 (“Los elementos enumerados normalmente presentan las características de una ‘inversión’ en el sentido objetivo visto anteriormente. Sin embargo, si alguno de estos elementos no se corresponde con la definición inherente de ‘inversión’, el hecho de que se encuentre incluido en una de las categorías enumeradas en el apartado 2 del artículo 1 no lo transforma en una ‘inversión’.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-184**, *Masdar Solar & Wind Cooperatif U.A. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, 16 de mayo de 2018, ¶ 199 (“En resumen, la existencia de una ‘inversión’ requiere un compromiso o una asignación de recursos por una duración y que implique un riesgo. Por ejemplo, una única venta que dé lugar a títulos de crédito no se consideraría una ‘inversión’, aunque los títulos de crédito puedan figurar como ‘activos’.”) (traducción del inglés).

⁵⁶² Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 11, n. 27.

⁵⁶³ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28, Definición de “inversión”, (e).

⁵⁶⁴ Ver por ejemplo **Ap. RL-37**, L. Caplan y J. Sharpe, *United States*, n. 53 (“[C]omo señala Vandeveld, la modificación del lenguaje en la frase ‘contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de

284. En sus presentaciones como parte no contendiente interpretando disposiciones iguales al Artículo 10.28 del Tratado incluidas en varios de sus tratados de inversiones, Estados Unidos ha destacado los siguientes aspectos relevantes de la definición de “inversión”:

- “El Artículo 1 [que es idéntico al Artículo 10.28 del Tratado] define ‘inversión’ . . . Las ‘[f]ormas que puede adoptar una inversión incluyen’ las categorías enumeradas en los apartados, que son ilustrativas y no exhaustivas. Sin embargo, la enumeración de un tipo de activo en el Artículo 1 no es determinante para saber si un activo concreto, propiedad de un inversionista o controlado por él, se ajusta a la definición de inversión; siempre debe poseer las características de una inversión, incluidas características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgo”.⁵⁶⁵

producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares’ en el apartado (e), pretendía ‘excluir los contratos comerciales ordinarios y que no tienen el carácter de una inversión’.”.) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-121**, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 123 (“El modelo de 2004 modifica la categoría de derechos contractuales, para asegurarse de que el principio *ejusdem generis* se aplique a la lista ilustrativa de contratos. En concreto, el modelo de 2004 omite la referencia a los contratos en general. La categoría completa no es ‘contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares’. Así pues, la lista es en esencia la misma que la que aparecía por primera vez en el modelo de 1994, pero la modificación deja en claro que solo se incluyen los contratos de ese tipo. Una vez más, sin embargo, cabe señalar que la lista es solo ilustrativa, y la definición de inversión incluye todo tipo de activos que tengan el carácter de inversión, estén o no incluidos en una de las categorías enumeradas. El objetivo de la modificación en este caso fue excluir los contratos comerciales ordinarios y que no tienen el carácter de una inversión.”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁶⁵ **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 2 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-185**, *Bridgestone Licensing Services Inc., y Bridgestone Americas Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/34 (APC Panamá-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 28 de agosto de 2017 (“*Presentación de EE.UU. en Bridgestone*”), ¶ 14; **Ap. RL-65**, *Presentación de EE.UU. en Elliott Associates*, ¶ 7; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 18; **Ap. RL-67**, *Presentación de EE.UU. en Italba*, ¶ 2; **Ap. RL-175**, *Presentación de EE.UU. en Seo Jin Hae*, ¶ 15. Colombia ha confirmado en su Tratado Modelo de 2008 el mismo entendimiento. **Ap. RL-126**, Tratado Modelo de Colombia de 2008, Artículo 2.3 (“En concordancia con el párrafo 2.1 del presente artículo una inversión deberá tener como mínimo las siguientes características: a. El aporte de capitales u otros recursos; b. Expectativa de beneficios y rendimiento; c. La existencia de riesgo para el inversionista.”). Ver **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, p. 206 (“[E]l Equipo de Negociación de Inversiones [de Colombia] consideró si todas las características eran necesarias para que hubiera una inversión. En la medida en que las características son interdependientes, como se reconoció en *Salini*, tenía poco sentido no hacer que todas resulten obligatorias en el Modelo. Dado que el riesgo es una característica fundamental, y que el riesgo implica lógicamente una expectativa de ganancias junto con la posibilidad de no obtener un

- “El apartado (e) de la definición enumera, entre las formas que puede adoptar una inversión, ‘contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares’. Los contratos comerciales ordinarios para la venta de bienes o servicios no suelen estar incluidos en la lista del apartado (e). La definición de ‘inversión’ excluye explícitamente los reclamos de pago que surgen de los contratos comerciales de venta de bienes o servicios y que no son inmediatamente exigibles”.⁵⁶⁶
- “La determinación de si un instrumento particular tiene las características de una inversión requiere una examinación ‘caso por caso’, que implica el análisis de la naturaleza y el alcance de los derechos conferidos en virtud de la legislación interna del Estado”.⁵⁶⁷

285. A su vez, para que un tribunal constituido bajo el Tratado y el Convenio CIADI tenga competencia *ratione materiae* sobre una reclamación, el activo de propiedad de los demandantes debe no solamente calificar como una “inversión” conforme al Tratado, sino que también debe ser considerado objetivamente como una “inversión” en los términos del Convenio CIADI.⁵⁶⁸ En tal sentido, el Artículo 25 del Convenio CIADI

rendimiento de los recursos comprometidos, es decir, las dos características restantes, se consideró que los tres elementos eran necesarios para determinar la existencia de una inversión”). (traducción del inglés).

⁵⁶⁶ **Ap. RL-185**, *Presentación de EE.UU. en Bridgestone*, ¶¶ 15-16 (traducción del inglés; énfasis añadido). En sentido concordante, en su Tratado Modelo de 2008, Colombia excluyó expresamente de la definición de “inversión” a los contratos comerciales de servicios. **Ap. RL-126**, Tratado Modelo de Colombia de 2008, Artículo 2.1 (“No serán consideradas inversión: . . . ii. Las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: a. Contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o por una entidad legal en el territorio de una Parte Contratante a un nacional o a una entidad legal en el territorio de la otra Parte Contratante”). Ver **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, p. 204 (“Como cuestión de política pública, el Modelo tampoco considera como inversiones las reclamaciones de dinero derivadas exclusivamente de contratos comerciales de venta de bienes y servicios. El propósito de los AII, tal y como lo entiende el Equipo de Negociación de Inversiones, se refleja en esta exclusión”). (traducción del inglés).

⁵⁶⁷ **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 4 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁶⁸ Esto es lo que se conoce como “double-keyhole approach” o “double-barrelled test”. Ello implica que, incluso si un activo califica como una “inversión” bajo el tratado correspondiente, debe además calificar como una “inversión” bajo la definición objetiva del Convenio CIADI. En otras palabras, este Tribunal – que ha sido constituido bajo el Tratado y el Convenio CIADI – solo tendrá competencia *ratione materiae* sobre este caso si el activo de los Demandantes califica como una “inversión” tanto bajo el Tratado como bajo el Convenio CIADI. Ver **Ap. RL-186**, *Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011, ¶ 107 (“[P]ara que un procedimiento basado en la violación de un tratado sea admisible, la inversión a la que se refiere la controversia debe superar una doble prueba

establece que la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) solo se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica “que surjan directamente de una inversión”.⁵⁶⁹ La doctrina ha sido enfática en que la jurisdicción material del Centro excluye disputas relacionadas con contratos comerciales ordinarios, tales como contratos de compraventa de bienes y servicios.⁵⁷⁰ Si bien el Convenio CIADI no contiene una definición del término “inversión”, conforme al llamado test *Salini* desarrollado por la jurisprudencia arbitral del CIADI, existe una noción objetiva de lo que constituye una “inversión” bajo el Convenio CIADI, y uno de los elementos esenciales de esa noción es la existencia de un riesgo de inversión.⁵⁷¹

(también conocida como ‘double keyhole approach’ o ‘double-barrelled test’. . .). En la práctica, debe corresponder: - por un lado, al significado dado al término por el tratado, que define el marco del consentimiento dado por el Estado, y también - por otro lado, al significado dado en el Convenio CIADI, que determina la jurisdicción del Centro y de los tribunales arbitrales que actúan bajo sus auspicios”.) (traducción del inglés).

⁵⁶⁹ Convenio CIADI, Artículo 25(1).

⁵⁷⁰ Ver **Ap. RL-187**, Christoph Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2d ed., Cambridge University Press 2009), Artículo 25, ¶ 122 (“La historia de la redacción [del Convenio CIADI] no deja lugar a dudas de que los servicios del Centro no estarían disponibles para cualquier controversia que las partes quisieran presentar. En particular, siempre estuvo claro que las transacciones comerciales ordinarias no estarían cubiertas por la jurisdicción del Centro, sin importar el alcance del consentimiento de las partes”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-188**, *Standard Chartered Bank (Hong Kong) c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/15/41, Laudo, 11 de octubre de 2019 (“SCB”), ¶ 194 (“No obstante, el objeto de la controversia debe seguir siendo una inversión, tal como se contempla en el Convenio CIADI, y el consentimiento de las Partes no puede por sí solo someter una transacción comercial ordinaria o una controversia política o no jurídica al CIADI para su resolución. Esto se expresa en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”). (traducción del inglés).

⁵⁷¹ Ver por ejemplo **Ap. RL-189**, *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶ 52 (“La doctrina generalmente considera que la inversión infiere: contribuciones, una cierta duración de la ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción. . . . En la lectura del preámbulo del Convenio [CIADI], se puede agregar la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como una condición adicional”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-190**, *Ulysseas, Inc. c. República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012, ¶ 251 (“Como muchos tribunales CIADI resolvieron, la concepción habitual de una inversión incluye varias características básicas, en particular: (a) debe comprender un aporte con valor económico; (b) debe realizarse durante un plazo determinado; (c) debe existir una expectativa de retorno de la inversión, sujeta a un elemento de riesgo; (d) debería contribuir al desarrollo de la economía del Estado receptor”). (énfasis añadido); **Ap. RL-100**, *Electrabel*, ¶ 5.43 (“El Artículo 25 del Convenio CIADI exige que la controversia surja directamente de una inversión,

286. El riesgo de inversión u operacional – como elemento fundamental del concepto de “inversión” tanto bajo el Tratado como bajo el Convenio CIADI – es la incertidumbre que enfrenta un inversionista sobre cuál será el retorno de su inversión, incluyendo si recuperará o no, total o parcialmente, el capital invertido. Ese tipo de riesgo debe distinguirse tanto de los riesgos genéricamente entendidos que son propios de toda actividad económica, como de los simples riesgos comerciales – inherentes a todo contrato – vinculados al incumplimiento de obligaciones contractuales, incluyendo el riesgo de falta de pago.

287. Esta distinción entre riesgo de inversión y riesgo comercial fue claramente señalada por el tribunal en *Romak c. Uzbekistán*:

Toda actividad económica conlleva un cierto grado de riesgo. Como tal, todos los contratos – incluso los que no constituyen una inversión – conllevan el riesgo de incumplimiento. Sin embargo, este tipo de riesgo es puramente comercial, de la contraparte o, dicho de otro modo, el riesgo de hacer negocios en general. Por lo tanto, no es un elemento útil para distinguir entre una inversión y una transacción comercial. Un “riesgo de inversión” implica un tipo diferente de alea, una situación en la que el inversionista no puede estar seguro del rendimiento de su inversión, y puede no saber la cantidad que acabará gastando, incluso si todas las contrapartes relevantes cumplen sus obligaciones contractuales. Cuando existe un “riesgo” de este tipo, el inversionista simplemente no puede predecir el resultado de la transacción.⁵⁷²

pero no proporciona ninguna definición de inversión. Aunque existe una unanimidad incompleta entre los tribunales en cuanto a los elementos de una inversión, hay un consenso general en que los tres criterios objetivos de (i) una contribución, (ii) una cierta duración y (iii) un elemento de riesgo son elementos necesarios de una inversión.”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-191**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A y Allan Fost Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, ¶ 227 (“[E]l Tribunal concluye que la definición objetiva de inversión establecida en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI comprende los elementos de contribución de dinero o activos, riesgo y duración”).

⁵⁷² **Ap. RL-181**, *Romak*, ¶¶ 229-230 (traducción del inglés; énfasis añadido).

