
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

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

Demandantes

contra

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Demandado

Caso CIADI n°. ARB/19/34

DÚPLICA DE LOS DEMANDANTES SOBRE LAS OBJECIONES PRELIMINARES

11 de febrero de 2022

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	1
II. LOS HECHOS PERTINENTES A LAS OBJECIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR COLOMBIA.	8
A. Los Demandantes Invirtieron en Colombia	9
B. La CGR Inició un Proceso de Responsabilidad Fiscal sin Fundamentos contra los Demandantes	11
C. Los Demandantes Intentaron Proteger sus Derechos en Colombia.....	15
D. La CGR ha Comenzado las Acciones de Cobro.....	17
E. Los Presuntos Actos de las Afiliadas de los Demandantes Fuera de Colombia Son irrelevantes	19
III.LAS OBJECIONES PRELIMINARES DE COLOMBIA DEBEN DESESTIMARSE. 21	
A. Los Demandantes Han Planteado Reclamos Válidos y la Solicitud de Colombia Debe Ser Denegada.....	21
B. El Tribunal No Debe Basarse en las Presentaciones del Demandado sobre Partes No Contendientes	25
C. Colombia No Ha Probado Que Los Demandantes Carecen de Fundamentos.....	27
1. Colombia no ha probado que los Demandantes carecen de sustento para una reclamación de trato justo y equitativo	27
2. Colombia no ha probado que no existan fundamentos para la reclamación de trato nacional de los Demandantes.....	43
3. Colombia no ha probado que no existan fundamentos para la reclamación de tratamiento de nación más favorecida de los Demandantes.	49
4. Los Demandantes han establecido una reclamación por la violación de un acuerdo de inversión.....	55
5. Colombia no ha probado que no existan fundamentos para la reclamación de expropiación de los Demandantes	56
D. Las Objeciones de Colombia Sobre los Daños y Perjuicios de los Demandantes Deben Rechazarse	57
1. Los Demandantes han incurrido en daños y perjuicios	57
2. El Tribunal puede conceder el pago de daños y perjuicios morales.	62
3. El Tribunal puede conceder un laudo compensatorio.....	63
IV. EL TRIBUNAL TIENE COMPETENCIA PARA ENTENDER EN ESTA DISPUTA	64
A. Los Demandantes Han Efectuado Una Inversión Cubierta.....	65

B. FPJVC Es “Nacional de Otro Estado Contratante” conforme al Artículo 25 del Convenio CIADI	71
C. La Notificación de los Demandantes Fue Insuficiente.....	74
D. Los Demandantes No Presentaron su Reclamación de TJE a los Tribunales de Colombia.....	78
E. La Renuncia de los Demandantes es Válida	81
V. LOS DEMANDANTES TIENEN DERECHO A RECUPEAR LOS HONORARIOS DE ABOGADOS Y COSTAS.....	86
VI. PETITORIO	88

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con la Resolución Procesal n.º. 1, las Demandantes Amec Foster Wheeler Corporation (“**Foster Wheeler**”), Process Consultants, Inc. (“**PCI**”), y Joint Venture Foster Wheeler Corporation and Process Consultants., Inc. (“**FPJVC**”, y, en conjunto con, Foster Wheeler y PCI, “los **Demandantes**”) presentan esta Réplica sobre las Objeciones Preliminares (“la **Réplica**”) en respuesta a la Respuesta sobre las Objeciones Preliminares de la República de Colombia (“**Colombia**” o el “**Demandado**”) (“la **Respuesta**”).¹
2. Conforme al Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia (el “**APC**”), el Demandado tiene la carga de probar que las pretensiones “seguramente” no habrán de prosperar,² lo que incluye las objeciones sobre competencia y admisibilidad presentados por el Demandado,³ en tanto los Demandantes a esta altura solo deben argumentar *prima facie* las violaciones al acuerdo.⁴ Ninguna de las objeciones planteadas por Colombia se acercan siquiera a ese estándar.
3. El Artículo 10.20.4 del APC establece que al decidir las objeciones preliminares del Demandado, el Tribunal debe solo determinar si las reclamaciones en la Solicitud de Arbitraje, consideradas verdaderas, no constituyen una pretensión de reparación.

¹ Todos los términos que figuran con mayúscula tienen el mismo significado que en el Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares de los Demandantes de fecha 14 de octubre de 2021 (el “**Memorial de Contestación**”) a menos que se defina lo otra cosa.

² Véase ¶ 58 *infra*.

³ Véase Resolución Procesal n.º. 1, §§ 14.6 – 14.9 (donde se explica que las objeciones de competencia y de admisibilidad también se resolverían como una “cuestión preliminar”).

⁴ Véase ¶¶ 54-56, 58 *infra*.

Al decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje El tribunal puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa.

4. Colombia entendió claramente esta disposición cuando solicitó que todas sus objeciones, incluidas las de competencia y admisibilidad, tuvieran carácter preliminar, y se reservó el derecho para plantear más objeciones jurisdiccionales más avanzado el proceso.⁵ En los escritos sobre las objeciones preliminares, sin embargo, Colombia solicita al Tribunal que evalúe las reclamaciones sobre el fondo antes de que se haya sustanciado el expediente completo. Más aún, Colombia mezcla (i) argumentos de hecho y de derecho, (ii) objeciones de competencia y de admisibilidad y (iii) cuestiones que corresponden a objeciones preliminares a diferencia de una audiencia sobre el fondo del caso.⁶ Como se analiza más abajo, Colombia ni siquiera llega a cumplir con su obligación de demostrar que las reclamaciones identificadas en la Notificación de Arbitraje y Solicitud de Arbitraje “no habrán” de prosperar.⁷

⁵ Véase la Carta del Demandado al Tribunal de fecha 9 de octubre de 2020 (C-023) (donde indica que “[e]l único punto en cuestión a esta altura es si el Tribunal fijará un calendario para tratar exclusivamente la objeción del Artículo 10.20.4 formulada por el Demandado como una cuestión preliminar, o si fijará un calendario para tratar tanto la objeción del Artículo 10.20.4 planteada por el Demandado y las otras objeciones jurisdiccionales y/o de admisibilidad que plantea el Demandado como cuestiones preliminares.” (énfasis agregado)). La resolución procesal refleja estos términos. Véase Resolución Procesal n°. 1, §§ 14.6 - 14.9.

⁶ Por ejemplo, el Demandado aduce que, para pasar el examen de las objeciones preliminares, los Demandantes deben ofrecer evidencia de daño a su reputación. Véase la Réplica del Demandado sobre las Objeciones Preliminares, 13 de diciembre de 2021, ¶ 8 (“la **Réplica**”).

⁷ Véase ¶ 58 *infra*.

5. Ninguna de las objeciones preliminares planteadas por Colombia respecto del Artículo 10.20.4 prosperaron. En primer lugar, el argumento de Colombia para que no se haga lugar a la reclamación de los Demandantes bajo el Artículo 10.5 (“**Nivel Mínimo de Trato**”) carece de sustento a partir de los hechos que se exponen en la Solicitud de Arbitraje. El Demandado se basa en la norma del caso *Neer* establecida en 1926 por la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos, que ha sido rechazada por una abrumadora mayoría de Tribunales.⁸ Más aún, el argumento esgrimido por Colombia de que el Artículo 10.5 se limita a inversiones, y no a los inversionistas, se basa en una interpretación errónea de la redacción del APC y no tiene en cuenta la interpretación de disposiciones idénticas incluidas en el TCLAN y otros tribunales internacionales que incluyen a los inversionistas.⁹ Por otra parte, los Demandantes han planteado *prima facie* una reclamación por denegación de justicia porque el procedimiento de responsabilidad fiscal es un “procedimiento contencioso administrativo[.]” según se define en el Artículo 10.5(a)(a).¹⁰ Por último, los Demandantes recalcan que su reclamación por un trato justo y equitativo no es solo por denegación de justicia, aunque ese es un elemento de la reclamación. En cambio, las Imputaciones de la CGR (Contraloría General de la República) y la

⁸ Véase ¶¶ 62-71 *infra*.

⁹ Véase ¶¶ 72-76 *infra*.

¹⁰ Véase ¶¶ 82-88 *infra*. De hecho, durante la audiencia en la que se trató la Solicitud de Medidas Provisionales que realizaran los Demandantes, Colombia sostuvo que una apelación estaba dentro del procedimiento de la CGR es todo parte de las mismas actuaciones. Véase, *por ejemplo*, Transcripción de la Audiencia sobre Medidas Provisionales, del 4 de noviembre de 2021, en 89:8-22 (donde se sostiene que el procedimiento de responsabilidad fiscal completo y los esfuerzos de cobro eran todos “parte de la misma Medida”). Colombia no puede ahora afirmar que es diferente cuando les conviene.

Decisión de la CGR constituyen en sí mismos una violación del trato justo y equitativo y de las legítimas expectativas de los Demandantes.¹¹

6. En segundo lugar, Colombia no ha podido probar que la decisión de la GCR de desvincular a miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol no fue discriminatoria y, por lo tanto, un incumplimiento *prima facie* del Artículo 10.4 del APC (“**Tratamiento Nacional**”).¹² Los Demandantes han alegado adecuadamente que estaban en “circunstancias similares” con los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol (todos nativos de Colombia), pero cuando los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol fueron desvinculados del proceso de la CGR porque no eran “responsables fiscales”, Colombia no desvinculó a los Demandantes por los mismos fundamentos, aun cuando los Demandantes no cumplían esa definición. En lugar de explicar por qué los argumentos no constituyen un incumplimiento del Trato Nacional, Colombia rebate las declaraciones de hechos de los Demandantes y se centra en la cuestión equivocada. Ese cuestionamiento está fuera de lugar e indebido a esta altura de las actuaciones.
7. Tercero, Colombia tampoco ha establecido que los Demandantes no pueden importar la cláusula paraguas del Tratado Colombia-Suiza o el Tratado Japón-Colombia conforme al Artículo 10.4 (“**Trato de Nación Más Favorecida**”).¹³ La interpretación del Artículo 10.4 sugerido por Colombia, es decir, que requiere una comparación fáctica del trato en circunstancias similares, es extremadamente limitada y contraria a las decisiones de otros tribunales que han interpretado esos

¹¹ Véase ¶¶ 77-81 *infra*.