288. De manera similar, el tribunal en *Postova banka c. Grecia* resaltó las diferencias existentes entre el riesgo comercial – que se encuentra en toda transacción económica – y el riesgo de inversión u operacional – típico de una inversión:

Bajo un estudio “objetivo”, el elemento de riesgo es esencial y no puede analizarse de forma aislada. De hecho, cualquier transacción económica – incluso podría decirse cualquier actividad humana – entraña algún elemento de riesgo. El riesgo es inherente a la vida y no puede calificar *per se* qué es una inversión. El riesgo de inversión, a los efectos de la aplicación de un estudio “objetivo”, fue definido por el tribunal de *Romak* En otras palabras, bajo un enfoque “objetivo”, un riesgo de inversión sería un riesgo operacional y no un riesgo comercial o un riesgo soberano. Un riesgo comercial cubre, entre otras cosas, el riesgo de que una de las partes pueda incumplir su obligación, riesgo que existe en cualquier relación económica. . . . Bajo el enfoque objetivo, los riesgos comerciales y soberanos son distintos del riesgo operacional. En este caso, la distinción sería entre un riesgo inherente a la operación de inversión en su entorno – lo que significa que las ganancias no están determinadas, sino que dependen del éxito o el fracaso de la empresa económica en cuestión – y todos los demás riesgos comerciales y soberanos.⁵⁷³

⁵⁷³ **Ap. RL-192**, *Posštová banka, a.s. e Istrokapital SE c. República Helénica*, Caso CIADI No. ARB/13/8, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶¶ 367-370 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-182**, *Nova Scotia*, ¶¶ 105, 107-108, 111 (“Puede ser que cualquier transacción implique un riesgo, pero lo que se requiere para una inversión es un riesgo que se distinga del tipo de riesgo que surge en cualquier transacción comercial ordinaria. . . . El riesgo al que se refiere el Demandante es, sin embargo, el riesgo mucho más simple de la exposición a un precio más alto para un producto; para el Tribunal, este no es un riesgo inherente a una inversión. . . . Por lo tanto, el tipo de riesgo involucrado aquí parece ser, para la industria del carbón, ‘condiciones comerciales ordinarias’. Además, aquí, el riesgo no es uno que afecte a la contribución y a la supuesta inversión. . . . El Tribunal no considera que los riesgos alegados sean del tipo inherente a la noción de inversión”). (traducción del inglés); **Ap. RL-193**, *Professor Christian Doutremepuich y Antoine Doutremepuich c. República de Mauricio*, Caso CPA No. 2018-37, Laudo sobre Jurisdicción, 23 de agosto de 2019, ¶ 145; **Ap. RL-194**, *Raymond Charles Eyre y Montrose Developmentsn (Private) Limited c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, 5 de marzo de 2020, ¶¶ 293- 294; **Ap. RL-188**, *SCB*, ¶¶ 218-220; **Ap. RL-195**, *Seo Jin Hae c. Gobierno de la República de Corea*, Caso HKIAC No. 18117 (TLC KORUS), Laudo Final, 27 de septiembre de 2019, ¶ 130 (“El Artículo 11.28 del TLC KORUS [Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Estados Unidos] es claro en el sentido de que un activo solo se califica como inversión si tiene ciertas características, como la asunción de riesgo. Esas características, incluida la asunción de riesgo, deben ir más allá de las que tiene automáticamente cualquier activo. Por lo tanto, el riesgo de pérdida de valor de un activo no puede ser el tipo de riesgo que tenía en mente el redactor del TLC KORUS”). (traducción del

289. En el presente caso, los Demandantes alegan que su “inversión” es el Contrato de Servicios que suscribió FPJVC con Reficar para la prestación de servicios de gerenciamiento de Proyecto en relación con la modernización y expansión de una refinería de petróleo en Cartagena:

- “Esta controversia surge de un contrato de noviembre de 2009 entre FPJVC y Refinería de Cartagena S.A. . . para la prestación de servicios en relación con la modernización y ampliación de una gran refinería de petróleo de propiedad estatal situada en Cartagena, Colombia”.⁵⁷⁴
- “Los Demandantes contrataron con Reficar, una empresa de propiedad colombiana, la prestación de servicios de gestión de proyectos en relación con la construcción y ampliación de una refinería de petróleo de propiedad colombiana para suministrar combustibles ecológicamente limpios para satisfacer la demanda colombiana”.⁵⁷⁵

290. A sabiendas de que no poseen una inversión protegida bajo el Tratado o el Convenio CIADI, los Demandantes en ocasiones son intencionalmente equívocos acerca de qué es exactamente lo que constituye su supuesta inversión. Consistentemente aluden al numeral (e) del listado de ejemplos incluidos en la definición de “inversión” del Artículo 10.28 del Tratado sobre la forma que puede tomar una “inversión” – que se refiere a “contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares”⁵⁷⁶ – para indicar que el Contrato de Servicios constituye una inversión protegida.⁵⁷⁷

inglés); **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, pp. 205-206 (“[L]a existencia de riesgo es una característica esencial de una inversión que crea el potencial de rendimiento y beneficios.”) (traducción del inglés).

⁵⁷⁴ Notificación de Arbitraje, ¶ 3 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁷⁵ *Id.*, ¶ 29 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁷⁶ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28(e).

⁵⁷⁷ **Ap. R-39**, Notificación de Intención, ¶ 12 (indicando que “un contrato de prestación de servicios” es considerado una “inversión”); Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 11, n. 30

291. Por momentos, también se refieren a su supuesta “inversión” de manera más amplia, indicando que sus “actividades comerciales” en Colombia (que describen como “la celebración de un contrato de prestación de servicios de gestión de proyecto en relación con la construcción y expansión de una refinería de petróleo y el compromiso de capital, trabajo y tiempo relacionados con esos servicios”) encuadran dentro de la definición de “inversión” del Tratado.⁵⁷⁸

292. Independientemente de cómo la caractericen, es evidente a partir de sus argumentaciones que la “inversión” que los Demandantes reclaman es el Contrato de Servicios, ya que todas las demás “actividades” y recursos descritos por los Demandantes sencillamente corresponden a la ejecución de sus obligaciones contractuales conforme a dicho contrato.

293. El Contrato de Servicios es un típico contrato comercial ordinario para la prestación de servicios de consultoría, que no presenta ningún tipo de riesgo de inversión⁵⁷⁹ y que, por ende, no califica como una “inversión” ni bajo el Tratado ni bajo el Convenio CIADI. Las principales características del Contrato de Servicios celebrado entre Reficar y FPJVC son las siguientes:

(sosteniendo que el Tratado incluye en su definición de “inversión” a “contratos de construcción”, y que “contratos de construcción y/o contratos de servicios similares” han sido considerados una “inversión” por diversos tribunales – citando en respaldo de esta proposición únicamente dos decisiones arbitrales que involucran contratos de construcción).

⁵⁷⁸ Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, pp. 11-12 (traducción del inglés). Ver también Notificación de Arbitraje, ¶ 29.

⁵⁷⁹ Esto es corroborado por los propios Demandantes al describir las funciones que cumplían conforme al Contrato de Servicios. Notificación de Arbitraje, ¶ 4 (“El personal de FPJVC trabajó como consultor bajo la dirección del [project management team] de Reficar, pero ni ellos ni FPJVC tenían autoridad sobre la gestión o los gastos del Proyecto.”), ¶ 13 (“FPJVC no aprobó los gastos ni tuvo autoridad para tomar decisiones.”) (traducción del inglés). Ver también Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 1 (“Los Demandantes se dedican a la prestación de diversos servicios de ingeniería y consultoría.”) (traducción del inglés).

• [REDACTED]

█ [REDACTED]

580 [REDACTED]; ¶ 24, *supra*.

581 *Ver* n. 60, *supra*.

582 *Ver* [REDACTED] ¶¶ 35, 40-41, *supra*.

583 *Ver* [REDACTED] ¶¶ 35, 42, *supra*.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

585

294. En resumen, el Contrato de Servicios es un contrato comercial de prestación de servicios que no presentaba ningún riesgo de inversión para los Demandantes.⁵⁸⁶ Si bien hay ciertos tipos de contratos (incluidos algunos contratos de gestión) que pueden tener las características de una inversión, ese claramente no es el caso del Contrato de Servicios de los Demandantes, que por sus características se trata de un simple contrato comercial ordinario de prestación de servicios que no se encuentra sujeto a ningún típico riesgo de inversión.⁵⁸⁷ La estructura de la Remuneración en

⁵⁸⁴ Ver [REDACTED] ¶¶ 35-43, *supra*.

⁵⁸⁵ Ver ¶¶ 45-51, *supra*.

⁵⁸⁶ Presumiblemente, por tal motivo, los Demandantes convenientemente sostienen que “invertieron montos significativos de tiempo, capital, personal y trabajo en territorio colombiano” y que “[t]odos estos actos fueron realizados con la expectativa que los Demandantes obtendrían una ganancia”, pero nada dicen respecto al supuesto riesgo de su inversión, ya que claramente no estaban expuestos a ninguno. Notificación de Arbitraje, ¶ 29 (traducción del inglés). Ver también **Ap. R-39**, Notificación de Intención, n. 4.

⁵⁸⁷ Ver **Ap. RL-196**, Ibrahim Shihata y Antonio Parra, *The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 14 ICSID REVIEW – F.I.L.J. 299 (1999), pp. 317-318 (“[E]l Convenio limita la jurisdicción del CIADI a las controversias derivadas de inversiones, pero no define el término ‘inversión’. Sin embargo, el convenio constitutivo de otra de las organizaciones pertenecientes al Grupo del Banco Mundial, el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (el Organismo o el MIGA), establece algunas clasificaciones específicas de las inversiones. Se mencionan aquí no porque exista un vínculo necesario entre las actividades del MIGA y las del CIADI, sino porque las clasificaciones del MIGA pueden utilizarse convenientemente para describir las transacciones involucradas en los casos sometidos a arbitraje en virtud del Convenio CIADI. De acuerdo con el Convenio Constitutivo del MIGA, las inversiones inicialmente elegibles para ser aseguradas por el Organismo incluirán participaciones en el capital y las formas de inversión directa no patrimonial que determine el Consejo de Administración del MIGA. En el Reglamento Operativo de 2002 adoptado por el Consejo de Administración del MIGA, se determina que esas formas de inversión directa no accionarial comprenden diversas formas de acuerdos contractuales”). (traducción del inglés). En su Reglamento Operativo de 2002, el MIGA estipuló lo siguiente: “Inversión directa no accionarial. 1.07. Sujeto a los criterios indicados en los apartados 1.06 y 1.07, las garantías del Organismo podrán emitirse para las siguientes formas de inversión directa no accionarial . . . (iii) contratos de gestión en los que el contratista asume la responsabilidad de la gestión del Proyecto de Inversión o de una parte significativa de sus operaciones y en los que su remuneración depende sustancialmente de la producción, los ingresos o los beneficios del Proyecto de Inversión”. **Ap. RL-**

Contrato de Servicios, y [REDACTED] (aunado a la posibilidad de [REDACTED]) aseguraba que FPJVC [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 588

295. Plenamente conscientes de que el Contrato de Servicios es un mero contrato comercial ordinario para la prestación de servicios de consultoría que no califica como una “inversión” bajo ningún estándar posible, los Demandantes argumentan que el Contrato de Servicios es un contrato “para proveer servicios de gestión de proyecto en relación con la construcción y expansión de una refinería de petróleo” y que han comprometido “montos significativos de tiempo, capital, personal y trabajo en territorio colombiano”.⁵⁸⁹ Asimismo, los Demandantes sostienen que el Tratado incluye al contrato de construcción como una de las formas que puede adoptar una inversión, y que han

197, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, *Operational Regulations* (World Bank Group 2002), p. 3 (traducción del inglés). Ver, en el mismo sentido, **Ap. RL-198**, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, *Operational Policies* (World Bank Group 2015), pp. 4-5, 12 (en donde también se refiere a las inversiones directas no accionariales, incluyendo a los contratos de gestión, como aquellas que “depende[n] sustancialmente de la producción, los ingresos o los beneficios del Proyecto de Inversión” o – en el caso de los contratos de construcción – como aquellas en las que “el contratista asume la responsabilidad de la ejecución o el funcionamiento del Proyecto de Inversión”) (traducción del inglés). Resulta evidente que, si bien se trata de un contrato de prestación de servicios de consultoría para la gestión de un proyecto, el Contrato de Servicios no satisface ninguna de estas características ya que su remuneración [REDACTED] Ver ¶¶ 33-53, *supra*.

⁵⁸⁸ Ver ¶¶ 33-44, 52, *supra*.

⁵⁸⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 29 (traducción del inglés). Ver también Carta de los Demandantes al Tribunal, 24 de agosto de 2020, p. 11.

asumido el “riesgo inherente asociado a proyectos de construcción o infraestructura de esta magnitud”.⁵⁹⁰

296. Sin embargo, es evidente que en este caso los Demandantes no tenían un contrato de construcción⁵⁹¹, sino simplemente un contrato de prestación de servicios de consultoría, y por lo tanto no experimentaron ningún riesgo asociado a la construcción y expansión de la refinería – como surge de los propios términos del Contrato de Servicios que suscribieron.⁵⁹² En efecto, FPJVC suscribió únicamente un contrato de prestación de servicios de consultoría para la gestión del Proyecto y [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]⁵⁹³

297. El hecho de que los servicios de consultoría de los Demandantes estuviesen relacionados con la construcción y expansión de una refinería resulta irrelevante a los efectos del análisis sobre la existencia de una “inversión” bajo el Tratado y/o el Convenio CIADI, ya que no modifica la naturaleza ni los derechos y obligaciones del Contrato de Servicios – que no es otra que precisamente un contrato comercial ordinario de prestación de servicios.⁵⁹⁴ Ni FPJVC ni ninguno de los otros Demandantes

⁵⁹⁰ Carta de los Demandantes al Tribunal, de fecha 24 de agosto de 2020, p. 11.

⁵⁹¹ [REDACTED] Ver ¶¶ 33-53, *supra*.

⁵⁹² Ver ¶¶ 24-32, *supra*. De todas formas, resulta necesario aclarar que, incluso si se considerase que los Demandantes tenían un “contrato de construcción”, igualmente este tendría que presentar las características de una “inversión” para estar protegido bajo el Tratado y el Convenio CIADI. Entre esas características, se encuentra el riesgo de inversión, que en este caso claramente no existe.

⁵⁹³ Ver ¶¶ 39-44, *supra*.

⁵⁹⁴ Ver **Ap. RL-199**, *Patrick H. Mitchell c. República Democrática del Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión sobre la Aplicación de Anulación del Laudo, 1 de noviembre de 2006, ¶ 38 (“En opinión del Comité

era parte del Contrato EPC, y cualquier riesgo asociado a ese contrato de construcción no es “transferible” al Contrato de Servicios por el simple hecho de que ambos contratos hayan sido celebrados en el contexto del mismo Proyecto.⁵⁹⁵

298. En conclusión, como la supuesta inversión de los Demandantes – el Contrato de Servicios – no califica como una “inversión” bajo el Tratado y/o el Convenio CIADI, ya que el Contrato de Servicios es un contrato comercial ordinario de prestación de servicios conforme al cual los Demandantes no asumieron ningún riesgo de inversión, el Tribunal carece de competencia *ratione materiae* sobre la reclamación presentada en este caso.

II.

El Demandante FPJVC No Califica Como una “Persona Jurídica” Bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI

299. Además de que los Demandantes carecen de una “inversión” protegida bajo el Tratado y el Convenio CIADI, el Demandante FPJVC no califica como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI porque es un

ad hoc, uno debe evitar confundir la operación o el proyecto económico – que, si cumple con determinadas características, se convierte en una inversión en el sentido del Convenio [CIADI] y del Tratado, aunque sea ‘menor’ y ‘de duración más breve y con un beneficio más limitado para la economía del Estado receptor’ . . . – con todos los derechos y bienes protegidos por el Tratado porque son parte de la operación o del proyecto, o conciernen a este de una u otra manera. En este caso, por la naturaleza de las cosas, son los servicios de la firma ‘Mitchell & Associates’ los que constituirían o no la inversión en el sentido del Convenio y del Tratado, y ciertamente no la mínima ‘inversión’ en el sentido estrictamente económico del término que el Sr. Patrick Mitchell realizó con vistas a establecer y ejercer su profesión en la RDC. Es cierto que esta última estaría protegida por el Tratado, pero porque estaba relacionada con la operación o proyecto que constituía la inversión. Sin embargo, nada se dice en el Laudo sobre el contenido de los servicios de la firma ‘Mitchell & Associates’ que justifique la decisión de calificarlos como inversión’.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁵⁹⁵ Ver ¶ 17, *supra*.

joint venture contractual y no una “persona jurídica”, por lo que este Tribunal carece de competencia *ratione personae* sobre la reclamación efectuada por FPJVC.

300. El Artículo 25(1) del Convenio CIADI establece que la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.⁵⁹⁶ Además de las personas naturales que tengan la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte de la diferencia, el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI también considera como “nacional de otro Estado Contratante” a “toda persona jurídica que . . . tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte de la diferencia”.⁵⁹⁷ En otras palabras, para que un tribunal CIADI tenga competencia *ratione personae* sobre una diferencia, el Convenio CIADI requiere necesariamente que esa diferencia que se someta a la jurisdicción del Centro involucre a una persona natural o a una persona jurídica de un Estado Contratante distinto del Estado parte de la diferencia.

301. El Demandante FPJVC no califica como una “persona jurídica” de otro Estado Contratante conforme a los términos del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. Según señalan los propios Demandantes en su Notificación de Arbitraje, FPJVC es un “*joint venture* contractual”.⁵⁹⁸ Si bien los Demandantes posteriormente han tratado de modificar ligeramente su argumento y ahora sostienen que el FPJVC se encuentra constituido bajo las leyes de Nueva York “conforme a las cuales un *joint venture* es una

⁵⁹⁶ Convenio CIADI, Artículo 25(1).

⁵⁹⁷ Convenio CIADI, Artículo 25(2)(b) (énfasis añadido).

⁵⁹⁸ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 1, 15. Ver **Ap. R-39**, Notificación de Intención, ¶ 5 (describiendo a FPJVC como un “contrato de consorcio”, en español, y como un “*contractual joint venture*”, en inglés).

forma reconocida de persona jurídica”,⁵⁹⁹ lo cierto es que – conforme a sus propios términos – FPJVC es un mero *joint venture* contractual y, bajo las leyes del Estado de Nueva York, no tiene una personalidad jurídica independiente a la de sus miembros Foster Wheeler y Process Consultants.⁶⁰⁰

302. En el Acuerdo de Empresa Conjunta (“*Joint Venture Agreement*”), Foster Wheeler y Process Consultants expresamente acordaron que FPJVC sería “una entidad no constituida”.⁶⁰¹ Bajo la ley de Nueva York, aplicable al Acuerdo de Empresa Conjunta,⁶⁰² las entidades no constituidas como FPJVC no son personas jurídicas independientes de sus miembros,⁶⁰³ y al no tener el *joint venture* contractual una

⁵⁹⁹ Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 12 (traducción del inglés). Obviamente, los Demandantes ni siquiera atinan a citar algún sustento legal en apoyo de su incorrecta afirmación.

⁶⁰⁰ La ley del Estado de Nueva York, que es la ley bajo la cual se constituyó FPJVC, es la única relevante a los fines de determinar si FPJVC posee el *status* de una persona jurídica independiente. [REDACTED]

[REDACTED] En tal sentido, ver **Ap. RL-200**, *Consortio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República Democrática y Popular de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/03/08, Laudo, 10 de enero de 2005 (“*LESI-DIPENTA*”), ¶ 39 (“En derecho, no hay ninguna duda que la naturaleza jurídica del consorcio es determinado por la ley que lo rige.”) (traducción del francés).

⁶⁰¹ [REDACTED] El original en inglés del Acuerdo de Empresa Conjunta dice “*shall be an unincorporated entity*”. Increíblemente, los Demandantes sostienen que “Colombia, por medio de Reficar, ya ha reconocido a FPJVC como una persona jurídica”, y dicen que el Contrato de Servicios describe a FPJVC como una “entidad jurídica” (“*legal entity*”). Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 13 (traducción del inglés). Eso no es cierto; ni Reficar ha reconocido a FPJVC como una persona jurídica ni el Contrato de Servicios describe a FPJVC como una entidad jurídica. Lo que los Demandantes citan en apoyo de su afirmación parece ser la carta de presentación de la oferta que FPJVC hizo a Reficar (no proporcionan una referencia precisa), un documento redactado por los propios Demandantes, no por Reficar. De todas formas, curiosamente, la versión en español de dicha carta (que era el idioma que regía dicha oferta) no contiene el término “entidad jurídica” (“*legal entity*”) al que hacen alusión los Demandantes (que solo se encuentra en la versión en inglés). **Ap. R-92**, Carta de FPJVC a Reficar, 18 de noviembre de 2009, ¶¶ 1, 8.

⁶⁰² [REDACTED]

⁶⁰³ **Ap. RL-201**, *Deutsche Bank Natl. Trust Co. c. Bills*, Corte Suprema de Nueva York, 37 Misc. 3d 1209(A), 15 de octubre de 2012 (“*Deutsche Bank*”), p. 4 (“Se encuentra bien establecido que un *joint venture* . . . es en cierto sentido un *partnership* con un propósito limitado, y se ha reconocido desde hace tiempo que las consecuencias legales de un *joint venture* son equivalentes a las de un *partnership*,’ y, como resultado de ello, es apropiado recurrir a la *Partnership Law* para resolver las disputas que involucren a los *joint*

personalidad jurídica separada, todos sus miembros son conjunta y solidariamente responsables por las obligaciones que asuma ese *joint venture* contractual.⁶⁰⁴ Precisamente por esta razón, debido a que FPJVC no tiene una personalidad jurídica independiente, es que el Proceso de Responsabilidad Fiscal solamente vincula a Foster Wheeler y Process Consultants (que sí son personas jurídicas), mas no a FPJVC.⁶⁰⁵

303. Una situación análoga a la planteada por FPJVC fue analizada por un tribunal del CIADI en el caso *Impregilo c. Pakistán*, en el que se concluyó que un *joint venture* contractual no constituía una “persona jurídica” a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI:

El Tribunal está de acuerdo con parte del análisis de Pakistán, y considera que Impregilo no puede presentar reclamaciones en este procedimiento en nombre de GBC [*joint venture*]. . . . De ello se desprende que el consentimiento al arbitraje

ventures”). (traducción del inglés); **Ap. RL-202**, *Tehran-Berkeley Civil & Environmental. Engineers c. Tippetts-Abbott-McCarthy-Stratton*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 888 F.2d 239 (1989) (“*Tehran-Berkeley*”), p. 5 (“Conforme al derecho de Nueva York, las consecuencias legales de un *joint venture* son equivalentes a las de un *partnership*”). (traducción del inglés); **Ap. RL-203**, Servicio de Leyes Consolidadas de Nueva York, Ley de sociedades, § 10, p. 3 (“Las consecuencias jurídicas de un *joint venture* son casi idénticas a las de un *partnership*”). (traducción del inglés); **Ap. RL-204**, *Caplan c. Caplan*, 268 N.Y. 445, 447, Tribunal de Apelaciones de Nueva York (1935), p. 3 (“[U]n *partnership* no es, como sí es una *corporation*, una persona artificial creada por la ley y que existe independientemente de las personas que la crean o controlan”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁶⁰⁴ Ver por ejemplo, **Ap. RL-201**, *Deutsche Bank*, p. 4 (“En cuanto a las demás deudas y obligaciones de un *partnership*, todos los socios son responsables solidariamente”). (traducción del inglés); **Ap. RL-202**, *Tehran-Berkeley*, p.5 (“La ley de Nueva York establece además que los socios son responsables 1. conjunta y solidariamente por todo lo que sea imputable al *partnership* en virtud de las secciones veinticuatro [responsabilidad civil] y veinticinco [abuso de confianza]. 2. Solidariamente por todas las demás deudas y obligaciones del *partnership*, pero cualquier socio puede obligarse por separado a cumplir un contrato de *partnership*”). (traducción del inglés).

⁶⁰⁵ Ver **Ap. R-66**, Auto de Apertura, p. 1; **Ap. R-52**, Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, p. 1; **Ap. R-71**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 1: Competencia, antecedentes probatorios, actuaciones procesales y otros, p. 1. Los Demandantes señalan que en el Proceso de Responsabilidad Fiscal se describió al *joint venture* como una “sociedad de hecho”. Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 13 (los Demandantes no indican de dónde surge esa cita). De cualquier manera, bajo el derecho colombiano una sociedad de hecho no es una persona jurídica. **Ap. RL-205**, Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio, Artículo 499 (“La sociedad de hecho no es persona jurídica”).

contenido en el TBI no cubre las reclamaciones de GBC, ya que esta no es una “persona jurídica” a los efectos del Convenio CIADI. . . . En la medida en que se trata de una reclamación con respecto a las supuestas pérdidas de GBC, sigue siendo una reclamación de una agrupación no constituida en sociedad que no cumple con los requisitos del TBI y del Convenio CIADI, y queda fuera del alcance del consentimiento a arbitraje de Pakistán. . . . El hecho de que GBC no tenga personalidad jurídica propia puede llevar a la conclusión de que, en cualquier caso, no puede tratarse de una “reclamación de GBC”, ya que GBC no es más que una relación contractual entre diferentes entidades. Sin embargo, esto no convierte a la reclamación en una reclamación propia de Impregilo.⁶⁰⁶

304. En su reconocido libro sobre el arbitraje CIADI, el Profesor Schreuer aborda el concepto de “persona jurídica” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI y ratifica que un *joint venture* contractual no constituye una “persona jurídica” a los fines de esta disposición:

[T]ambién hubo cierta oposición a ampliar la definición del término “empresa” a una mera asociación de personas naturales o a un *partnership* no constituido. . . . Los borradores posteriores y el Convenio [CIADI] se refieren a la “persona jurídica” sin una definición. Esto indica que la personalidad jurídica es un requisito para la aplicación del Art. 25(2)(b) y que una mera asociación de individuos o de personas jurídicas no podría cumplir estos requisitos. En tal hipótesis, las personas individuales podrían plantear su caso con arreglo al art. 25(2)(a) o las personas jurídicas que forman la asociación tendrían que presentar su caso por separado en virtud del Art. 25(2)(b). . . . Esto ha sido confirmado por los tribunales del CIADI. En el caso *LESI-DIPENTA c. Argelia*, el Tribunal declinó su competencia para conocer una reclamación presentada por un consorcio de empresas. . . . El Tribunal del caso *Impregilo c. Pakistán* también sostuvo que no se le permitía al Demandante presentar una reclamación del TBI ante el CIADI en nombre de todos sus socios en un *joint venture* no constituido. E

⁶⁰⁶ **Ap. RL-129**, *Impregilo*, ¶¶ 131, 134, 137, 139 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-200**, *LESI-DIPENTA*, ¶¶ 37-41.

consorcio no constituido no calificó como persona jurídica a los efectos del CIADI”.⁶⁰⁷

305. En consecuencia, no quedan dudas que un *joint venture* contractual – como FPJVC – no puede considerarse una “persona jurídica” a los efectos del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI, y por ende no constituye un “nacional de otro Estado Contratante” como requiere el Convenio CIADI para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción.