¹² Véase ¶¶ 91-101 *infra*.

¹³ Véase ¶¶ 102-110 *infra*.

mismos términos para permitir la importación de derechos sustantivos. El argumento de Colombia de que los Demandantes no han alegado suficientes hechos de un incumplimiento de la cláusula paraguas no se basa en los escritos presentados, sino en determinar si Reficar es parte del gobierno central de Colombia, un hecho controvertido que el Tribunal no puede resolver en esta etapa.

8. En cuarto lugar, Colombia tampoco ha probado que los Demandantes no tienen una acción por violación del acuerdo de inversión de conformidad con el Artículo 16.1 del APC.¹⁴ Los Demandantes han declarado que la CGR, mediante el proceso de responsabilidad fiscal, ha privado a los Demandantes de las protecciones recibidas para sus inversiones con arreglo al Contrato. Esto es *prima facie* una violación del acuerdo de inversión conforme al APC.
9. En quinto lugar, el Demandado tampoco ha probado que los Demandantes no tienen una acción por expropiación indirecta conforme al Artículo 10.7 (“**Expropiación e Indemnización**”).¹⁵ El Demandado caracteriza erróneamente las declaraciones hechas por los Demandantes sobre la violación del Artículo 10.7 por parte de Colombia. Los Demandantes no declaran que Colombia ha expropiado a dos de sus derechos en virtud del Contrato. Antes bien, los Demandantes han declarado que Colombia ha expropiado indirectamente su inversión en Colombia como consecuencia de las Imputaciones de la CGR y la posterior Decisión de la CGR.

¹⁴ Véase ¶¶ 111-114 *infra*.

¹⁵ Véase ¶¶ 115-116 *infra*.

10. Tampoco debe hacerse lugar a las objeciones preliminares de competencia y admisibilidad que plantea Colombia y el Tribunal tiene competencia para entender en la disputa planteada por los Demandantes.
11. Colombia tampoco ha probado que los Demandantes no tienen una “inversión” según el APC o el Artículo 26 del Convenio CIADI.¹⁶ El APC define explícitamente “construcción”, “gestión” y “otros” contratos “similares” como “inversiones” conforme a la Sección C del APC.¹⁷ Si esto no fuera suficiente, los Demandantes han manifestado debidamente que tienen una larga trayectoria de inversión en Colombia, una oficina establecida en Bogotá y más de 700 empleados para realizar sus tareas en el Proyecto Reficar.¹⁸
12. El argumento esgrimido por Colombia de que el Demandante no califica como “Nacional de otro Estado Contratante” no prospera porque Colombia basa su argumento en una interpretación equivocada de la ley de Nueva York, y Colombia no logra explicar por qué aceptó que FPJVC, y no sus empleados, firmaran y otorgaran el Contrato, pero ahora aparentemente no califica como “persona jurídica” capaz de iniciar una acción al amparo del Convenio CIADI.¹⁹ Más aún, en la definición de “empresa” del Artículo 1.3 del APC se incluyen joint ventures y esa definición, a su vez, implica que una joint venture se incluye en la noción de “inversionista de un Estado Parte” conforme al Artículo 10.28.

¹⁶ Véase ¶¶ 133-144 *infra*.

¹⁷ APC, Art. 10.28 (CL-001).

¹⁸ Véase ¶¶ 19-24 *infra*.

¹⁹ Véase ¶¶ 145-152 *infra*.

13. El argumento del Demandado de que la Notificación de Intención tenía un defecto no prospera pues al leer la Notificación de Intención surge que se refiere a los tres Demandantes, y Colombia no ha alegado por demás que haya sufrido un perjuicio como resultado de algún presunto defecto en la Notificación de Intención.²⁰ En cualquier caso, como han sostenido muchos tribunales, los supuestos defectos en la notificación de un demandante no afectan la competencia de un tribunal.²¹
14. La objeción del Demandado de que los Demandantes violaron la disposición sobre “carácter definitivo de la vía elegida” consagrada en el Anexo 10-G del APC no es válida.²² El Anexo G simplemente exige que un demandante elija con carácter definitivo “presentar” su acción con arreglo al APC ante los tribunales locales, y Colombia no ha declarado, no podría declarar, que los Demandantes lo han hecho.²³
15. Asimismo, tampoco tiene fundamento la objeción del Demandado en el sentido de que los Demandantes han violado la disposición de renuncia que se establece en el Artículo 10.18 del APC al proseguir con la defensa del proceso de responsabilidad fiscal.²⁴ Los Demandantes simplemente se han defendido en el proceso de responsabilidad en curso iniciado por Colombia y no han “Iniciado” ni “proseguido” estos procesos.
16. Por último, los Demandantes han invocado debidamente su derecho a un laudo compensatorio, así como a una indemnización separada por daños y perjuicios por

²⁰ Véase ¶¶ 153, 155-157 *infra*.

²¹ Véase ¶ 154 *infra*.

²² Véase ¶¶ 159-165 *infra*.

²³ *Id.*

²⁴ Véase ¶¶ 166-174 *infra*.

el daño a su reputación, más los honorarios de abogados.²⁵ La forma específica que tenga la reparación es una cuestión que se examina en la etapa sustantiva del caso.

17. La Dúplica de los Demandantes está organizada de la siguiente manera:
- a. La Sección II detalla los hechos importantes en los que el Tribunal puede basarse para decidir sobre las objeciones preliminares;
 - b. La Sección III explica los motivos por los que deben desestimarse lugar a las objeciones de Colombia relativas al Artículo 10.20.4.
 - c. La Sección IV indica por qué las otras objeciones preliminares de Colombia de competencia y de admisibilidad deben desestimarse.
 - d. La Sección V prevé por qué los Demandantes tienen derecho a los honorarios de abogados; y
 - e. La Sección VI incluye el petitorio de los Demandantes.

II. LOS HECHOS PERTINENTES A LAS OBJECIONES PRELIMINARES PLANTEADAS POR COLOMBIA.

18. En una solicitud sobre preguntas preliminares, el APC exige que el Tribunal acepte como verdaderos todos los hechos declarados en la Solicitud de Arbitraje y confiere al Tribunal facultades discrecionales sobre hechos que no son objeto de disputa.²⁶ Sin embargo, Colombia refuta indebidamente cuestiones de hecho incluidas en la Solicitud de Arbitraje y pretende introducir otros hechos que no son relevantes y son objeto de disputa. Por lo tanto, los Demandantes examinaron brevemente los

²⁵ Véase ¶¶ 117-130 *infra*.

²⁶ TPA, Art. 10.20.4(c) (CL-001).

hechos relevantes que deben aceptarse como verdaderos en esta etapa y los hechos que no son objeto de disputa en los que el Tribunal puede basarse.²⁷

A. Los Demandantes Invirtieron en Colombia

19. Los Demandantes tienen una dilatada historia de inversión en Colombia que comenzó en 1975 con una empresa de ingeniería local, denominada Tecniavance.²⁸
20. En 2004, Ecopetrol comenzó a buscar un socio internacional para un megaproyecto de construcción con fines de modernizar y ampliar una refinería de petróleo en Cartagena de 80.000 a 165.000 barriles diarios (el “**Proyecto**”).²⁹ El Proyecto fue uno de los emprendimientos más grandes y ambiciosos de Colombia de los últimos años.³⁰
21. En 2007, se incorporó Reficar para llevar a cabo el Proyecto.³¹ Ecopetrol es propietario del 100% de Reficar y Colombia es propietaria de aproximadamente el 88% de Ecopetrol y controla su junta directiva y dirección ejecutiva.³² Ecopetrol y Reficar llevan adelante muchos de los deberes de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, que administra la extracción, la venta o el arrendamiento de

²⁷ Para evitar dudas, todo hecho que no se haya enunciado en el presente, pero haya sido afirmado por Colombia, son disputadas por los Demandantes.

²⁸ Solicitud de Arbitraje (“**Solicitud**”), 6 de diciembre de 2019, ¶ 16.

²⁹ Solicitud, ¶ 49. Véase también el Memorial del Demandado sobre Objeciones Preliminares (“**Mem. Demandado.**”), 1 de julio de 2021, ¶¶ 14, 16.

³⁰ Solicitud, ¶ 49. Véase también Mem. Demandado ¶ 14.

³¹ Solicitud, ¶ 50. Véase también Mem. Demandado, ¶ 14.

³² Solicitud, ¶¶ 20-21. Véase también Mem. Demandado, ¶ 15. Sin embargo, los Demandantes refutan que ni Ecopetrol ni Reficar pertenecen al gobierno central de Colombia. Véase Memorial de Contestación, ¶¶ 108-110; ¶¶ 113-114 *infra*. Es irrefutable que antes de 2018 cuando los Demandantes realizaron su inversión, el Ministro de Finanzas, el Ministro de Minería y Energía y el Director del Departamento Nacional de Planificación integraron *ex officio* la junta directiva de Ecopetrol. Sin embargo, el Demandado manifiesta que ni Ecopetrol ni Reficar son parte del gobierno central de Colombia, lo que es claramente una cuestión de hecho objeto de disputa.

hidrocarburos y la oferta de energía en beneficio de Colombia.³³ Por ley, Colombia es propietaria de todos los hidrocarburos que se encuentran en su territorio.³⁴

22. En noviembre de 2009, FPJVC (un joint venture formada por Foster Wheeler y PCI) celebró un contrato con Reficar para prestar servicios de administración de proyectos en conexión con el Proyecto.³⁵ El Contrato tenía un valor económico y creaba derechos tanto tangibles como intangibles.³⁶
23. Originalmente, el alcance de la labor de FPJVC era gestionar y supervisar al contratista EPC y administrar varios aspectos del Proyecto.³⁷ Sin embargo, el Contrato [REDACTED]
[REDACTED].³⁸ Poco después de la firma del Contrato, en 2009, Reficar ejerció ese derecho y modificó el alcance de la función de FPJVC eliminando todas sus facultades decisorias y reduciendo a FPJVC a una función de apoyo asistiendo a Reficar en la administración del Proyecto.³⁹ A pesar del cambio en las responsabilidades de los Demandantes, como se establece en la Solicitud de Arbitraje, los “Demandantes invirtieron gran cantidad de tiempo, capital, personal

³³ Solicitud, ¶ 19.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* at ¶¶ 3, 15, 29, 51. Véase asimismo Mem. Demandado ¶¶ 18, 20.