306. Por otra parte, el Artículo 10.28 del Tratado define a un “inversionista de una Parte” como a “un nacional o empresa de la Parte” que realiza una inversión en el territorio de la otra Parte.⁶⁰⁸ A su vez, una “empresa de una Parte” es definida por el Artículo 1.3. del APC Colombia-EE.UU. como “una empresa constituida u organizada de conformidad con la legislación de una Parte”, y el término “empresa” como “cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquier sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, empresa conjunta [*“joint venture”*] u otra asociación”.⁶⁰⁹ El Tratado no especifica si el término “empresa conjunta” – o *“joint venture”* en la versión en inglés – incluye a los *joint venture* contractuales (*unincorporated joint ventures*) o solamente a los *joint ventures* constituidos (*incorporated joint ventures*).

307. Los Demandantes citan el Artículo 10.28 del Tratado, resaltan el término “*joint venture*” y señalan que el Tratado “específicamente identificó a un *joint venture*

⁶⁰⁷ **Ap. RL-187**, C. Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Artículo 25, ¶¶ 689-692 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁶⁰⁸ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28.

⁶⁰⁹ **Ap. RL-2**, APC Colombia-EE.UU., Artículo 1.3. La versión en inglés del Artículo 1.3 del APC Colombia-EE.UU. utiliza expresamente el término “*joint venture*”. Ver también **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28.

como una ‘empresa de un Parte’”.⁶¹⁰ Sin embargo, el hecho de que FPJVC eventualmente califique como un “inversionista” bajo el Tratado por ser considerado una “empresa” de los Estados Unidos – de acuerdo con la definición de “empresa” del propio Tratado – no es suficiente para que este Tribunal ejerza su competencia *ratione personae* sobre el Demandado FPJVC, pues al ser este un Tribunal que se ha constituido bajo el Convenio CIADI resulta necesario que el inversionista también califique como un “nacional de otro Estado Contratante” conforme al Convenio CIADI para que un tribunal del CIADI tenga competencia *ratione personae* sobre el Demandante FPJVC.

308. Este es un corolario del “double-keyhole” o “double-barrelled” test que resulta aplicable en todo arbitraje CIADI.⁶¹¹ Al respecto, cabe señalar que el Profesor Schreuer remarcó que, si bien algunos tratados de inversiones contienen definiciones amplias del término “inversionista” que pueden incluir a asociaciones sin personalidad jurídica (como lo sería un *joint venture* no constituido), la cualidad de “persona jurídica” es un requisito objetivo del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI:

Algunos tratados bilaterales de inversión incluyen asociaciones sin personalidad jurídica en su definición de ‘inversionista’. Pero a los efectos del Convenio [CIADI], la cualidad de la personalidad jurídica es inherente al concepto de ‘persona jurídica’ e integra los requisitos objetivos de la jurisdicción.⁶¹²

⁶¹⁰ Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, pp. 12-13 (traducción del inglés). A los fines de esta objeción jurisdiccional, el hecho de que FPJVC califique o no como una “empresa de una Parte” resulta irrelevante para el análisis respecto a si FPJVC califica o no como una “persona jurídica” en los términos del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. Notablemente, nada han dicho los Demandantes sobre si FPJVC califica como una “persona jurídica” conforme a los términos del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

⁶¹¹ Ver n. 568, *supra*.

⁶¹² **Ap. RL-187**, C. Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Artículo 25, ¶ 693 (traducción del inglés; énfasis añadido).

309. En suma, independientemente del hecho de si puede o no considerarse una “empresa” o un “inversionista” bajo el Tratado, el Demandante FPJVC no califica como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI debido a que no es una “persona jurídica” conforme a la ley de su lugar de constitución (ley de Nueva York), por lo que este Tribunal carece de competencia *ratione personae* respecto al Demandante FPJVC.

III.

La Notificación de Intención Fue Solo Enviada por FPJVC y No por los Otros Demandantes

310. Si bien el presente caso fue iniciado por tres Demandantes (*i.e.*, Foster Wheeler, Process Consultants y FPJVC), la Notificación de Intención de someter la presente controversia a arbitraje – requerida expresamente por el Artículo 10.16.2 del Tratado – fue únicamente enviada por el Demandante FPJVC, y no por Foster Wheeler y Process Consultants. Por tal motivo, el Tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* respecto a las reclamaciones de los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants.

311. El Artículo 10.16.2 del Tratado requiere la entrega de una notificación escrita de intención de someter una reclamación a arbitraje por lo menos noventa (90) días antes de que se someta dicha reclamación a arbitraje.⁶¹³ En este caso, la Notificación de Intención fue enviada el 26 de diciembre de 2018 únicamente por el Demandante FPJVC, y no por los otros Demandantes en este Arbitraje (Foster Wheeler y Process Consultants), lo que es evidente de los propios términos de dicho documento

⁶¹³ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.2.

que menciona a FPJVC como el “inversionista” que entrega una notificación de su intención de someter una reclamación a arbitraje bajo el Tratado.⁶¹⁴ Los Demandantes no tratan de refutar este hecho innegable, sino simplemente alegan que FPJVC tiene dos miembros, que están efectuando los mismos reclamos basados en los mismos hechos, por lo que consideran cumplido el requisito.⁶¹⁵

312. Sin embargo, el argumento de los Demandantes se contradice con sus propias declaraciones y su propia postura en este Arbitraje. Los Demandantes que iniciaron este caso son tres – FPJVC, Foster Wheeler y Process Consultants – y, acorde a lo que manifiestan en su Notificación de Arbitraje, los tres Demandantes calificarían independientemente como “empresas” y como “inversionistas” bajo el Tratado.⁶¹⁶ El Demandante FPJVC entregó su Notificación de Intención por cuenta propia – no en representación de Foster Wheeler y Process Consultants – por lo que los otros dos Demandantes claramente no pueden beneficiarse de la Notificación de Intención entregada por FPJVC.⁶¹⁷

⁶¹⁴ **Ap. R-39**, Notificación de Intención, p. 1 (indicando que FPJVC es el “inversionista” a los fines del Tratado).

⁶¹⁵ Carta de los Demandantes al Tribunal, 8 de septiembre de 2020, p. 13.

⁶¹⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 29. Asimismo, si bien la Notificación de Intención la envió únicamente FPJVC como supuesto “inversionista”, unos pocos meses antes, en la acción de tutela que habían interpuesto ante un juzgado colombiano, Foster Wheeler y Process Consultants manifestaron que eran “inversionistas” en los términos del Tratado. **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, p. 7. Ello demuestra que, contrariamente a lo que ahora argumentan, los Demandantes consideraban que cada uno de ellos calificaba como un “inversionista” bajo el Tratado, y por ende tenía la obligación de cumplir con el requisito de la entrega de una notificación de intención.

⁶¹⁷ Esto es confirmado por los términos de la propia Notificación de Arbitraje, en la que los tres Demandantes inician la reclamación por cuenta propia. *Ver por ejemplo* Notificación de Arbitraje, ¶¶ 26, 42 (“Los Demandantes presentan reclamaciones, tanto en virtud del artículo 10.16.1(a)(i)(A), como del artículo 10.16.1(a)(i)(C) del Tratado”). (traducción del inglés). Cabe aclarar que esta objeción es perfectamente compatible con la objeción a la competencia *ratione personae* del Tribunal en relación con el Demandante FPJVC. La objeción a la competencia *ratione personae* no tiene que ver con el carácter o no de “empresa” y/o “inversionista” de FPJVC conforme a los términos del Tratado, sino al hecho que FPJVC no califica como una “persona jurídica” a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI y que, en consecuencia,

313. El texto y el espíritu del Artículo 10.16.2 del Tratado son inequívocos: cada demandante que someta una reclamación a arbitraje debe entregar una notificación de intención por lo menos noventa (90) días antes de que se someta dicha reclamación a arbitraje.⁶¹⁸ El hecho que solo uno de varios demandantes entregue una notificación de intención no implica que el requisito se encuentre satisfecho respecto a los demás demandantes que no entregaron su notificación de intención: se trata claramente de un requisito individual que cada demandante debe cumplir.

314. El incumplimiento del requisito del Artículo 10.16.2 del Tratado afecta al consentimiento mismo al arbitraje. Bajo el Artículo 10.17 del Tratado, las Partes Contratantes solo consintieron al sometimiento de reclamaciones a arbitraje “de conformidad con” el Tratado.⁶¹⁹ Ello implica que las Partes Contratantes “no otorgaron un consentimiento incondicional al arbitraje bajo cualquier circunstancia”, sino que solo consintieron a un arbitraje “de conformidad con” los propios términos del Tratado.⁶²⁰ Si algún demandante incumple el requisito de entregar una notificación de intención al menos noventa (90) días antes de someter una reclamación a arbitraje – como requiere explícitamente el Artículo 10.16.2 del Tratado – no existe un consentimiento perfeccionado al momento del inicio del arbitraje, y este no puede luego crearse

este Tribunal constituido bajo el Convenio CIADI no tiene competencia *ratione personae* en relación con el Demandante FPJVC. Ver ¶¶ 299-309, *supra*.

⁶¹⁸ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.2. En la notificación de intención debe especificarse información concerniente a cada demandante tal como “el nombre y la dirección del demandante”, lo que demuestra que el requisito es individual.

⁶¹⁹ *Id.*, Artículo 10.17.

⁶²⁰ **Ap. RL-206**, *Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05 (APC Colombia-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020 (“Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa”), ¶¶ 23, 26 (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-207**, *Alberto Carrizosa Gelzis y otros c. República de Colombia*, Caso CPA No. 2018-56 (APC Colombia-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020 (“Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis”), ¶¶ 23, 26; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 10.

retroactivamente. El consentimiento de un demandado debe ir acompañado de una notificación a arbitraje que satisfaga los requisitos del Artículo 10.18.2 del Tratado y que haya cumplido con el requisito previo de haber entregado una notificación de intención válida al menos noventa (90) días antes de su presentación. El incumplimiento de ese requisito imprescindible previsto en el Artículo 10.16.2 del Tratado conlleva a que el supuesto consentimiento del demandante no constituya una aceptación a la oferta al arbitraje de la Parte Contratante del Tratado, que se encuentra condicionada al cumplimiento de los términos del Tratado.⁶²¹ En consecuencia, debido a la falta de entrega de las notificaciones de intención por parte de Foster Wheeler y Process Consultants, el Tribunal no tiene competencia *ratione voluntatis* para conocer sobre las reclamaciones de los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants en este Arbitraje.

315. Asimismo, el incumplimiento del requisito previsto en el Artículo 10.16.2 del Tratado lleva ineludiblemente a la desestimación de las reclamaciones de los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants. La entrega de una notificación de intención no se trata de una mera “formalidad”, o de un acto de cortesía, sino de un requisito explícito previsto en el Tratado. Tal ha sido la postura expresada por Estados

⁶²¹ Ver **Ap. RL-206**, *Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*, ¶ 27 (“Un inversionista demandante que no entregue una Notificación de Intención noventa (90) días antes de presentar una Notificación de Arbitraje o una Solicitud de Arbitraje, no satisface el requisito procesal establecido en el Artículo 10.16.2 y, por lo tanto, no logra el consentimiento del demandado para arbitrar. En tales circunstancias, el tribunal carecerá de competencia *ab initio*. Como se analiza a continuación con respecto al Artículo 10.18, el consentimiento del demandado no puede crearse retroactivamente; el consentimiento debe existir en el momento en que se somete una reclamación a arbitraje. Sin embargo, a diferencia del consentimiento del demandante requerido por el Artículo 10.18.2, que debe acompañar y estar junto con una Notificación de Arbitraje, el cumplimiento de los requisitos del Artículo 10.16 mediante la presentación de una Notificación de Intención válida debe preceder a la presentación de una Notificación de Arbitraje en 90 días.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-207**, *Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*, ¶ 27; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 12.