³⁶ Solicitud, ¶ 29.

³⁷ *Id.* en ¶ 54. Véase también Carta de Presentación de Oferta Mercantil, 15 de noviembre de 2009, Apéndice 8 (C-005) (“*Oferta Mercantil*”); Mem. Demandado, ¶¶ 24, 28. Colombia manifiesta que las posiciones de las partes convergen en relación con la naturaleza de los servicios de FPJVC, que eran servicios de consultoría, pero los Demandantes han disputado este “hecho”. Mem. Demandado, ¶ 32; Réplica, ¶¶ 21-23; Memorial de Contestación, ¶ 8

³⁸ Solicitud, ¶ 55; [REDACTED] (C-005).

³⁹ Solicitud, ¶¶ 56-66, 68-70.

y mano de obra en el territorio colombiano. Todos estos actos se realizaron con la expectativa de que los Demandantes obtendrían una ganancia.”⁴⁰

24. Si bien el Contrato [REDACTED],⁴¹ FPJVC finalmente trabajó en el Proyecto hasta el 31 de diciembre de 2018, o más de nueve meses después de celebrado el Contrato.⁴² Si bien Reficar y FPJVC inicialmente estimaron el valor del trabajo de FPJVC en más de [REDACTED], el valor total en definitiva ascendía a [REDACTED].⁴³

B. La CGR Inició un Proceso de Responsabilidad Fiscal sin Fundamentos contra los Demandantes

25. El 24 de diciembre de 2015, la Contraloría General de la CGR ordenó una auditoría especial del Proyecto.⁴⁴
26. El 5 y 6 de mayo de 2016, el Sr. Edgardo Maya, Contralor General de la CGR, expresó públicamente que el “control de gestión” de FPJVC era “vergonzoso” y “lamentable”.⁴⁵ Es decir, ya sea antes de que se complete el Proyecto o la auditoría, por no decir de que se iniciara el proceso de responsabilidad fiscal, la CGR demostró haber prejuzgado las acusaciones contra los Demandantes por un “control de gestión” inexistente.⁴⁶

⁴⁰ *Id.* at ¶ 29.

⁴¹ [REDACTED] (C-005).

⁴² [REDACTED] (R-32); Mem. Demandado, ¶ 63; Solicitud, ¶ 67.

⁴³ Solicitud, ¶ 54; [REDACTED] (C-005); Mem. Demandado ¶ 53.

⁴⁴ Mem. Demandado, ¶ 68.

⁴⁵ Solicitud, ¶ 165.

⁴⁶ *Id.* en ¶¶ 163-167.

27. En noviembre de 2016, se publicó el informe final sobre la auditoría especial del Proyecto.⁴⁷
28. El 10 de marzo de 2017, la CGR comenzó el proceso de responsabilidad fiscal contra los Demandantes y otros con base en la Ley 610 de Colombia (“**Ley 610**”) por presuntos actos de culpa grave en el gasto de fondos públicos de Colombia en relación con el Proyecto.⁴⁸ Sin embargo, conforme a la Constitución colombiana y a la Ley 610, solo los responsables fiscales —quienes tienen facultades para gastar o disponer de fondos y activos públicos— pueden ser acusados de dolo o culpa grave que causa daños y perjuicios al público.⁴⁹ Los Demandantes simplemente no se encuadran en la definición de responsable fiscal y cualquier reclamo que hagan en ese sentido es, a todas luces, una cuestión de fondo.⁵⁰
29. Tras una supuesta investigación, el 5 de junio de 2018, la CGR dictó el Auto 773 (las “**Imputaciones de la CGR**” o el “**Auto 773**”), donde imputaba a los Demandantes y a otros por responsabilidad fiscal, alegando que determinados “Controls de Cambios” provocaron “pérdida de fondos públicos con subsiguientes perjuicios”.⁵¹ La CGR acusó a FPJVC de contribuir en “gran medida” al presunto despilfarro en el Proyecto al no haber impedido, de un modo no específico, las

⁴⁷ Mem. Demandado, ¶ 69.

⁴⁸ Solicitud, ¶ 76. Véase también Mem. Demandado, ¶¶ 122-123.

⁴⁹ Solicitud, ¶ 78.

⁵⁰ *Id.*, ¶¶ 111-117. Colombia ha intentado cuestionar la norma para determinar responsabilidad fiscal en virtud de la Ley 610 y el hecho de que FPJVC cumplía su norma alternativa. Véase, por ej., Mem. Demandado, ¶¶ 78-80, 84. Sin embargo, estas afirmaciones no pueden ser acreditadas por el Tribunal en esta etapa porque son objeto de disputa, además de ser equivocadas (como los Demandantes fundamentarán de manera adecuada en la etapa de fondo).

⁵¹ Solicitud, ¶¶ 79-80. Véase también Mem. Demandado, ¶¶ 125, 127.

decisiones que condujeron a los Controles de Cambio 2,3 y 4.⁵² La CGR recomendó que FPJVC debía ser considerada solidariamente responsable por presuntos daños y perjuicios por más de USD 2.430 millones.⁵³

30. Las Imputaciones CGR se basaron en la noción de que los costos en exceso de las estimaciones del presupuesto original del Proyecto, preparado por Chicago Bridge & Iron (“**CB&I**”), constituyeron un perjuicio para Colombia.⁵⁴ Esos costos adicionales se vieron reflejados en Controles de Cambio formales por escrito que fueron aprobados por Reficar y Ecopetrol.⁵⁵ Reficar pagó las facturas a los Demandantes sin objeciones.⁵⁶
31. No obstante, FPJVC no participaba en la aprobación de los Controles de Cambio.⁵⁷ Los análisis de la CGR se basó en el supuesto equivocado de que el alcance de la labora de FPJVC no había cambiado y que, en cualquier caso, FPJVC estaba obligada, de algún modo no específico, a anular las decisiones de Reficar de modo que el no ejercer esta potestad inexistente constituía culpa grave.⁵⁸ El Auto 773 ignoró evidencia sustancial presentada por los Demandantes durante la investigación sobre el cambio en la función y en el alcance del trabajo de FPJVC.⁵⁹

⁵² Solicitud, ¶¶ 80, 82.

⁵³ *Id.* at ¶ 85. Véase también Mem. Demandado, ¶ 128. La caracterización que hace Colombia del Auto 773 y de la norma aplicada es objetada por los Demandantes y, por ende, no puede ser tomada en cuenta por el Tribunal para decidir sobre las objeciones preliminares de Colombia.

⁵⁴ Solicitud, ¶¶ 14, 82.

⁵⁵ *Id.* en ¶¶ 80-81.

⁵⁶ *Id.* en ¶ 9 n. 8.

⁵⁷ *Id.* en ¶ 81.

⁵⁸ *Id.* en ¶¶ 83-84.

⁵⁹ *Id.* en ¶ 86.

32. La CGR tampoco expuso en modo alguno qué actos u omisiones de FPJVC constituyeron culpa grave.⁶⁰
33. Más aún, el cálculo de los presuntos daños y perjuicios de Colombia que realiza el Auto 773 fue puramente especulativo, ilógico, irrazonable y arbitrario, y la CGR no explicó de qué modo los Demandantes provocaron algunos de esos daños y perjuicios.⁶¹ De hecho, la teoría de daños que esgrime Colombia sostiene que todos los que trabajaron en el Proyecto estaban sujetos a la estimación original de CB&I, si bien el Proyecto se ejecutó sobre la base de costos reembolsables.⁶² Más aún, todos los daños y perjuicios fueron evaluados solidariamente y la CGR admitió no haber siquiera intentado establecer una vinculación causal entre los actos u omisiones de alguna parte y los daños y perjuicios que invoca.⁶³
34. El Auto 773 invocó las mayores imputaciones que haya realizado la CGR en la historia de Colombia y se informó sobre esto sistemáticamente de un modo sensacionalista y virulenta.⁶⁴ La extensión de las Imputaciones de la CGR tampoco tiene antecedentes.⁶⁵ Sin embargo, la CGR se negó a realizar adecuaciones para los Demandantes que les permitieran defenderse eficazmente de las imputaciones.⁶⁶ Por ejemplo, inicialmente se dio a FPJVC un plazo de diez días para responder al

⁶⁰ *Id.* en ¶¶ 86, 159-162.

⁶¹ *Id.* en ¶¶ 129-131.

⁶² *Id.* en ¶¶ 14, 52, 63, 68-69.

⁶³ *Id.* en ¶¶ 14, 125, 161 n. 82.

⁶⁴ *Id.* en ¶ 87.

⁶⁵ *Id.* en ¶ 88.

⁶⁶ *Id.* en ¶¶ 89-90, 156-157.

Auto 773, que tenía 4.751 páginas y finalmente se amplió el plazo a cuatro meses como consecuencia de la presentación de varios recursos.⁶⁷

35. El 15 de agosto de 2018, la CGR dictó el Auto 0188 que archivaba las imputaciones contra los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol, todos ellos nativos de Colombia, sobre la base de que no calificaban como responsables fiscales conforme a la Ley 610.⁶⁸ Ecopetrol, que actúa a través de su junta directiva y ejecutivos, *tenía* autoridad para la toma de decisiones y participaba directamente en la aprobación de los Controles de Cambio.⁶⁹ Al mismo tiempo, la CGR se negaba a archivar las imputaciones contra FPJVC, que carecía de autoridad para la toma de decisiones, por la misma razón.⁷⁰ En ese sentido, el 17 de enero de 2020, la Procuraduría General de la Nación (PGN), la Oficina del Inspector General de Colombia, emitió un dictamen (Auto DEHP 007 de 2020) que avalaba los resultados de un informe encargado por Ecopetrol (el “**Informe Jacobs**”).⁷¹ El Informe Jacobs concluyó que FPJVC no tenía autoridad para la toma de decisiones y, por ende, no podría haber sido responsable fiscal.⁷²

C. Los Demandantes Intentaron Proteger sus Derechos en Colombia

⁶⁷ *Id.* en ¶¶ 88-90. Véase también Mem. Demandado, ¶ 135.

⁶⁸ Solicitud, ¶¶ 166, 176.

⁶⁹ *Id.* en ¶¶ 5, 12, 13, 81.