Unidos en sus presentaciones como parte no contendiente al analizar la importancia del cumplimiento de este requisito:

Los requisitos procesales del Artículo 10.16 no son meras “sutilezas” técnicas, sino que son requisitos explícitos del tratado (i.e., “entregará” [shall deliver]; “especificará” [shall specify]) que cumplen funciones importantes. Estas funciones incluyen proporcionar tiempo a una Parte para identificar y evaluar las posibles disputas, coordinar a los funcionarios nacionales y subnacionales pertinentes y considerar, si así lo decidiesen, una solución amistosa u otros cursos de acción antes del arbitraje. Tales cursos de acción pueden incluir la preservación de pruebas o la preparación de una defensa. Como reconoció el tribunal en el caso *Merrill & Ring c. Canadá*, al rechazar un intento tardío de añadir a un demandante en ese caso, las disposiciones que se encuentran en el Artículo 1119 del TLCAN (el equivalente del TLCAN al requisito de notificación de intención del Artículo 10.16) “no pueden considerarse como meras sutilezas procesales. Cumplen una función sustancial que, de no cumplirse, privaría al Demandado del derecho a ser informado previamente de los agravios contra sus medidas y de perseguir cualquier intento de desactivar la reclamación[.]”.

Por todo lo anterior, un tribunal no puede simplemente pasar por alto el incumplimiento de los requisitos del Artículo 10.16 por parte de un inversionista, incluso en el contexto de determinar si la entrega de una Notificación de Arbitraje constituye la presentación válida y oportuna de una reclamación. El Artículo 10.18.1 establece que un demandante no puede presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años desde la fecha en que el inversionista o la empresa tuvo o debería haber tenido conocimiento por primera vez del supuesto incumplimiento y de la pérdida. Dado que una Notificación de Intención en virtud del Artículo 10.16.2 debe preceder a una Notificación de Arbitraje por 90 días, un inversionista tiene dos años y 275 días para tomar medidas que puedan conducir a la presentación de una reclamación válida y oportuna al arbitraje en virtud del Capítulo Diez o del Capítulo Doce. Así, por ejemplo, los demandantes o las reclamaciones incluidas en una Notificación de Arbitraje que no se incluyeron en una Notificación de Intención entregada al menos 90 días antes no han sido sometidos válidamente a arbitraje, y esa Notificación de Arbitraje no puede suspender el plazo de prescripción para esas reclamaciones o demandantes. Como observaron los tribunales del TLCAN *Grand River* y *Feldman* al interpretar disposiciones similares del TLCAN (Artículos 1116(2) y 1117(2)), las disposiciones sobre plazos de prescripción contenidas en el TLCAN son “claras y rígidas” y no

están sujetas a ninguna “suspensión”, “prolongación” u “otra calificación”.⁶²²

316. Diversos tribunales arbitrales que han tenido que interpretar disposiciones similares han remarcado la importancia de la entrega de la notificación de intención (o del cumplimiento de otros requisitos similares) y las consecuencias derivadas del incumplimiento de este requisito ineludible:

- *Methanex c. EE.UU.*: “Para establecer el consentimiento necesario al arbitraje, es suficiente demostrar (i) que el Capítulo XI se aplica en primer lugar, es decir, que se cumplen los requisitos del Artículo 1101, y (ii) que un inversionista demandante ha presentado una reclamación de conformidad con los Artículos 1116 o 1117 (y que se cumplen todas las condiciones previas y las formalidades requeridas en virtud de los Artículos 1118-1121). Cuando un demandante cumple con estos requisitos, se satisface el Artículo 1122; y se establece el consentimiento de la Parte del TLCAN al arbitraje”.⁶²³
- *Merrill & Ring c. Canadá*: “El Tribunal no duda de la importancia de las disposiciones señaladas y considera que no pueden considerarse como meras sutilezas procesales. Cumplen una función sustancial que, de no cumplirse, privarían a la Demandada del derecho a ser informada previamente de los agravios contra sus

⁶²² **Ap. RL-206**, *Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*, ¶¶ 28-29 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-207**, *Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*, ¶ 28-29; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶¶ 13-14. El T-MEC, que ha reemplazado al TLCAN, establece expresamente que el incumplimiento del requisito de la entrega de la notificación de intención priva a un tribunal de su competencia (en aquellas disputas de inversión que involucran a México y Estados Unidos, que son las únicas partes contratantes para las que se prevé el arbitraje internacional de inversión). **Ap. RL-208**, Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá, firmado el 10 de diciembre de 2019 y en vigor desde el 1 de julio de 2020, Anexo 14(D)(3). El mismo también ha sido siempre el entendimiento de Colombia, lo que ha quedado reflejado en su Tratado Modelo de 2008. **Ap. RL-126**, Tratado Modelo de Colombia de 2008, Artículo IX.5 (“Siempre que haya transcurrido el plazo previsto en el párrafo 4 del presente artículo y que el inversionista contendiente haya notificado por escrito con ciento ochenta (180) días de anticipación a la Parte Contratante su intención de someter la solicitud de arbitraje (‘notificación de intención’), el inversionista contendiente podrá someter la ‘solicitud de arbitraje’. En la notificación deberá especificarse el nombre y la dirección del inversionista reclamante, las disposiciones del Acuerdo que considera vulneradas, los hechos y el valor estimado de los perjuicios y compensaciones”). Ver también **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, p. 233 (“La notificación de intención y el requisito de un período de espera de seis meses antes de la presentación de la solicitud de arbitraje es de gran relevancia porque contiene elementos clave que permiten a las partes contendientes entablar discusiones de fondo sobre el acuerdo o prepararse adecuadamente para el inminente arbitraje”). (traducción del inglés).

⁶²³ **Ap. RL-209**, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, ¶ 120 (traducción del inglés; énfasis añadido).

medidas y de perseguir cualquier intento de desactivar la reclamación. Esto sería difícilmente compatible con las exigencias de la buena fe conforme al derecho internacional y podría incluso tener un efecto adverso sobre el derecho de la Demandada a una defensa adecuada. Por lo tanto, incluso si se concluyera que las reclamaciones de Merrill & Ring y de Georgia Basin son similares, el cumplimiento de las disposiciones mencionadas anteriormente aún debería satisfacerse".⁶²⁴

- *Murphy c. Ecuador*: "A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales 'una regla procesal' o una etapa 'de naturaleza no obligatoria y procesal' que el interesado pueda satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI. . . . Con fundamento en lo expresado anteriormente, el Tribunal llega a la conclusión de que Murphy International incumplió las exigencias del artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América; que esa omisión constituye un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, este Tribunal carece de competencia para conocer de este proceso".⁶²⁵

⁶²⁴ **Ap. RL-210**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1 (TLCAN), Decisión sobre una Solicitud para Incorporar a una Nueva Parte, 31 de enero de 2008, ¶¶ 29-30 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-70**, *Cargill*, ¶ 160 ("El demandante también debe cursar una notificación preliminar en virtud del Artículo 1119, así como cumplir la condición previa relativa al consentimiento y, cuando corresponda, a la renuncia, en virtud del Artículo 1121. El consentimiento del demandado deberá cumplir los requisitos estipulados en el Artículo 1122"); **Ap. RL-211**, *Canfor Corporation c. Estados Unidos de América (Consolidated)*, CNUDMI (TLCAN), Decisión sobre Cuestiones Preliminares, 6 de junio de 2006, ¶ 171 ("En primer lugar, la mera afirmación de un demandante de que un tribunal es competente no establece por sí misma la competencia. Es el tribunal el que debe decidir si se cumplen los requisitos jurisdiccionales. En segundo lugar, al hacer esa determinación, el tribunal debe interpretar y aplicar las disposiciones jurisdiccionales, incluidas las disposiciones procesales del TLCAN relacionadas con ellas, es decir, si se cumplen los requisitos del Artículo 1101; si un inversionista demandante ha presentado una reclamación de conformidad con el Artículo 1116 o 1117; y si se cumplen todas las condiciones previas y las formalidades previstas en los Artículos 1118-1121"). (traducción del inglés); **Ap. RL-212**, *William R. Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 17 de marzo de 2015, ¶¶ 228-229.

⁶²⁵ **Ap. RL-213**, *Murphy Exploration y Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, ¶¶ 149, 157 (énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-214**, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, ¶ 88 ("Este requisito es, en opinión del Tribunal, en gran medida jurisdiccional. El incumplimiento de este requisito daría lugar a que se determine

317. Curiosamente, esta también ha sido la postura defendida por la firma de abogados de los Demandantes en el caso *B-Mex c. México* en el que representaban a México.⁶²⁶ Aquel caso había sido iniciado por 39 demandantes, pero la notificación de intención bajo el TLCAN en mayo de 2014 había sido entregada únicamente por 8 de esos demandantes. En septiembre de 2016, luego que la notificación de arbitraje fuera presentada y registrada, 31 demandantes adicionales fueron incorporados en una notificación de intención modificada. La firma de abogados de los Demandantes – representando a México – argumentó que el incumplimiento del requisito de entrega de una notificación de intención previo al sometimiento de la reclamación a arbitraje implicaba que dicho sometimiento fuese “nulo *ab initio*”, y también conllevaba la inexistencia de un consentimiento en los términos del TLCAN.⁶²⁷ El árbitro designado por México – el Profesor Vinuesa – coincidió con esta postura, afirmando que el requisito de la entrega previa de una notificación de intención era un requisito jurisdiccional, y que la omisión de 31 de los demandantes en entregar una notificación de intención privaba al tribunal de competencia sobre esos demandantes.⁶²⁸ En su opinión, el Profesor Vinuesa señaló en forma concluyente:

En conclusión, es imprescindible la existencia de una notificación de intención que defina la existencia misma de un inversor reclamante. Este es un requisito inexcusable para identificar no solo al demandante sino a la propia controversia alegada. . . . La existencia de la notificación de intención por

la falta de competencia”..) (traducción del inglés); **Ap. RL-215**, *Generation Ukraine Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo, 16 de septiembre de 2016, ¶ 14.3.

⁶²⁶ **Ap. RL-216**, *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3 (TLCAN), Laudo Parcial, 19 de julio de 2019 (“*B-Mex Laudo Parcial*”), ¶ 3.

⁶²⁷ *Id.*, ¶¶ 41, 63, 70, 118, 134.

⁶²⁸ **Ap. RL-217**, *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3 (TLCAN), Opinión Disidente Parcial del Árbitro Raúl E. Vinuesa, 6 de julio de 2019 (“*B-Mex Opinión Vinuesa*”), ¶¶ 14, 84-88, 92-93.

parte del inversor hace a la jurisdicción del Tribunal. . . . [N]o se ha citado un solo caso que permitiera acceso al arbitraje a un inversor que no estuviera identificado en una notificación de intención. . . . La identificación de todo demandante a través de la notificación de intención es el requisito que indefectiblemente debe cumplirse para que se otorgue jurisdicción.⁶²⁹

318. Por todo lo expuesto, la falta de entrega de las notificaciones de intención conlleva la falta de competencia *ratione voluntatis* del Tribunal sobre las reclamaciones de los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants por incumplimiento del requisito explícito del Artículo 10.16.2 del Tratado.

IV.

Los Demandantes Han Elegido Definitivamente Someter la Reclamación por Violación de Trato Justo y Equitativo a los Tribunales Colombianos

319. Los Demandantes no pueden someter a arbitraje bajo el Tratado la reclamación por una supuesta violación de la obligación de TJE del Tratado porque han elegido, en forma definitiva, someter dicha reclamación ante los tribunales colombianos.

320. El Anexo 10-G del Tratado establece expresamente que una reclamación que Colombia ha violado una obligación sustantiva del Tratado no puede someterse a un arbitraje bajo el Tratado si el inversionista estadounidense ya ha alegado la violación en un procedimiento judicial o administrativo en Colombia, pues esa elección es considerada definitiva a partir de ese momento:

⁶²⁹ *Id.*, ¶¶ 92-93 (énfasis añadido). En el presente caso, los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants ni siquiera han atinado a entregar una notificación de intención con posterioridad a la presentación de su Notificación de Arbitraje o han intentado modificar la Notificación de Intención que fue originalmente presentada únicamente por FPJVC, por lo que el incumplimiento de este requisito jurisdiccional es aún más evidente, y no ha sido subsanado a la fecha.

1. Un inversionista de los Estados Unidos no puede someter a arbitraje bajo la Sección B una reclamación de que una Parte ha violado una obligación de la Sección A:

(a) por su propia cuenta, según el Artículo 10.16.1(a); o

(b) por cuenta de una empresa de la Parte distinta a los Estados Unidos que es una persona jurídica que el inversionista posee o controla directa o indirectamente, según el Artículo 10.16.1(b),

si el inversionista o la empresa, respectivamente ha alegado, la violación de una obligación de la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de dicha Parte.

2. 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.⁶³⁰

321. Esta condición constituye una clara limitación al consentimiento otorgado por Colombia para el sometimiento a arbitraje de reclamaciones por violaciones de obligaciones sustantivas del Tratado. Conforme al Artículo 10.17.1 del Tratado, Colombia solo consintió “en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección [B] y de conformidad con este [Tratado]”.⁶³¹ En el Artículo 10.18 y en el Anexo 10-G, las Partes Contratantes expresamente establecieron ciertas condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes Contratantes.⁶³² Ello implica que Colombia no ha consentido en someter a arbitraje una reclamación en la que un inversionista estadounidense haya alegado la violación de una obligación sustantiva del Tratado ante un tribunal judicial colombiano, como ocurrió en este caso.

⁶³⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Anexo 10-G (énfasis añadido).

⁶³¹ *Id.*, Artículo 10.17.1.

⁶³² *Id.*, Artículo 10.18 y Anexo 10-G.

322. A diferencia de otras disposiciones de *electa una via* (incluso de aquella contenida en el Artículo 10.18.4 del Tratado para los supuestos de violaciones de una autorización de inversión o un acuerdo de inversión), el Anexo 10-G del Tratado no requiere que se haya sometido la misma violación alegada ante el tribunal judicial o administrativo,⁶³³ sino simplemente que se haya alegado la violación de una obligación sustantiva del Tratado en un procedimiento judicial o administrativo local.⁶³⁴

323. Ello es precisamente lo que ha ocurrido en este caso. En la primera de las acciones de tutela que iniciaron ante la justicia colombiana,⁶³⁵ Foster Wheeler y Process Consultants alegaron que en el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal se

⁶³³ Ver, en contraposición, *id.*, Artículo 10.18.4 (que requiere para los supuestos de una reclamación por una violación de un acuerdo de inversión o una autorización de inversión que el demandante no haya “sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o corte del demandado, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante”).

⁶³⁴ Ver Ap. RL-121, K. Vandevelde, U.S. INVESTMENT AGREEMENTS, p. 666 (“El APC con Chile difiere sustancialmente del modelo de [Estados Unidos de] 2004 en la relación entre recursos locales y arbitraje inversionista-estado. El APC con Chile incluye el Anexo 10-E, que no tiene equivalente en el modelo de 2004. El párrafo 1 del Anexo 10-E prevé que una reclamación por violación de una obligación no puede ser sometida a arbitraje por un inversionista estadounidense bajo la cláusula de resolución de disputas inversionista-Estado si el inversionista o la empresa ha ‘alegado esa violación’ en un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo de Chile. Para enfatizar aún más este punto, el párrafo 2 indica que ‘para mayor certeza’, si un inversionista somete una reclamación ‘del tipo descrito en este Anexo’ ante un tribunal judicial o administrativo de Chile, ‘esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje’ bajo la cláusula de resolución de disputas inversionista-Estado. La frase ‘para mayor certeza’ indica que el párrafo 2 no tiene la intención de añadir una restricción adicional al derecho del inversionista de someter una reclamación a arbitraje, sino simplemente clarificar el alcance de la restricción establecida en el párrafo 1. Así, Chile quiso asegurarse que una reclamación en su contra no podría ser sometida a arbitraje inversionista-Estado si ya había sido sometida a recursos locales, mientras que los Estados Unidos quiso adherirse al enfoque incorporado en el modelo de 2004 bajo el cual una reclamación sometida a recursos locales podría someterse a arbitraje siempre y cuando los recursos locales fueran discontinuados. El TBI con Uruguay, los APCs con Colombia y Perú y el CAFTA-RD son similares al APC con Chile en este aspecto”), p. 676 (“Una diferencia importante entre el APC con Colombia y el modelo de 2004 es que, conforme al párrafo 1 del Anexo 10-G del APC con Colombia, un inversionista de los Estados Unidos no puede someter una reclamación a arbitraje inversionista-Estado alegando una violación de la Sección A del capítulo de inversiones si el inversionista, o la empresa en cuyo nombre el inversionista presenta la reclamación, ha alegado esa violación ante los tribunales judiciales o administrativos de Colombia. El párrafo 2 del anexo reafirma, ‘para mayor certeza’ que el sometimiento de una reclamación a los recursos locales del Estado receptor será definitiva y que la reclamación no puede luego someterse a arbitraje inversionista-Estado. El TBI con Uruguay, el CAFTA-RD y el APC con Chile son similares”). (traducción del inglés).

⁶³⁵ Ver ¶ 136, n. 284, *supra*.

estaban violando sus derechos al debido proceso, y específicamente alegaron que el debido proceso era un elemento de la obligación de TJE bajo el Tratado. Conforme al Anexo 10-G del Tratado, esa alegación en un procedimiento local de violación del debido proceso – que según los propios Foster Wheeler y Process Consultants es una obligación de Colombia bajo el estándar de TJE del Tratado – les impide ahora a los Demandantes someter esa misma reclamación ante este Tribunal.

324. En la acción de tutela ante los tribunales colombianos, los Demandantes manifestaron lo siguiente:

Los miembros del FPJVC son inversionistas conforme a los términos del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América (el “Tratado”) y su trabajo en el Proyecto corresponde a una inversión cubierta/protegida bajo el alcance del Tratado. En consecuencia, la República de Colombia está obligada bajo el Tratado a dar “trato justo y equitativo” a FPJVC de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.

Uno de los principios fundantes de dicho estándar internacional es que al demandado o imputado debe garantizársele el debido proceso en todos los procesos administrativos o judiciales. Dicho principio es completamente coherente con los principios constitucionales invocados en esta acción de tutela, lo que fortalece la presente solicitud de amparo.⁶³⁶

325. Como se desprende del párrafo anterior, en la acción de tutela, Foster Wheeler y Process Consultants alegaron que se violó el debido proceso en el marco del

⁶³⁶ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 7-8 (énfasis añadido). Foster Wheeler y Process Consultants también manifestaron que “se reserva[ban] expresamente todos sus derechos bajo el Tratado”. *Id.*, p. 8. Sin embargo, esa “reserva” es inefectiva ya que, conforme a los propios términos del Anexo 10-G del Tratado, el hecho que se alegue una violación de una obligación sustantiva del Tratado conlleva una elección definitiva, independientemente de que exista o no una reserva.

Proceso de Responsabilidad Fiscal, que no es solo un principio constitucional bajo el derecho colombiano, sino también parte de la obligación de TJE bajo el Tratado.

326. Las alegaciones de Foster Wheeler y Process Consultants en la acción de tutela por supuestas violaciones del debido proceso como elemento del TJE se alinean perfectamente con las alegaciones por violación del TJE en este Arbitraje:⁶³⁷

Acción de Tutela 2018	Notificación de Arbitraje ⁶³⁸
La CGR carece de competencia para llevar a cabo un proceso de responsabilidad fiscal en contra de Foster Wheeler y Process Consultants, dado que estos no tienen la condición de gestores fiscales. ⁶³⁹	Colombia – a través de la CGR – aplicó incorrectamente la ley colombiana al iniciar el proceso de responsabilidad fiscal contra Foster Wheeler y Process Consultants concluyendo que eran gestores fiscales. ⁶⁴⁰
La CGR carece de competencia para llevar a cabo un proceso de responsabilidad fiscal en contra de Foster Wheeler y Process Consultants, ya que los cargos consisten en incumplimientos contractuales, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ⁶⁴¹	Colombia frustró las expectativas legítimas de FPJVC porque al iniciar el proceso de responsabilidad fiscal no respetó el derecho contractual de FPJVC de [REDACTED] [REDACTED]. ⁶⁴²

⁶³⁷ Las alegaciones de los Demandantes en la Acción de Tutela 2018 también se superponen con supuestas violaciones de otras obligaciones del Tratado que han planteado en este Arbitraje como incumplimientos de Colombia de las obligaciones de no expropiación y trato de NMF. Ver Notificación de Arbitraje, ¶¶ 179, 184, 197, 203; **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 9, 58-88.

⁶³⁸ Ver ¶ 145, *supra*.

⁶³⁹ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 9, 58-66.

⁶⁴⁰ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 111-121.

⁶⁴¹ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 9, 66-69.

⁶⁴² Notificación de Arbitraje, ¶ 173.

Acción de Tutela 2018	Notificación de Arbitraje ⁶³⁸
La CGR viola el principio constitucional de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado al llevar a cabo el proceso de responsabilidad fiscal sin considerar las actuaciones de otros órganos estatales en relación con el proyecto. ⁶⁴³	Colombia – a través de la CGR – aplicó incorrectamente la ley colombiana ya que inició el proceso de responsabilidad fiscal cuando [REDACTED], violando el principio constitucional de colaboración armónica. ⁶⁴⁴
La CGR incumplió su deber de motivar el auto de apertura y el auto de imputación, lo cual impide a Foster Wheeler y Process Consultants el ejercicio de una defensa técnica. ⁶⁴⁵ La falta de motivación consiste en que el auto de imputación no contiene de manera clara y concreta los elementos de la responsabilidad fiscal.	Colombia – a través de la CGR – aplicó incorrectamente la ley colombiana al no identificar los elementos de la responsabilidad fiscal en el proceso de responsabilidad fiscal en contra Foster Wheeler y Process Consultants. ⁶⁴⁶
El auto de imputación tiene una extensión de 4.751 páginas y consideraciones técnicas extensas. En consecuencia, el término de 10 días concedido para solicitar y aportar pruebas es insuficiente e irrazonable para garantizar el ejercicio pleno del derecho de defensa y contradicción de Foster Wheeler y Process Consultants. ⁶⁴⁷	Colombia – a través de la CGR – violó el debido proceso de Foster Wheeler y Process Consultants al concederles un término inicial de 10 días – finalmente ampliado a cuatro meses – para presentar sus argumentos y aportar pruebas. ⁶⁴⁸

327. Los Demandantes eligieron libremente iniciar una acción de tutela ante la justicia colombiana, alegando no solo la violación del debido proceso como derecho fundamental bajo la ley colombiana, sino también del debido proceso como parte de la

⁶⁴³ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 9, 69-76.

⁶⁴⁴ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 132-137.

⁶⁴⁵ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 9, 82-83.

⁶⁴⁶ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 122-126.

⁶⁴⁷ **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 9, 83-88.

⁶⁴⁸ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 156-158.

obligación de TJE bajo el Tratado. Conforme a los términos del Anexo 10-G del Tratado, esa elección de los Demandantes es definitiva, y a partir de ese momento no pueden someter a arbitraje bajo el Tratado la reclamación sobre una supuesta violación de la obligación de TJE.

328. Por las razones expuestas, el Tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* para conocer sobre la reclamación de violación de la obligación de TJE del Tratado aquí sometida a arbitraje por los Demandantes.

V.

La Renuncia Efectuada por los Demandantes Es Inválida, por lo que No Existe un Consentimiento Para Someter Su Reclamación a Arbitraje Bajo el Tratado

329. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes no efectuaron una renuncia efectiva de su derecho a iniciar o continuar actuaciones respecto a la medida que alegan que ha constituido una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado, por lo que no pueden someter su reclamación a arbitraje ante este Tribunal.

330. El Artículo 10.18 del Tratado – titulado “Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes” – establece, entre otros requisitos, que no podrá someterse una reclamación a arbitraje a menos que la notificación de arbitraje esté acompañada de una renuncia escrita del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje:

Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

La notificación de arbitraje esté acompañada,

- (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y
- (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b).

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.⁶⁴⁹

331. Así, el consentimiento mismo de las Partes Contratantes a arbitraje bajo el Tratado se encuentra condicionado al cumplimiento de ciertos prerequisites, incluyendo el otorgamiento por el demandante de una renuncia a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte cualquier actuación respecto a cualquier medida que se alegue haber constituido una violación del Tratado. Únicamente una renuncia en los términos del Artículo 10.18.2(b) es una renuncia efectiva a los fines del Tratado, capaz de perfeccionar la oferta de consentimiento de las Partes Contratantes. El claro objetivo de esta condición es evitar que la misma reclamación sea escuchada simultáneamente por varios tribunales locales e internacionales.

332. El tribunal en el caso *Renco c. Perú*, al analizar una disposición idéntica, confirmó que una renuncia efectiva es un prerequisite fundamental para la existencia de

⁶⁴⁹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.18.2(b) (énfasis añadido). La única excepción que prevé el Tratado es que “el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) y el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) pueden iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje”. *Id.*, Artículo 10.18.3. Como se explicará a continuación, ni las actuaciones de Foster Wheeler y Process Consultants en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, ni las acciones de tutela interpuestas ante los tribunales colombianos, pueden calificar como “medidas cautelares” y por lo tanto no se encuentran dentro del marco de la excepción prevista por el Artículo 10.18.3 del Tratado. Ver n. 666, *infra*.

un acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, para la competencia misma de un tribunal arbitral bajo el Tratado:

[E]l cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye una condición y una limitación respecto del consentimiento de Perú para someterse a arbitraje. El Artículo 10.18(2) contiene los términos respecto de los cuales la oferta de arbitraje no negociable de Perú es pasible de ser aceptada por un inversionista. Por consiguiente, el cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye un prerequisite fundamental para la existencia de un acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, para la jurisdicción del Tribunal . . .