⁷⁰ *Id.* en ¶¶ 5, 177. Véase asimismo el Memorial de Contestación, ¶ 8; la Solicitud de Medidas Provisionales y Reparación Temporal de Emergencia presentada por los Demandantes, el 2 de septiembre de 2021, ¶¶ 62-63 (“**Solicitud de Medidas Provisionales**”) (donde se explica que los Demandantes también han procurado que se los desvinculara del proceso de la CGR pero la CGR ignoró esas peticiones y, en cambio, dictó la Decisión de la CGR).

⁷¹ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 54-59; Auto DEHP 007 de 2020 (C-008). Colombia no niega que la PGN avaló el Informe Jacobs o concluyó que FPJVC carecía de autoridad para la toma de decisiones, pero solo aduce que las conclusiones eran tangenciales a su conclusión principal. Réplica, ¶ 33 n. 60.

⁷² Solicitud, ¶¶ 6, 68-70, 117, 135; Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena Breviario de la Historia y Análisis del Proyecto, Preparado para ECOPETROL S.A., octubre de 2015 (“**Informe Jacobs**”) (C-006).

36. Durante el transcurso del proceso de responsabilidad fiscal, los Demandantes presentaron tres *acciones de tutela* contra la CGR alegando violaciones de la Ley colombiana.
37. En la primera *acción de tutela*, presentada el 14 de septiembre de 2018 (la “**Primera Tutela**”), los Demandantes ejercieron sus derechos conforme a la ley colombiana para objetar las violaciones de CGR al principio de debido proceso.⁷³ Los Demandantes reservaron expresamente sus derechos conforme al APC y acotaron sus argumentos a la ley colombiana.⁷⁴ La Primera Tutela fue denegada sin una resolución sobre el fondo.⁷⁵
38. En la segunda *acción de tutela*, presentada el 23 de abril de 2021 (“**Segunda Tutela**”), FPJVC cuestionó la inclusión de dos informes técnicos relacionados con la cuantificación de los daños realizada por la CGR en incumplimiento de la ley colombiana durante el proceso de responsabilidad fiscal.⁷⁶ También se rechazó la Segunda Tutela sin que medie una resolución sobre el fondo.⁷⁷
39. El 26 de abril de 2021, la CGR dictó la Decisión CGR que imputaba a FPJVC por varios aumentos presupuestarios en el Proyecto y consideró que los Demandantes eran responsables solidarios por daños y perjuicios, regulando una indemnización

⁷³ Véase *Acción de Tutela* No. 2018-00182, 14 de septiembre de 2018 (**R-69**). Mem. Demandado, ¶ 136; Reply, ¶ 25. Para más claridad, los Demandantes cuestionan que se haya alegado una violación a la regla TJE (Trato Justo y Equitativo). Véase la Sección IV.D *infra*.

⁷⁴ *Acción de Tutela* No. 2018-00182 (**R-69**). Colombia acepta que los Demandantes no invocaron una reclamación relativa a la regla TJE en la Primera Tutela; su argumento sobre la regla de renuncia irrevocable a otros fueros se apoya en la falsa premisa de que tan solo con mencionar una posible violación de la regla TJE en el proceso local es suficiente para que se aplique la regla de renuncia irrevocable a otro fuero que establece el APC. Véase Sección IV.D *infra*.

⁷⁵ Véase Réplica, ¶ 25.

⁷⁶ Véase *Acción de Tutela* No. 2021-00138, 23 de abril de 2021 (**R-84**); Réplica, ¶ 26.

⁷⁷ Réplica, ¶ 26.

de USD 811 millones más intereses.⁷⁸ Si bien la Decisión de la CGR tenía 6.243 páginas de largo, se dio a los Demandantes un plazo de apenas cinco días para apelar.⁷⁹

40. Así pues, los Demandantes presentaron la tercera *acción de tutela* el 28 de abril de 2021 (“**Tercera Tutela**”).⁸⁰ PFJVC solicitó un período razonable para responder a los hechos incluidos en la Decisión de la CGR y propusieron un plazo de al menos noventa días.⁸¹ La Tercer Tutela fue denegada fundándose en que cinco días es todo lo que permite la ley.⁸²

D. La CGR ha Comenzado las Acciones de Cobro

41. El 7 de mayo de 2021, los Demandantes presentaron su apelación ante la *Sala Fiscal Sancionatoria*, de la CGR (la “SFS”).⁸³ Se dio a los Demandantes solo cinco días para apelar una decisión de 6.243 páginas; el plazo se extendió luego a 12 días porque la CGR omitió diligenciar copias completas de la decisión a los demandados en ese proceso.⁸⁴

⁷⁸ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 17, 72; Mem. Demandado, ¶¶ 148, 150.

⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 21, 72; Mem. Demandado, ¶¶ 149, 159. Ese período se prorrogó luego a 12 días porque Colombia omitió diligenciar una copia completa de la decisión al demandado en ese proceso.

⁸⁰ Véase *Acción de Tutela* No. 2021-00385, 28 de abril de 2021 (**R-87**).

⁸¹ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales ¶ 72; Memorial, ¶ 159; Réplica, ¶ 27.

⁸² *Acción de Tutela* No. 2021-00385, *Tutela* decisión de primera instancia, 14 de mayo de 2021 (**R-88**); Memorial, ¶ 159 n. 345; Réplica, ¶ 27.

⁸³ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 21, 89; Mem. Demandado, ¶ 159; Réplica, ¶ 28.

⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 72. Colombia sostiene que no hubo violación del debido proceso porque los Demandantes presentaron oportunamente una apelación de la Decisión CGR. Véase Réplica, ¶ 28. Este argumento es tanto absurdo como prematuro. Tan solo porque los Demandantes pudieron presentar una apelación dentro del plazo establecido no modifica el hecho de que se privó a los Demandantes de la cantidad mínima de tiempo necesaria para hacer una investigación y redactar una respuesta adecuada, y Colombia no puede seriamente afirmar que cinco (o doce) días es tiempo adecuado para responder a una decisión de más de 6.200 páginas.

42. El 6 de julio de 2021, la SFS rechazó la apelación de los Demandantes y confirmó la Decisión de la CGR en su totalidad.⁸⁵ En consecuencia, la Decisión de la CGR es ahora definitiva y los Demandantes han agotado todos los recursos administrativos.⁸⁶
43. El 6 de octubre de 2021, la CGR un auto de apertura del procedimiento de cobro en ejecución de la Decisión de la CGR.⁸⁷
44. El 1 de diciembre de 2021, PCI recibió una “Notificación de Cobro Persuasivo” de la Unidad de Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República en conexión con el proceso de responsabilidad fiscal.⁸⁸ La notificación invitaba a PCI a “pagar la obligación determinada en la Resolución de Responsabilidad Fiscal dictada por el Contralor Delegado Intersectorial n°. 15 de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción mediante al Auto 749 del 26 de abril de 2021... por el monto de . . . \$2.940.950.323.482,43 [pesos colombianos],” más intereses punitivos.⁸⁹

⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 90; Réplica, ¶ 29. Para mayor claridad, los Demandantes no están de acuerdo con la caracterización que hizo Colombia de la decisión de la SFS. Véase Réplica, ¶¶ 31-35.

⁸⁶ Memorial de Contestación, ¶ 8; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 21, 90; Réplica, ¶ 36.

⁸⁷ Réplica, ¶ 54.

⁸⁸ Notificación de Cobro Persuasivo, 1 de diciembre de 2021 (C-025); véase *asimismo* Réplica, ¶ 54 (cabe destacar que el 29 de noviembre de 2021 se emitió una notificación de cobro voluntario).

⁸⁹ Notificación de Cobro Persuasivo (C-025). Colombia sostiene que los demandantes tendrán varias oportunidades de “rebatir” el cobro de la CGR durante la etapa de cobro coactivo. Réplica en ¶ 57. Como se analizó en la audiencia sobre la Solicitud de Medidas Provisionales presentada por los Demandantes, si bien es cierto que los Demandantes tendrán posibilidad de presentar excepciones en la etapa de cobro coactivo, su oposición se limita a objeciones que no son sustantivas que apuntan a cuestiones técnicas o administrativas relacionadas con el proceso de cobro, o que requerirían la presentación de una acción de nulidad ante los tribunales de Colombia y la consiguiente presentación de caución por un monto superior a la Decisión de la CGR. En consecuencia, los Demandantes contrariamente afirman que no tienen ninguna otra oportunidad significativa de recurrir la decisión de la CGR en Colombia, fuera de la acción de nulidad.

45. La afirmación de Colombia de que “[p]rácticamente todas las objeciones que han planteado los Demandantes contra el Proceso de Responsabilidad Fiscal y en este Arbitraje podrían tratarse en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho”⁹⁰ mezcla los derechos de los Demandantes conforme a la ley colombiana con sus derechos al amparo del Tratado. La defensa de los Demandantes en el proceso de la CGR planteó exclusivamente cuestiones relativas al derecho colombiano, mientras que aquí los Demandantes han elegido buscar reparación por las violaciones de las obligaciones internacionales de Colombia al amparo del APC ante este Tribunal.⁹¹

E. [REDACTED]

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

47. [REDACTED]
[REDACTED].⁹² Por lo tanto, la discusión no tiene incidencia

⁹⁰ Réplica, ¶ 43.

⁹¹ Colombia también utiliza la réplica para continuar argumentando sobre la solicitud de Medidas Provisionales e insiste en que los Demandantes no están obligados a presentar una caución para solicitar medidas cautelares. Réplica, n. 82. Este argumento no influye en las objeciones preliminares de Colombia. Más aún, como se expone en su Solicitud de Medidas Provisionales, los Demandantes no tienen que presentar una caución para solicitar medidas cautelares que suspendan las acciones de cobro. Declaración de Testigo de César Torrente, ¶ 22 (CWS-1). [REDACTED]

⁹² [REDACTED]

alguna sobre el perjuicio reputacional sufrido por los Demandantes. Asimismo, aun si Colombia pudiera de algún modo demostrar que hubo tal impacto, se ceñiría a lo sumo a la cuantía de los daños y perjuicios reputacionales y no a la determinación de si los Demandantes han planteado un caso *prima facie*.

48.

[REDACTED]

(R-116).

⁹³ Solicitud, ¶ 87; véase también Oficina de la 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) (C-12).

⁹⁴ En cambio, la Decisión de la CGR basó su teoría de la responsabilidad fiscal en supuesta culpa grave. Véase Solicitud, ¶¶ 76, 86.

III. LAS OBJECIONES PRELIMINARES DE COLOMBIA DEBEN DESESTIMARSE

A. Los Demandantes Han Planteado Reclamos Válidos y la Solicitud de Colombia Debe Ser Denegada

49. El Artículo 10.20.4 del APC establece que “[a]l decidir una objeción conforme a este párrafo, el tribunal asumirá la veracidad de los hechos declarados por el demandante en respaldo de cualquier reclamación incluida en la notificación de arbitraje.... El tribunal puede considerar también todo hecho pertinente que no esté sujeto a disputa”.⁹⁵ Colombia afirma que los Demandantes han tratado de “abusar la presunción limitada de veracidad que establece el Artículo 10.20.4....”⁹⁶ Pero esto no es así. Los Demandantes han basado debidamente sus hechos en su Notificación de Arbitraje o hechos que han ocurrido desde entonces y que no son objeto de disputa, como se detalla arriba.⁹⁷

50. Más aún, como el tribunal explicó en *Kappes contra Guatemala*,

[E]sta propuesta no significa, empero, que en caso de ambigüedad en ese documento en cuanto a la reparación que pretenden los Demandantes, el Tribunal deba rechazar de plano toda aclaración que los Demandantes posteriormente ofrezca sobre este punto. Sería absurdo decidir una sugerencia sobre el tratamiento legal de una “reclamación presentada” al tiempo que se ignoran las aclaraciones de los Demandantes sobre lo que la reclamación efectivamente pretende.⁹⁸

⁹⁵ Véase también *Pac Rim Cayman LLC contra República El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones del Demandado conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, 2 de agosto de 2010, ¶ 87 (RL-036) (“El procedimiento conforme al Artículo 10.20.4 del TLC EE.UU.-CA exige que el tribunal asuma como verdaderas las declaraciones de hechos pertinentes realizadas por el demandante, sin salvedades expresas....”).

⁹⁶ Réplica, ¶ 80.

⁹⁷ De hecho, la advertencia de Colombia en este sentido es bastante audaz en vista del número de hechos y cuestiones externas a Colombia ha intentado plantear indebidamente en esta etapa de objeciones preliminares.

⁹⁸ *Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates contra República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43 (DR-CAFTA), Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado, 13 de marzo de 2020, ¶ 117 (RL-176).

51. Así pues, los Demandantes pueden aclarar o profundizar sus declaraciones de hechos y reclamaciones que expusiera en la Solicitud de Arbitraje, y el Tribunal puede también considerar hechos posteriores que no estén sujetos a disputa, tales como el carácter definitivo de la Decisión de la CGR, los medios por los que la CGR intentó justificar su resultado y el monto determinado.
52. El Tribunal en *Pac Rim contra El Salvador*—un laudo citado en varios puntos por Colombia⁹⁹—explicó que la norma para revisar las declaraciones en la Notificación de Arbitraje no es formal:

La capacidad de un demandante de corregir una notificación de arbitraje mediante la exposición de más declaraciones de hecho confirma que el procedimiento no tiene por objetivo ser un ejercicio técnico de exposición donde la forma prevalece sobre el fondo en desmedro de una notificación de arbitraje con errores.¹⁰⁰

53. Sin embargo, Colombia insiste en un enfoque formalista, al sugerir que el Tribunal debe ignorar por completo los hechos sujetos a disputa si ocurrieron después de la Solicitud de Arbitraje.¹⁰¹ La posición de Colombia es incompatible con la norma aceptada de revisión de objeciones preliminares, así como con el principio aceptado de que un tribunal debe tomar nota de lo que sucede desde que se inicia el caso.

⁹⁹ Réplica, ¶¶ 79 n. 148, 80 n. 149, 238 n. 407.

¹⁰⁰ *Pac Rim contra El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones del Demandado conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, ¶ 89 (**RL-036**). Véase también *id.* en ¶ 99 (“por lo tanto, no se juzga una notificación de arbitraje al inicio de un proceso de arbitraje en función de un formalismo que es más adecuado para un escrito posterior.”) y ¶ 105 (“el Tribunal aborda el procedimiento conforme al Artículo 10.20.4 del TLC EE.UU.-CA con la atenuación que implica la falta de formalismo, con énfasis en el fondo y en el sentido común práctico”).

¹⁰¹ Réplica, ¶¶ 85-87.

54. Por otra parte, contrariamente a la aseveraciones de Colombia,¹⁰² los Demandantes no están obligados a esta altura a probar sus declaraciones de hecho, como se explica claramente en *Pac Rim contra El Salvador*:

El escrito inicial no puede ni debe ser un registro documental completo de la evidencia objetiva y argumentos jurídicos del demandante.

...

En consecuencia, en esta etapa no se exige presentación de evidencia. En la mayoría de los puntos bastará el mero enunciado y la información así presentada puede desarrollarse en etapas posteriores[.] Por enunciado, el Tribunal presupone que estos autores quieren decir una declaración adecuada de las bases de hecho y de derecho del reclamo, sin evidencia probatoria.¹⁰³

55. De hecho, como se explica en detalle en ese caso:

[E]l procedimiento conforme al Artículo 10.20.4 del TLC EE.UU.-CA tiene la clara intención de evitar el tiempo y el costo de un juicio y no replicarlo. *Por ese motivo, puede no haber evidencia del demandado en contraposición a los hechos asumidos que se exponen en la notificación de arbitraje; y no debe normalmente no debería ser necesario profundizar sobre cuestiones complejas de derecho, menos aún cuestiones jurídicas que dependen de cuestiones complejas de hecho o cuestiones combinadas de hecho y de derecho.*¹⁰⁴

56. Al intentar disputar los hechos declarados, plantear cuestiones de hecho y derecho y tratar de transformar estas objeciones preliminares en un mini juicio con base en un registro documental incompleto con varios escritos largos y engañosos, es Colombia quien infringe los requisitos y la finalidad del APC y el mecanismo de objeciones preliminares que ha invocado.

¹⁰² Véase, por ej., *id.* en ¶¶ 83, 204.

¹⁰³ *Pac Rim con El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las objeciones del Demandado conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-, ¶¶ 96, 98 (comillas omitidas) (RL-036).

¹⁰⁴ *Id.* en ¶ 112 (énfasis añadido).

57. Quizás el ejemplo más evidente de este abuso del procedimiento de objeciones preliminares radica en que Colombia no reconoce que tiene la carga de la prueba respecto de sus objeciones: “En todo momento durante este ejercicio al amparo del Artículo 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, *la carga de persuadir al tribunal para que haga lugar a las objeciones preliminares corresponde a la parte que plantea la objeción, concretamente el demandado* .”¹⁰⁵ En cuanto al caso *Pac Rim* el tribunal explicó:

En contexto, invirtiendo el enfoque negativo del Artículo 10.20.4, el término [puede] reconoce una posición en la que un tribunal considera que eventualmente podría dictarse un laudo haciendo lugar a la reclamación del demandante o, del mismo modo, donde el tribunal considera que es prematuro en esta etapa inicial del proceso de arbitraje decidir si podría no dictarse dicho laudo.

En otras palabras, volviendo a la formulación negativa del Artículo 10.20.4, para poder hacer lugar a una objeción preliminar, un tribunal debe haber llegado a una posición, tanto respecto de las cuestiones pertinentes de hecho como de los hechos declarados o no sujetos a disputa pertinentes, de que debe dictarse un laudo con carácter definitivo desestimando la reclamación del reclamo en el inicio del proceso de arbitraje, sin más. Dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, hay muchas razones por las que un tribunal podría razonablemente decidir no ejercer dicho poder contra un demandante, aun cuando considerara que es probable (aunque no seguro) que una reclamación como esa no prosperara si se evaluara exclusivamente en el momento de la objeción preliminar.¹⁰⁶

58. Como se enfatiza por muchos otros tribunales, el Tribunal no debe considerar los méritos de una reclamación en esta etapa. Solo necesita estar convencido de que la

¹⁰⁵ *Id.* en ¶ 111 (énfasis añadido). Véase también *id.* en ¶ 114 (“Por último, como ya se indicó, como la parte que invoca estos procedimientos, corresponde al Demandado cumplir con la carga de convencer al Tribunal que debe dictar una decisión definitiva desestimando la o las reclamaciones pertinentes expuestas por el Demandante en este proceso de arbitraje”).

¹⁰⁶ *Id.* en ¶¶ 109-110 . Véase, *asimismo, por ej., Kappes contra Guatemala*, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado, ¶ 118 (RL-176) (donde se aceptan las aclaraciones adicionales de los Demandantes de considerar que una reclamación es válida como se afirma).

reclamación, tal como la enuncian los Demandantes, se encuadra en el marco del acuerdo de arbitraje, aquí el APC.¹⁰⁷ En síntesis, “[l]a vara se fija muy alto: desde el comienzo del proceso arbitral, debe considerarse ‘seguro—y no simplemente ‘probable’—que la reclamación no prospere.’”¹⁰⁸ Como se analizó más en detalle, Colombia no llega a cumplir la norma.

B. El Tribunal No Debe Basarse en las Presentaciones del Demandado sobre Partes No Contendientes

59. Colombia se refiere extensamente a las presentaciones de partes no contendientes en otros procesos. De las más de 20 presentaciones de EE. UU. como parte no contendiente que cita Colombia, solo tres se refieren al APC.¹⁰⁹ El Artículo 31(3) de la Convención de Viena, sin embargo, hace referencia al posterior acuerdo o

¹⁰⁷ Véase, por ej., *Pac Rim contra El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Artículo 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, ¶ 56 (RL-036) (“Como se indica más abajo, el Tribunal no entiende de otro modo en otras cuestiones de procedimiento o en el fondo del caso, particularmente, en cuanto a determinar si algunas de las reclamaciones que plantea el Demandante están bien fundamentadas en el derecho o en los hechos. Fuera de la decisión del Tribunal sobre estas cuestiones limitadas conforme a los Artículo 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, no debe darse por supuesto que el Tribunal ha tomado alguna decisión sobre el fondo del caso....”); véase también *id.* en ¶ 244 (donde se observa una preocupación del tribunal de no prejuzgar o incluso parecer que prejuzga el fondo del caso); *Pan American Energy LLC, y BP Argentina Exploration Company contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶¶ 46-49 (RL-174) (donde se relatan otros laudos que citan esta norma); *Amco Asia Corporation y otros contra República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre Competencia, 25 de septiembre de 1983, 1 Informes CIADI 389, ¶ 35 (CL-065); *Tradex Hellas S.A. contra República de Albania*, Caso CIADI No. Arb/94/2, Decisión sobre Competencia, 24 de diciembre de 1996, ¶ 46 (CL-066).