[L]a renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del Tribunal.⁶⁵⁰

333. En *Renco*, el inversionista presentó su notificación de arbitraje incluyendo una renuncia con reservas, que fue replicada en su segunda notificación de arbitraje⁶⁵¹.

⁶⁵⁰ **Ap. RL-218**, *The Renco Group Inc. c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1 (APC Perú-EE.UU.), Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 ("*Renco*"), ¶¶ 73, 138 (énfasis añadido). Ver también *id.*, ¶ 158 ("En virtud del Artículo 10.18, la presentación de una renuncia válida constituye una condición y limitación del consentimiento de Perú al arbitraje. Ello representa una condición previa a la existencia inicial de un acuerdo de arbitraje válido y, en tal carácter, conlleva a una clara cuestión temporal: si no se presenta una renuncia válida junto con la notificación de arbitraje, la oferta de arbitraje de Perú no ha sido aceptada; no existe un acuerdo de arbitraje; y el Tribunal carece de toda autoridad").; **Ap. RL-219**, *The Renco Group Inc. c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1 (APC Perú-EE.UU.), Segunda Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015 ("*Segunda Presentación de EE.UU. en Renco*"), ¶ 9; **Ap. RL-220**, *The Renco Group Inc. c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1 (APC Perú-EE.UU.), Tercera Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de octubre de 2015 ("*Tercera Presentación de EE.UU. en Renco*"), ¶ 6 ("El consentimiento de un Estado al arbitraje es primordial. En este caso, el Artículo 10.18 se titula 'Condiciones y Limitaciones al Consentimiento de las Partes' para reforzar el punto de que los requisitos que siguen, incluido el de la renuncia, deben ser cumplidos por el demandante para obtener el consentimiento del Estado demandado para el arbitraje".) (traducción del inglés); **Ap. RL-221**, *Waste Management c. Estado Unidos Mexicanos I*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (TLCAN), Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000 (*Waste Management I*), § 18; **Ap. RL-222**, *Detroit International Bridge Co. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-25 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015, ¶¶ 291, 336-337; **Ap. RL-223**, *Commerce Group Corp y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17 (DR-CAFTA), Laudo, 14 de marzo de 2011 ("*Commerce Group*"), ¶¶ 79-80; **Ap. RL-224**, *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23 (DR-CAFTA), Decisión sobre la Objeción a la Jurisdicción bajo el Artículo 10.20.5 de CAFTA, 17 de noviembre de 2008 ("*Railroad Development*"), ¶ 56.

⁶⁵¹ En *Renco*, el inversionista primero presentó reclamaciones en nombre propio y en representación de su empresa local mediante una notificación de arbitraje de fecha 4 de abril de 2011. Luego, el inversionista retiró la reclamación entablada en representación de su empresa local a través de una segunda notificación de arbitraje de fecha 9 de agosto de 2011. La renuncia contenida en la segunda notificación de arbitraje

Frente a las objeciones de Perú, el inversionista sostuvo que “la reserva de derechos es básicamente una disposición ‘de seguridad’ como las que se incluyen con frecuencia en los documentos jurídicos” y que “no debería tener efecto alguno en la validez de su renuncia”.⁶⁵² Sin embargo, el tribunal rechazó la postura de Renco y advirtió que las reservas realizadas por el inversionista no estaban permitidas por los propios términos del Artículo 10.18.2(b) del APC Perú-EE.UU. (que es idéntico al Artículo 10.18.2(b) del Tratado).⁶⁵³ En este sentido, el tribunal concluyó que:

[L]as reiteradas referencias a la palabra “cualquier” en el Artículo 10.18 demuestra que la renuncia del inversionista debe ser abarcativa: no se permiten las renunciaciones calificadas de cualquier forma. . . .

[E]sta redacción debe ser interpretada en el sentido de exigir que el inversionista renuncie, de forma definitiva e irrevocable, a todos los derechos de procurar la interposición de reclamaciones ante un tribunal o corte local. . . .

Por los motivos expresados *supra* . . . Renco no ha dado cumplimiento al requisito formal del Artículo 10.18(2)(b) al incluir la reserva de derechos en la renuncia . . . ya que:

de fecha 9 de agosto de 2011 quitó las referencias a la empresa local y quedó redactada de la siguiente manera: “Finalmente, conforme al Artículo 10.18(2) del Tratado, Renco renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 10.16, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial de Perú. En la medida en que el Tribunal no admita la consideración de alguna reclamación formulada en la presente en base a la jurisdicción o admisibilidad, la Demandante se reserva el derecho de interponer tales reclamaciones en otro foro para su solución en base al fondo del litigio” (énfasis omitido). **Ap. RL-218**, *Renco*, ¶ 58.

⁶⁵² **Ap. RL-218**, *Renco*, ¶ 108.

⁶⁵³ *Id.*, ¶ 81. Ver *id.*, ¶ 78 (citando al Artículo 10.18.2(b) del APC Perú-EE.UU., que es idéntico al Artículo 10.18.2(b) del Tratado, y que requiere, para proceder con un arbitraje bajo ese tratado, la presentación de una renuncia por escrito “de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”.) (énfasis omitido).

(a) La reserva de derechos no está permitida por los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b);

(b) La reserva de derechos menoscaba el objeto y el propósito del Artículo 10.18(2)(b);

(c) La reserva de derechos es incompatible con la estructura “sin vuelta atrás” del Artículo 10.18(2)(b); y

(d) La reserva de derechos no es superflua.⁶⁵⁴

334. Además del otorgamiento de una renuncia formal en los términos exactos del Artículo 10.18.2(b) del Tratado, el demandante debe actuar en forma consecuente con dicha renuncia para que esta sea verdaderamente efectiva. Es decir, la renuncia debe ser también sustancial. Tal como sostuvo el tribunal de *Renco*:

No existe discusión respecto a que las disposiciones del Artículo 10.18(2)(b) en virtud de la renuncia incluyen dos requisitos diferentes: un requisito formal (la presentación de una renuncia formulada por escrito que cumpla con los términos del Artículo 10.18(2)(b)) y un requisito sustancial (que el inversionista se abstenga de iniciar o continuar procedimientos locales que violen dicha renuncia escrita). . .

El cumplimiento de ambos elementos constituye una precondition para que Perú preste su consentimiento al arbitraje y para la existencia de un acuerdo de arbitraje válido.⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ *Id.*, ¶¶ 79, 95, 119 (énfasis añadido). Ver también *id.*, ¶ 99 (“La renuncia que dispone el Artículo 10.18(2)(b) tiene la intención de operar como una renuncia ‘definitiva’ de todos los derechos de incoar reclamaciones”).

⁶⁵⁵ *Id.*, ¶¶ 60, 135 (énfasis omitido). Ver también **Ap. RL-221**, *Waste Management I*, § 24 (“[E]l acto de renunciar conlleva una declaración de voluntad de la parte declarante que lógicamente implica un determinado comportamiento consecuente con la manifestación emitida. Efectivamente, esta declaración de voluntad debe concretarse en la intención o propósito con el que se dice o hace algo (conducta del declarante). Así pues, para que dicha voluntad alcance significado jurídico, no basta con que exista internamente. En cambio, debe ser expresada o manifestada, en este caso, a través de un texto escrito y de un determinado comportamiento del renunciante acorde con la declaración efectuada”). (traducción del inglés); **Ap. RL-121**, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 604 (“Sin embargo, una vez que se somete una reclamación a arbitraje en virtud del tratado, el inversionista (y la empresa si el inversionista ha presentado una reclamación en nombre de la empresa) debe abandonar cualquier otro procedimiento con respecto a la medida cuestionada y renunciar a su derecho a interponer otros recursos

335. En *Commerce Group c. El Salvador*, los demandantes presentaron una renuncia formal pero no discontinuaron los procedimientos locales en El Salvador, lo que llevó al tribunal en ese caso a considerar que su renuncia era inválida⁶⁵⁶ – no tenía efectividad – y, por lo tanto, no existía consentimiento para arbitrar la disputa.⁶⁵⁷ El tribunal sostuvo en términos concluyentes que “una renuncia debe ser más que sólo palabras; debe alcanzar el efecto pretendido”.⁶⁵⁸ Es decir, debe asegurar “materialmente de que no se ‘inicien’ o ‘continúen’ otros procedimientos legales”.⁶⁵⁹

336. En su presentación como parte no contendiente en el caso *Angel Seda c. Colombia*, al interpretar el Artículo 10.18.2(b) del Tratado, Estados Unidos ha destacado la importancia de la renuncia como condición del consentimiento al arbitraje, así como

con respecto a esa medida en el futuro. Cuando el demandante presenta la renuncia, pero luego no la cumple, se produce como efecto la invalidación de la renuncia, resultando en el incumplimiento del demandante de una de las condiciones en las que se basa la competencia del tribunal”.) (traducción del inglés). En el mismo sentido, en *Renco* el tribunal sostuvo que “la presentación de una renuncia que cumple con los requisitos formales (y la obligación sustancial de abstenerse de iniciar o continuar procedimientos ante un tribunal nacional) es una condición previa al ‘consentimiento’ del Estado a un arbitraje y a la jurisdicción del Tribunal”. **Ap. RL-218**, *Renco*, ¶ 142. Ver también **Ap. RL-221**, *Waste Management I*, § 20.

⁶⁵⁶ La renuncia de los demandantes en *Commerce Group* fue redactada de la siguiente manera: “[M]ediante la presente disposición, las Demandantes renuncian a sus derechos a iniciar o continuar todo procedimiento local con relación a toda medida que supuestamente constituya una violación a los fines de la presente Notificación de Arbitraje. Sin perjuicio de lo que antecede, conforme el Artículo 10.18.3 del CAFTA, las Demandantes se reservan el derecho a iniciar o continuar procedimientos por medidas cautelares que no involucren el pago de indemnizaciones por daños y perjuicios ante tribunales administrativos o judiciales de la República de El Salvador, a los fines de preservar sus derechos durante el transcurso del arbitraje. Se adjuntan copias de la renuncia como Apéndice ‘A’ y Apéndice ‘B’”. Ver **Ap. RL-223**, *Commerce Group*, ¶ 16.

⁶⁵⁷ **Ap. RL-223**, *Commerce Group*, ¶ 115. Cabe destacar que el Artículo 10.18 del DR-CAFTA es idéntico al Artículo 10.18 del Tratado. *Id.*, ¶ 114 (citando el Artículo 10.18 del DR-CAFTA).

⁶⁵⁸ *Id.*, ¶ 80.

⁶⁵⁹ *Id.*, ¶ 84. Ver también **Ap. RL-218**, *Renco*, ¶¶ 84-85; **Ap. RL-221**, *Waste Management I*, § 27; **Ap. RL-225**, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, ¶ 118; **Ap. RL-207**, *Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*, ¶ 36; **Ap. RL-206**, *Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*, ¶ 36; **Ap. RL-219**, *Segunda Presentación de EE.UU. en Renco*, ¶ 9 (“Como explicó el tribunal del caso *Commerce Group* ... ‘[una] renuncia debe ser más que sólo palabras; debe alcanzar el efecto pretendido’. Por lo tanto, si un demandante inicia o continúa un procedimiento con respecto a la(s) medida(s) en otro foro a pesar de cumplir con los requisitos formales de presentar una renuncia, el demandante no ha cumplido con el requisito de renuncia, y el tribunal carece de jurisdicción sobre la controversia”). (traducción del inglés).

también la necesidad del cumplimiento de los requisitos formales y materiales para que esa renuncia sea válida y efectiva:

El cumplimiento del Artículo 10.18.2(b) [del Tratado] conlleva requisitos formales y materiales. En cuanto a los requisitos formales, la renuncia debe hacerse por escrito y ser “clara, explícita y categórica”. Esta debe renunciar a cualquier derecho a iniciar o continuar cualquier acción con respecto a las medidas impugnadas en el arbitraje, excluyendo una “medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje”. Como la renuncia escrita debe “acompañar” a la Notificación de Arbitraje, debe presentarse al mismo tiempo que la Notificación de Arbitraje.

En cuanto a los requisitos materiales, el demandante debe actuar de manera consistente y concurrente con la renuncia escrita, absteniéndose de iniciar o continuar un procedimiento en otro foro con respecto a las medidas que supuestamente constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Capítulo Diez a partir de la fecha de la renuncia y posteriormente. . . .

[S]i un demandante inicia o continúa el procedimiento con respecto a la medida en otro foro a pesar de cumplir con los requisitos formales de presentar una renuncia, el demandante no ha cumplido con el requisito de la renuncia, y el tribunal carece de competencia sobre la controversia.