¹⁰⁸ Michele Potestà y Marija Sobat, *Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, 3 J. Int. Disp. Settl. 137 (2012), p. 22 (CL-067).

¹⁰⁹ *Angel Manuel Seda y otros contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021 (RL-054) (sobre el APC Colombia-EE.UU.); *Astrida Benita Carrizosa contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020 (igual) (RL-206); *Alberto Carrizosa Gelzis y otros contra República de Colombia*, Caso CPA No. 2018-56, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020 (igual) (RL-207).

aplicación posterior del tratado pertinente.¹¹⁰ Por lo tanto, por definición, la interpretación de una parte no contendiente de un tratado diferente no establece el posterior acuerdo del APC.

60. Incluso las autoridades que Colombia ofrece establecen que estas presentaciones *pueden* a lo sumo considerarse “práctica posterior”—no constituyen evidencia de “posterior acuerdo”.¹¹¹ El peso de esa práctica posterior para la interpretación del tratado depende de “si se repite y en tal caso cómo.”¹¹² Por lo tanto, para demostrar

¹¹⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, Artículo 31(3)(a) (**RL-053**) (la “**Convención de Viena**”) (“todo acuerdo posterior entre la partes sobre la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones.”) (énfasis añadido); *Id.* en Artículo 31(3)(b) (“toda práctica posterior en la aplicación del tratado que establece el acuerdo de las partes sobre su interpretación.”.) (Énfasis añadido).

¹¹¹ *Mobil Investments Canada Inc. contra Canadá (II)*, Caso CIADI No. ARB/15/6, Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 13 de julio de 2018, ¶ 159 (**RL-268**) (donde se sostiene que “presentaciones concordantes de las tres partes del TLCAN en diferentes tribunales conforme al Capítulo Once” podría considerarse en virtud del Artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena); *Kappes contra Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43, Decisión sobre las Objeciones Preliminares planteadas por el Demandado, ¶ 156 (**RL-176**) (la cual sostiene que “la demostración de que todos los Estados que son parte de un tratado determinado habían expresado un entendimiento común, aunque en diferentes presentaciones en caso separados” podría ser pertinente conforme al Artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena); *los Casos relativos al cierre de frontera por temor a la EEB (The Canadian Cattlemen for Fair Trade) contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo sobre Competencia, 28 de enero de 2008, ¶186 (**RL-269**) (el cual sostiene que los siguiente era evidencia de práctica posterior, aunque no de acuerdo posterior: “Las propias declaraciones [del Demandados] sobre el tema, ante este Tribunal y en otros ámbitos; (...) Presentación de México conforme al Article 1128 en este arbitraje; y (...) las declaraciones de Canadá sobre el tema, primero en la implementación del TLCAN y, posteriormente, en el memorial de contestación en el caso Myers”.); *William Ralph Clayton, y otros contra el Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04 , Laudo sobre Daños y Perjuicios, 10 de enero de 2019, ¶ 379 (**RL-270**) (en donde se afirma que “la práctica sistemática de las Partes del TLCAN en sus presentaciones ante tribunales del Capítulo Once” podría considerarse “prácticas posteriores”). Las otras autoridades ofrecidas por Colombia no suman a su caso en lo más mínimo. En la página siguiente a la que cita Colombia, el profesor Gazzini admite que: “Queda por ver si dicho acuerdo puede ser resultado de la interpretación concordante de alguna disposición determinada incluida en los documentos presentados por la parte contendiente y la presentación de la parte o partes no contendientes del tratado pertinente”. Tarcisio Gazzini, *INTERPRETATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES* (Hart Publishing 2016), pág. 195 (**RL-271**). Los Tribunales en *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc.* (**RL-223**), *Bayview Irrigation District y otros contra los Estados Unidos Mexicanos* (**RL-272**), y *United Parcel Service of America Inc. contra el Gobierno de Canadá* (**RL-39**) ni siquiera analizaron el artículo 31(3) de la Convención de Viena y su relación con presentaciones de partes no contendientes.

¹¹² Comisión Internacional de Derecho, *Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties*, 2 anuario de Int’l L. Comm, Parte Dos (2018), 3-4 (**RL-288**). Véase, asimismo, *Clayton contra Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Indemnización por Daños y

la práctica posterior, Colombia debe probar que tanto Estados Unidos como Colombia interpretan repetidamente el APC de un modo sistemático, lo que no es así.¹¹³

61. Por último, la presentación de una parte no contendiente no es nada más que una presentación amicus, y debe dársele únicamente el peso que su lógica y razonamiento ameritan.¹¹⁴ Al ponderar tales presentaciones, el Tribunal debe tener presente que un Estado parte no contendiente no es desinteresado, sino que necesariamente le preocupa el enfrentar reclamaciones de inversionistas.¹¹⁵

C. Colombia No Ha Probado Que Los Demandantes Carecen de Fundamentos

1. Colombia no ha probado que los Demandantes carecen de sustento para una reclamación de trato justo y equitativo

Perjuicios, ¶ 379 (en referencia a prácticas *sistemáticas*) (**RL-270**); *Telefónica S.A. contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones de Competencia, 25 de mayo de 2006, ¶ 113 (**CL-257**) (la cual sostiene que las prácticas deben ser “concordante, comunes y sistemáticas” para ser pertinentes).

¹¹³ Colombia solo ha alegado *una única* de práctica común con Estados Unidos, que es la presentación en este caso donde cita para sus propios intereses las presentaciones de partes no contendientes de Estados Unidos con aprobación. Esto no es suficiente. Véase la nota 112 *supra*.

¹¹⁴ *Telefónica contra Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Objeciones de Competencia, ¶ 111 (**CL-257**) (la cual sostiene que “[l]as posiciones independientes y distintivas adoptadas por dos Estados Contratantes como demandados en diferentes procesos arbitrales, que además no involucran a otro Estado Contratante, no constituye un “acuerdo” en ninguna de las múltiples formas admitidas por el derecho internacional”.); *Gas Natural SDG, S.A contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre Competencia Preliminar, 17 de junio de 2005, ¶ 47 n. 12 (**CL-258**) (donde rechaza la propuesta de “un argumento efectuado por una parte en el contexto de un arbitraje refleja las prácticas que constituyen el acuerdo entre las partes de un tratado dentro del significado del Artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena”).

¹¹⁵ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), pág. 35 (**CL-074**) (“[Un] mecanismo en virtud del cual una parte en una disputa es capaz de influenciar el resultado de un procedimiento judicial emitiendo una interpretación oficial en desmedro de la otra parte es incompatible con los principios de un procedimiento justo y, por lo tanto, no es deseable”.); Kendra Magraw, *Investor-State Disputes and the Rise of Recourse to State Party Pleadings As Subsequent Agreements or Subsequent Practice under the Vienna Convention on the Law of Treaties*, 30 REV. CIADI 142, 147 (2015) (**CL-259**) (“Especialmente en el ámbito de los inversionistas-el Estado, la confiabilidad de las SPP se ponen en duda porque los Estados tienen un ‘doble rol’ como Partes y partes en una disputa... Así pues, las Partes de un Tratado pueden limitar su responsabilidad y ser al mismo tiempo demandado en el mismo procedimiento— o bien, como remarcó un Tribunal, ‘ser jueces de [su] propia causa’.”).

a. La norma de trato mínimo ha evolucionado después del caso *Neer*

62. El Artículo 10.5 del APC establece que para un TJE, Colombia debe proporcionar un “trato conforme al derecho internacional consuetudinario” y luego aclara que “el párrafo 1 dispone la norma de trato mínimo de los extranjeros consagrada en el derecho internacional consuetudinario... y [no] crea derechos sustantivos adicionales.”¹¹⁶ Anexo 10-A luego establece lo siguiente:

Según confirman las partes, ambas entienden que ‘el derecho internacional consuetudinario’ en general y como se referencia específicamente en el Artículo 10.5 deriva de una práctica general y sistemática de los Estados que aplican como obligación jurídica. En cuanto al Artículo 10.5, el nivel de trato mínimo de los extranjeros en el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos y patrimoniales de los extranjeros.

63. En el Memorial de Contestación, los Demandantes explicaron que la norma internacional de trato justo y razonable ha evolucionado tras el caso *Neer*.¹¹⁷ De hecho, muchos han sugerido que la evolución de la norma *Neer* ha hecho que la diferencia entre el nivel de trato mínimo y un nivel de TJE autónomo sea esencialmente académico.¹¹⁸

64. Sin embargo, Colombia insiste en que el nivel mínimo de trato se mantiene congelado como expuso *Neer* en 1926.¹¹⁹ Colombia también sostiene que, como el APC establece que “el trato justo y equitativo” significa “el nivel mínimo de trato a extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario”, entonces debe

¹¹⁶ TPA, Art. 10.5, p. 1-2 (CL-001).

¹¹⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 46-50.

¹¹⁸ *Id.* en ¶¶ 44-45.

¹¹⁹ Réplica, ¶¶ 130-134.

haber una distinción entre el nivel de trato mínimo y el nivel autónomo,¹²⁰ aunque Colombia nunca expuso cuál podría ser esa diferencia.¹²¹ Colombia no ha cumplido con la carga de probar que el caso *Neer* expresado originalmente en 1926 establece la norma aplicable ni que las afirmaciones de los Demandantes no la cumplen.

65. Incluso las autoridades citadas por Colombia, la mayoría a menudo cita y aplica el nivel mínimo de trato expresado en *Waste Management II*, donde se describe el nivel mínimo de trato de la manera siguiente, como si se estuviera describiendo este caso:

[C]como indica esta encuesta, a pesar de determinadas diferencias de énfasis, está emergiendo un nivel general para el Artículo 1105. En conjunto, los casos *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el nivel mínimo de trato del trato justo y equitativo se ve infringido por la conducta atribuible al Estado y perjudicial para el demandante cuando la conducta es arbitraria, gravemente injusta, inequitativa o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicio racial o sectorial, o involucra una ausencia de debido proceso que conduce a un resultado que ofende una conducta judicial adecuada—como podría ser el caso con un fracaso manifiesto de la justicia natural en el procedimiento judicial o una completa falta de transparencia y sinceridad en un proceso administrativo. Al aplicar este nivel, es relevante que el trato no cumple con declaraciones realizadas por el Estado anfitrión que fueron tomadas en cuenta por el demandante razonablemente.¹²²

¹²⁰ *Id.* en ¶¶ 128-129.

¹²¹ Un debate relativo al nivel que, según el derecho internacional consuetudinario, se aplica al caso de TJE de los Demandantes tampoco es una cuestión adecuada que deba decidirse como una objeción preliminar. *Pac Rim contra El Salvador*, Caso del CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones del Demandado al amparo del Artículo 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, ¶ 112 (RL-036). Es el tipo de cuestión de derecho complicada que debe decidirse con el fondo del caso, tomando en cuenta un expediente completamente desarrollado. Véase, por ej., G. Mayeda, *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*, 41(2) J. OF WORLD TRADE 274, 274 (2007) (RL-299) (donde se observa que hay “un debate considerable” acerca del nivel de THE adecuado).

¹²² *Waste Management Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 ¶ 98 (RL-096). Véase Réplica, ¶ 131 n. 219 y 221. *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation contra Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantía, 22 de mayo de 2012, ¶ 152(2) (RL-171) (“el nivel de trato justo y equitativo en el derecho internacional consuetudinario se verá infringido por la conducta atribuible al Estado

66. Así pues, la abrumadora mayoría de casos que han considerado el nivel mínimo de trato adecuado para disposiciones de tratados similares a las del Artículo 10.5 han avalado la norma *Waste Management II* y rechazado la aplicabilidad de *Neer*.¹²³

Como estableció el tribunal¹²⁴ en *Eco Oro contra Colombia*:

Colombia acepta, de manera correcta, que el Tribunal no está obligado rigurosamente por el nivel que se establece en el caso *Neer*, y la visión del Tribunal es que el nivel hoy día es más amplio del que se define en el caso *Neer*.¹²⁵

67. Colombia actuó acertadamente al realizar esa concesión en ese momento, y no es correcto tratar de resucitar el nivel del caso *Neer* ahora. Los Demandantes han expuesto argumentos suficientes que cumplen este nivel.¹²⁶

y perjudicial para el demandante cuando la conducta es arbitraria, gravemente injusta, inequitativa o idiosincrática, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicio racial o sectorial, o involucra una ausencia de debido proceso que conduce a un resultado que ofende una conducta judicial adecuada—como podría ser el caso con un fracaso manifiesto de la justicia natural en el procedimiento judicial o una completa falta de transparencia y sinceridad en un proceso administrativo”.); véase también *id.* en ¶ 141-151 (al revisar la jurisprudencia que todos citaron *Waste Management II* con aprobación); *Cargill, Incorporated contra Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009 ¶¶ 281-285 (RL-070) (que analiza la evolución del derecho internacional consuetudinario y, en definitiva, sigue la norma del caso *Waste Management II*); *Glamis Gold, Ltd. Contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 559 (RL-040) (que cita *Waste Management II* considerada como “la revisión más integral” del derecho internacional consuetudinario); *International Thunderbird Gaming Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, ¶ 194 (RL-225) (donde se cita, entre otros, *Waste Management II* para proponer que el “contenido del nivel mínimo no debe interpretarse de manera restrictiva y debe reflejar la evolución del derecho internacional consuetudinario”.); véase también *id.* (donde observa que el derecho consuetudinario ha evolucionado desde el caso *Neer*).

¹²³ Véase, por ej., *El Paso Energy International Company contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 348 (CL-0XX).; *Azurix Corp vontra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, ¶¶ 370, 372 (CL-0XX).; *International Thunderbird contra México*, CNUDMI, Laudo, ¶ 194 (RL-225); *Gami Investments, Inc contra el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 15 de noviembre de 2004, ¶ 95 (CL-211).

¹²⁴ Colombia sugiere que los “Demandantes llegan a interpretar equivocadamente una presentación de Colombia en el caso *Eco Oro*”. Réplica, ¶ 127 n. 212. Sería imposible que los Demandantes hayan examinado y luego malinterpretado lo que Colombia acepta es una presentación de carácter privado. Los documentos de los Demandantes describen con precisión como el tribunal en ese caso describió la presentación de Colombia.

¹²⁵ *Eco Oro Minerals Corp. contra la República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Competencia, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación, 9 de septiembre de 2021, ¶ 744 (CL-050).

¹²⁶ Solicitud, Sección V(A).

68. De hecho, la única autoridad citada por Colombia que concluyó que el nivel sigue basándose en el caso *Neer* también concluyó que la definición de lo que constituye una violación del nivel basado en el caso *Neer* ha evolucionado con el tiempo.¹²⁷ No hay bases jurídicas para aplicar el nivel de TJE anticuado que invoca Colombia.¹²⁸
69. Por último, Colombia insiste el nivel mínimo de trato en el derecho internacional consuetudinario no se incluyen expectativas legítimas, o aun cuando se incluyeran, los Demandantes no han expuesto un incumplimiento de sus expectativas legítimas.¹²⁹ Sin embargo, como el tribunal indicó en *Waste Management*, “[a]l aplicar este nivel, es relevante que el trato no cumple con declaraciones realizadas por el Estado anfitrión que fueron tomadas en cuenta por el demandante razonablemente.”¹³⁰ En ese mismo sentido, *Glamis Gold y International Thunderbird*—ambos tomados en cuenta por Colombia—reconocieron que las expectativas legítimas pueden constituir la base de un incumplimiento del principio

¹²⁷ *Glamis Gold contra EE. UU.*, CNUDMI, Laudo, ¶¶ 612-613 (RL-040) (“El Tribunal concluye una aceptación aparente de que el nivel de trato justo y equitativo está sujeto al primer tipo de evolución: un cambio en la visión internacional de lo que es vergonzoso y escandaloso”). Colombia también cita *Genin contra Estonia*, una decisión de 2001 que plantea un nivel similar al del caso *Neer*, pero no coincide expresamente con el nivel *Neer*. Véase Réplica, ¶ 133 n. 222; *Genin contra Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001, ¶ 196 (CL-196). Los únicos dos casos citados por Colombia en esa nota al pie en definitiva avalaba el nivel del caso *Waste Management II*. Véase nota 123 *supra*. Ninguna parte del material secundario que cita Colombia analiza la práctica de los Estados, sino antes bien la opinión del propio autor sobre el nivel mínimo de trato, lo que no puede constituir la base del derecho internacional consuetudinario. Véase Réplica, ¶ 133 n. 223; APC, Anexo 10-A (CL-001). Del mismo modo, la cita de Colombia de otros tratados que han definido el TJE como equivalente del nivel mínimo de trato para extranjeros no logra probar que el nivel mínimo de trato es el mismo que se expresa en el caso *Neer*. Véase *id.* en ¶ 133 n. 200 y 221. Por último, la referencia que hace Colombia de presentaciones de Estados para sus propios intereses es igualmente infructuosa. Memorial de Contestación, ¶ 1.

¹²⁸ Con todo, los Demandantes sostienen que las violaciones que ha cometido Colombia al derecho al debido proceso durante el proceso de la CGR son lo suficientemente atroces para cumplir el nivel del caso *Neer*. Véase Memorial de Contestación en IV(A).

¹²⁹ Réplica, ¶¶ 135-139.

¹³⁰ *Waste Management contra México (II)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, ¶ 98 (RL-096).

de TJE.¹³¹ Como lo han hecho otros tribunales al considerar si ha habido un incumplimiento del nivel mínimo de trato justo y equitativo.¹³² En el único caso ante la CIJ citado por Colombia,¹³³ la CIJ concluyó que el concepto de “expectativas legítimas” no existía entre los Estados.¹³⁴ No surge de la opinión de la CIJ que dicho concepto no exista entre inversionistas extranjeros y Estados.

70. En este punto, los Demandantes han expuesto con suficiencia un incumplimiento de sus legítimas expectativas en virtud de las cuales esperaban que Colombia aplique su ley sobre responsables fiscales solo en relación con aquellos que quedan comprendidos en sus términos y condiciones, que aceptaría los niveles mínimos de debido proceso en todo proceso tramitado al amparo de esa ley, que no modificaría retroactivamente su ley para incorporar a los Demandantes en una definición más amplia de responsables fiscales, y que cualquier daño se evaluaría de una manera racional y transparente.¹³⁵

¹³¹ *Glamis Gold contra EE.UU.*, CNUDMI, Laudo, ¶¶ 620-621 (RL-040); *International Thunderbird contra México*, UNCITRAL, laudo, ¶ 147 (RL-225) (“Tras haber considerado la jurisprudencia reciente en materia de inversión y el principio de buena fe en el derecho internacional consuetudinario, el concepto de ‘expectativas legítimas’ se relaciona en el marco del TLCAN, a una situación en la que la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables de parte de un inversionista (o inversión) para actuar en función de dicha conducta, de modo tal que si la Parte contratante del TLCAN no cumple esas expectativas, el inversionista (o la inversión) podrían sufrir daños”).

¹³² Véase, por ej., *Eco Oro contra Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Competencia, Responsabilidad e Instrucciones para Cuantificación, ¶¶ 804, 820 (CL-050) (donde se concluyó que Colombia había violado el Artículo 805 al actuar de un modo arbitrario e inconsecuente y no cumplir las expectativas legítimas del Demandante).

¹³³ Réplica, ¶ 135.

¹³⁴ Véase *Mobil Investments contra Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación, ¶¶ 160-162 (RL-171).

¹³⁵ Solicitud, Sección V(A)(4).