El Artículo 10.18.2(b) exige que la renuncia del demandante abarque “cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16”. La frase ‘respecto de’ debe interpretarse de forma amplia. Esta interpretación de la frase es coherente con el propósito de esta disposición de renuncia: evitar que un Estado demandado tenga que litigar en procedimientos concurrentes y superpuestos en múltiples foros, y minimizar no sólo el riesgo de doble reparación, sino también el riesgo de “resultados contradictorios (y, por lo tanto, inseguridad jurídica)”.

Si no se cumplen todos los requisitos formales y materiales del Artículo 10.18.2(b), la renuncia es ineficaz y no

comprometerá el consentimiento del Estado demandado al arbitraje ni la competencia del Tribunal *ab initio* en virtud del [Tratado].⁶⁶⁰

337. En este caso, la renuncia de los Demandantes no satisface ni los requisitos formales ni tampoco los materiales, lo cual priva al Tribunal de competencia sobre su reclamación. Al presentar su Notificación de Arbitraje, los Demandantes efectuaron su “renuncia” en los siguientes términos:

Los Demandantes renuncian a sus derechos “a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16” del [Tratado]. Para despejar cualquier duda, esta renuncia es sin perjuicio del derecho de los Demandantes a defenderse en el procedimiento de responsabilidad fiscal y en cualquier procedimiento relacionado, incluyendo cualquier apelación, y a iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo de Colombia, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses de los Demandantes mientras continúe la tramitación de este arbitraje.⁶⁶¹

⁶⁶⁰ **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶¶ 9-13 (traducción del inglés). Esta misma posición ha sido mantenida por Estados Unidos en sus presentaciones como parte no contendiente en varios casos de inversión que involucraban disposiciones de renuncia idénticas o similares a la contenida en el Tratado. Ver **Ap. RL-207**, *Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*, ¶¶ 32-38; **Ap. RL-206**, *Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*, ¶¶ 32-38; **Ap. RL-219**, *Segunda Presentación de EE.UU. en Renco*, ¶¶ 5-10; **Ap. RL-220**, *Tercera Presentación de EE.UU. en Renco*, ¶¶ 6, 8; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶¶ 10-17; **Ap. RL-64**, *Presentación de EE.UU. en Corona*, ¶ 9; **Ap. RL-226**, *KBR, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/14/1 (TLCAN), *Presentación de los Estados Unidos de América*, 14 de febrero de 2014, ¶¶ 2-3; **Ap. RL-227**, *Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-25 (TLCAN), *Presentación de los Estados Unidos de América*, 14 de julio de 2008, ¶¶ 4-7. Ver también **Ap. RL-219**, *Segunda Presentación de EE.UU. en Renco*, ¶ 16 (“[U]n tribunal no puede subsanar una renuncia ineficaz. En consecuencia, una demanda puede ser presentada, y el arbitraje comenzar correctamente, sólo si un demandante presenta una renuncia efectiva.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-220**, *Tercera Presentación de EE.UU. en Renco*, ¶¶ 4-5; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 15, n. 23; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 17.

⁶⁶¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 25 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. C-3**, *Power of Attorney, Waiver, and Authorization to Commence Arbitration*, Waiver (“De conformidad con el Artículo

338. La renuncia de los Demandantes no es una renuncia válida y efectiva en los términos del Artículo 10.18.2(b) del Tratado porque contiene una reserva de derechos que no sólo no está permitida, sino que vacía todo el contenido de la supuesta renuncia.

339. Conforme surge del texto de su renuncia, los Demandantes se han reservado el derecho de continuar defendiéndose en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y en cualquier “procedimiento relacionado”, incluyendo la interposición de cualquier apelación. De esta manera, los Demandantes buscan continuar actuando en todos los procedimientos administrativos y judiciales locales donde se discuten las medidas que supuestamente alegan que constituyen violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado (*i.e.*, el inicio y trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal y la emisión del Auto de Imputación), y a la vez proseguir el presente Arbitraje. Dicho de otro modo, la “renuncia” de los Demandantes no es una verdadera renuncia a “iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación” de las obligaciones sustantivas del Tratado, como exige el Artículo 10.18.2(b).⁶⁶²

10.18 del [Tratado], Foster Wheeler, Process Consultants y FPJVC renuncian a sus derechos respectivos y colectivos ‘a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16’ del [Tratado]. Cada una de ellas se reserva, respectiva y colectivamente, el derecho a continuar defendiéndose de forma concurrente en el procedimiento de responsabilidad fiscal y en cualquier procedimiento relacionado, incluyendo cualquier apelación, y a iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo de Colombia, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar sus derechos e intereses mientras continúe la tramitación de este arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁶⁶² **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.18.2(b).

340. Asimismo, más allá de los términos formales de su renuncia, Foster Wheeler y Process Consultants no han dado cumplimiento en forma efectiva y sustancial a la renuncia que efectuaron. No solo han continuado participando activamente en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que los vincula, e incluso han apelado el Fallo con Responsabilidad Fiscal ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR, sino que además – con posterioridad a la presentación de su Notificación de Arbitraje – han iniciado dos acciones de tutela adicionales ante tribunales judiciales colombianos por supuestas violaciones al debido proceso en el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁶⁶³

341. Resulta importante destacar que el Tratado no exige que los Demandantes abandonen todas sus actuaciones ante tribunales administrativos y judiciales colombianos, pero sí lo exige si los Demandantes quieren someter una reclamación a arbitraje bajo el Tratado por violaciones de sus obligaciones sustantivas – ese es justamente el fundamento de la estructura “sin vuelta atrás” (“*no U-turn*”) que prevé el Tratado.⁶⁶⁴ Los Demandantes podrían (y deberían) haber esperado obtener una decisión

⁶⁶³ **Ap. R-84**, Acción de Tutela 2021-A; **Ap. R-87**, Acción de Tutela 2021-B. Ver ¶ 159, nn. 327, 345, *supra*.

⁶⁶⁴ Ver por ejemplo **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 8 (“Al igual que las disposiciones que se encuentran en muchos de los acuerdos internacionales de inversión de Estados Unidos, el Artículo 10.18.2(b) [del Tratado] es una disposición de renuncia ‘sin vuelta atrás’ [*‘no U-turn’*], que permite a los demandantes optar por seguir cualquier *procedimiento* (incluso en los tribunales nacionales) sin renunciar a su derecho a hacer valer una reclamación posterior a través del arbitraje en virtud del Acuerdo, sujeto al cumplimiento del período de prescripción de tres años para las reclamaciones en virtud del Artículo 10.18.1. Sin embargo, el Artículo 10.18.2(b) aclara que, como condición previa al sometimiento de una reclamación a arbitraje en virtud del Acuerdo, el demandante debe presentar una renuncia efectiva junto con su notificación de arbitraje. La fecha en que la demanda ha sido sometida a arbitraje a los efectos del Artículo 10.18.1 es, por lo tanto, la fecha de presentación de una renuncia efectiva, suponiendo que se hayan cumplido todos los demás requisitos procesales pertinentes.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-140**, B. Sabahi y otros, *INVESTOR-STATE ARBITRATION*, ¶ 14.11 (“Tanto las disposiciones de renuncia como las verdaderas cláusulas de *electa una via* son principalmente diseñadas para prevenir procedimientos de resolución de disputas duplicativos, los que son vistos como potencialmente abusivos e injustos para el estado receptor.”), ¶ 14.27 (“Un tribunal interpretando tal disposición [de renuncia] no tiene que aplicar el llamado *test* de triple identidad; solo necesita indagar si la misma medida es la base tanto de las reclamaciones internacionales como de las domésticas. Una vez que eso se establece, la competencia arbitral existe solo si el inversionista ha renunciado a su derecho a los recursos locales. El inversionista debe renunciar a sus derechos a iniciar o continuar procedimientos locales aún si las reclamaciones

final en los tribunales colombianos para luego someter su reclamación a un arbitraje bajo el Tratado.⁶⁶⁵ Sin embargo, lo que el Tratado no permite es que los Demandantes continúen sus actuaciones ante los tribunales administrativos y judiciales colombianos y, al mismo tiempo, sometan una reclamación a arbitraje ante este Tribunal respecto de las mismas medidas que alegan que han constituido una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado.

342. La renuncia con reservas de los Demandantes y sus actuaciones a nivel doméstico frustran por completo el objetivo buscado por el Artículo 10.18.2(b) del Tratado: evitar que la misma reclamación sea escuchada simultáneamente por varios tribunales locales e internacionales. Foster Wheeler y Process Consultants pretenden continuar con sus actuaciones ante los tribunales administrativos y judiciales de Colombia, y al mismo tiempo proseguir este Arbitraje en el que efectúan esencialmente los mismos reclamos.⁶⁶⁶ En fin, lo que los Demandantes buscan al iniciar este Arbitraje es obtener lo mejor de dos mundos o, dicho de otro modo, buscar dos mordidas de la manzana, que es precisamente lo que el Tratado quiere evitar al condicionar el consentimiento al arbitraje a que se efectúe una renuncia al inicio o continuación de las actuaciones ante tribunales administrativos y judiciales en Colombia. Los Demandantes

relativas a la media se encuentran basadas en violaciones de leyes diferentes (*i.e.*, violaciones del derecho local en contraposición a violaciones del derecho internacional”). (traducción del inglés).

⁶⁶⁵ Esto no hace más que confirmar que la presente reclamación es prematura. Ver ¶¶ 172-182, *supra*.

⁶⁶⁶ Sumado a ello, debe aclararse que ni el recurso de apelación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal ni las acciones de tutela presentadas por Foster Wheeler y Process Consultants ante los tribunales colombianos pueden ser calificados como “medidas cautelares” interpuestas para preservar los derechos e intereses de los Demandantes mientras continúe este procedimiento arbitral. El recurso de apelación busca dejar sin efecto el Fallo con Responsabilidad Fiscal, mientras que las acciones de tutela pretenden, por un lado, ampliar su derecho de contradicción de ciertos informes técnicos en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal y, por otro lado, ampliar el término para la presentación de un recurso de apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ninguna de esas tres actuaciones, de ser exitosa, tendría como efecto la preservación de los derechos de los Demandantes en tanto que se tramita este Arbitraje.

no pueden continuar interponiendo recursos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, ni tampoco presentar acciones de tutela ante los tribunales colombianos relacionadas con ese proceso, y al mismo tiempo proseguir este Arbitraje.⁶⁶⁷

343. Por las razones expuestas, debido a que los Demandantes no han efectuado una renuncia efectiva – tanto formal como sustancial – a iniciar o continuar sus actuaciones en procedimientos ante tribunales administrativos y judiciales colombianos respecto a la misma medida que alegan haber constituido una violación del Tratado, el Tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* para conocer sobre su reclamación.

CONCLUSIÓN

344. Por todo lo expuesto, el Demandado solicita respetuosamente a este Tribunal que: (1) haga lugar a la objeción preliminar del Artículo 10.20.4 del Tratado y desestime la reclamación sometida a arbitraje por los Demandantes; (2) se declare incompetente para conocer la presente reclamación y; (3) condene a los Demandantes al pago de la totalidad de los costos y gastos de este Arbitraje, incluido los honorarios profesionales de los abogados del Demandado, junto con los intereses correspondientes.

⁶⁶⁷ El hecho que los Demandantes no soliciten el pago de daños monetarios en sus actuaciones antes los tribunales administrativos y judiciales en Colombia no es óbice para que los Demandantes no puedan efectuar reservas respecto a esas actuaciones. Ver **Ap. RL-224, Railroad Development**, ¶ 53. (“El argumento de que el Demandante sólo busca el cumplimiento forzoso [de las obligaciones] en el marco de los arbitrajes locales es irrelevante a los efectos del Artículo 10.18 [del DR-CAFTA]. Las renunciaciones del Artículo 10.18.2 no se limitan a las reclamaciones por daños y perjuicios. También deben cubrir las reclamaciones que buscan el cumplimiento forzoso. Una lectura del Artículo 10.18.3 confirma este entendimiento. Este párrafo exceptúa de las renunciaciones a las acciones que soliciten una medida cautelar que no involucre el pago de daños monetarios y se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje. Esta excepción habría sido innecesaria si las renunciaciones del Artículo 10.18.2 se hubieran limitado a las reclamaciones por daños y perjuicios”). (traducción del inglés).

RESERVA DE DERECHOS

345. El Demandado se reserva el derecho de presentar las pruebas y argumentos adicionales que estime oportunos para complementar este Memorial, y de presentar objeciones a la competencia adicionales, así como también de responder a cualquier prueba o argumento presentado por los Demandantes.

Respetuosamente,





Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

Ana María Ordoñez Puentes
Elizabeth Prado López
Giovanny Vega Barbosa

*Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado*



Claudia Frutos-Peterson
Elisa Botero
Fernando Tupa
Juan Jorge
Maria Paulina Santacruz

*Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle
LLP*

Abogados del Demandado