71. La objeción de Colombia de que los Demandantes han tomado en cuenta el nivel equivocado de THE y no cumplen con el nivel que se expone en el caso *Neer*, debe ser rechazada.

b. El trato justo y equitativo se aplica a inversionistas, no solo a las inversiones

72. Colombia sostiene que ese Artículo 10.5 rige exclusivamente para inversiones, más que para inversionistas.¹³⁶ Sin embargo, Colombia no tiene una refutación significativa al hecho de que su posición fue considerada y desestimada tanto en *Lion contra México* y *Bahgat contra Egipto*.¹³⁷ Otros Tribunales del TLCAN han coincidido con estas posiciones cuando analizaron el Artículo 1105 del TLCAN, el cual es similar al Artículo 10.5. En *GAMI contra México*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que “si el gobierno omite implementar o cumplir sus propias leyes de un modo que no perjudique a un *inversionista* extranjero, esto puede constituir una violación del Artículo 1105”.¹³⁸ En *Chemturra contra Canadá*, el Tribunal observó asimismo que “el Artículo 1105 del TLCAN procura garantizar que los *inversionistas* de los Estados miembros se beneficien de equidad reglamentaria”.¹³⁹

¹³⁶ Réplica, ¶¶ 113-125.

¹³⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 37-39. Colombia acepta que el tribunal en *Bahgat contra Egipto* consideró que la mayoría de las acciones debía tomarse contra la inversión y, por ende, esta decisión no es importante. Véase Réplica, ¶ 115 n. 194. Sin embargo, tan solo porque el tribunal consideró que “[e]n cualquier caso, hay vasta evidencia de medidas que afectaron directamente a la inversión” no significa que el tribunal no haya primero rechazado explícitamente la posición planteada por Colombia. *Mohamed Abdel Raouf Bahgat contra la República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Definitivo, 23 de diciembre de 2019, ¶¶ 183, 185-186 (CL-052). En ese mismo sentido, Colombia no tiene respuesta para la posición en *Lion contra México*, salvo señalar que un socio de la firma de abogados de los Demandantes sin conexión con este caso era parte del equipo de México y alegar que la decisión tomada fue errónea. Réplica, ¶¶ 118, 122. Sin embargo, la decisión *Lion contra México* se basa en un precedente del TLCAN bien consolidado que rechaza sistemáticamente la interpretación de Colombia. Véase *Lion Mexico Consolidated L.P. contra Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021, ¶¶ 356-58 (CL-068).

¹³⁸ *Gami contra México*, CNUDMI, Laudo Definitivo, ¶ 91 (CL-211) (énfasis agregado).

¹³⁹ *Chemturra Corporation contra Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010, ¶ 179 (CL-212) (énfasis añadido).

En *Merrill & Ring contra Canadá*, el tribunal aceptó que el “Artículo 1105(1) prevé el tratamiento de los *inversionistas* de la otra Parte ‘de conformidad con la ley internacional’”.¹⁴⁰ En *S.D. Myers contra Canadá*, el tribunal manifestó que “un incumplimiento del Artículo 1105 tiene lugar solo cuando se demuestra que un *inversionista* ha recibido un trato injusto o arbitrario que el nivel de trato resulta ser inaceptable desde la perspectiva internacional”.¹⁴¹ De hecho, el Anexo 10-A del APC aclara que “[c]on respecto al Artículo 10.5, nivel mínimo de trato de extranjeros en el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios internacionales consuetudinarios *regard que protégé los derechos económicos de los extranjeros*.”¹⁴²

73. La cita que hace Colombia de *Grand River contra Estados Unidos* no ayuda en su posición porque el tribunal en ese caso se negó a dictaminar que el Artículo 1105 se limitaba solo a proteger inversiones:

Como se redacta en el Memorial de los Demandantes, la reclamación hizo hincapié en su trato como inversionistas, no el trato dado a sus inversiones. Esto sugiere un eventual problema en relación con la limitación a “inversiones” que establece el Artículo 1105, pero no a “inversionistas”. Este tema se planteó sucintamente pero no fue impulsado por las Partes. *A la luz de las otras conclusiones del Tribunal, no es necesario que dictamine en este respecto.*¹⁴³

¹⁴⁰ *Merrill & Ring Forestry L.P. contra el Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1 (TLCAN), Laudo, 31 de marzo de 2010¶ 183 (RL-105) (énfasis añadido).

¹⁴¹ *S.D. Myers, Inc. contra el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000¶ 263 (RL-112). Véase también *Waste Management contra México (II)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, ¶ 95 (RL-096) (que avala la posición del tribunal en el caso *S.D. Myers contra Canadá*).

¹⁴² APC, Anexo 10-A (CL-001) (énfasis añadido).

¹⁴³ *Grand River Enterprises Six Nations, LTD., y otros contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 206 (RL-101).

74. Los Tribunales que han considerado los mismos términos que el Artículo 10.5 del APC han concluido mayoritariamente que la disposición prevé protecciones para los inversionistas.¹⁴⁴ Esto es compatible con la Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio, la cual equipara las protecciones del Artículo 1105(1) con “el nivel mínimo de trato a extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario””¹⁴⁵
75. *Bahgat contra Egipto* explica por qué las distinciones propuestas por Colombia son artificiales y carecen de fundamento: “Las medidas adoptadas contra un inversionista o la dirección, o las medidas que deterioran las circunstancias que favorecieron la inversión, pueden igualmente tener un impacto en la inversión”.¹⁴⁶ Este razonamiento se aplica claramente en este caso dado que las medidas tomadas por Colombia contra los Demandantes han hecho peligrar toda su inversión, y el resto de sus negocios. De hecho, no queda del todo claro cómo puede ser posible prever inversiones con un TJE sin ofrecer protección similar a los propietarios de esas inversiones.

¹⁴⁴ La cita que hace Colombia de dos casos que pudo identificar, lo cuales no son aplicables como ya han explicado los Demandantes, no modifica esa conclusión. Véase Memorial de Contestación, ¶ 40; Réplica, ¶¶ 123-124. También es curioso que Colombia acuse a los Demandantes de basarse en precedentes con disposiciones redactadas de manera diferente (lo que no es cierto) cuando *Belokon contra Kirguistán*, uno de los dos casos en los que apoya su planteo Colombia, incluye una disposición redactada de forma diferente. *Valeri Belokon contra República Kirguiza*, CNUDMI, Laudo, 24 de octubre de 2014, ¶ 223 (RL-058). La otra jurisprudencia citada por Colombia es totalmente irrelevante porque, como la propia Colombia admite, solo se relacionan con la norma de NMF (nación más favorecida). Véase Réplica, ¶¶ 124 n. 208.

¹⁴⁵ Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), Notas Interpretativas de Determinadas Disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001, *disponible en* <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng> (CL-260). Memorial de Contestación, ¶ 39.

¹⁴⁶ *Bahgat contra Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, ¶ 185 (CL-052).

76. La afirmación de Colombia de que el Artículo 10.5 solo protegé inversiones y no a los inversionistas debe desestimarse.

c. Los Demandantes incluyen la reclamación de trato justo y equitativo, pero no se limita exclusivamente a la denegación de justicia

77. En la Solicitud de Arbitraje, los Demandantes alegaron varias violaciones del nivel de TJE. Específicamente, los Demandantes explicaron que la CGR había “iniciado indebidamente un proceso de responsabilidad fiscal en contra de los Demandantes (...) que les ocasionó daños graves y sustanciales, incluso antes de que se dictara un fallo definitivo”.¹⁴⁷ Los Demandantes adujeron que la CGR había iniciado un proceso de responsabilidad fiscal en su contra, sin formular ningún alegato específico ni presentar pruebas, y en oposición a la ley colombiana.¹⁴⁸ Asimismo, los Demandantes declararon que las Imputaciones de la CGR ignoraban las pruebas en contrario y hacían caso omiso de la ley colombiana.¹⁴⁹ Los Demandantes plantearon también que se habían violado los derechos al debido proceso puesto que no se les otorgó tiempo suficiente para responder a las Imputaciones y porque el resultado del proceso de la CGR estuvo predeterminado.¹⁵⁰ Los Demandantes alegaron que el “ejercicio de la CGR de la competencia sobre FPJVC [era] una aplicación errónea grave de la ley colombiana [por su propia naturaleza], que constituye una denegación de justicia y una violación de la norma de trato justo y

¹⁴⁷ Solicitud, ¶ 2.

¹⁴⁸ *Id.* en ¶¶ 76-79.

¹⁴⁹ *Id.* en ¶¶ 80, 82-87.

¹⁵⁰ *Id.* en ¶¶ 2, 88-92.

equitativo.”¹⁵¹ En suma, los Demandantes no solo adujeron una denegación de la reclamación de justicia, sino que también invocaron otras violaciones del Artículo 10.5 dado que Colombia omitió dispensar un tratamiento justo y equitativo a lo largo de todo el proceso de la CGR.

78. Desde entonces, el proceso ha violado aún más el nivel de TJE, por ejemplo, al aplicar de manera retroactiva una ley que amplía la definición del responsable fiscal y al determinarse que los demandantes participaron en actos de negligencia grave sin presentar la menor prueba de ello, incluso sin siquiera intentar explicar un vínculo causal entre la supuesta conducta de los Demandantes y cualquier elemento de daños y perjuicios; además, como en el caso *Glencore International contra Colombia*, se adoptó una teoría de daños y perjuicios completamente irracional.¹⁵²

79. La única respuesta de Colombia a la reclamación relativa al nivel de TJE de los Demandantes – con excepción de la parte que concierne a la denegación de justicia – es que “ninguno de los alegatos de los Demandantes es susceptible de violar la norma [de trato] [mínimo] sumamente elevada”, sobre la base de *Neer*, que Colombia declara ser aplicable.¹⁵³ Como se analizó más arriba, esta no es la regla aplicable a las normas de trato mínimo.¹⁵⁴ Además, Colombia tiene la carga de probar que la reclamación relativa al nivel de TJE de los Demandantes no puede

¹⁵¹ *Id.* en ¶ 12. Véase también *Id.* en ¶ 97 (“El ejercicio ilegítimo de la competencia por parte de la CGR y la formulación de imputaciones de responsabilidad fiscal en contra de FPJVC sin esgrimir ningún fundamento de derecho o de hecho plausible, en contravención tanto de la ley colombiana como del Contrato, le ha (1) denegado justicia a FPJVC, (2) lo ha privado del debido proceso y (3) frustró sus expectativas legítimas, todo ello violando la Norma de Trato Mínimo del APC”).

¹⁵² Véanse las Secciones II.B-D *supra*.

¹⁵³ Réplica, ¶ 149.

¹⁵⁴ Véase la Sección III.C.1.a. *supra*.

prosperar y no ha prosperado tal como se alega.¹⁵⁵ Su retórica agitada respecto de que su conducta pudo haber sido equivocada, pero no lo suficientemente equivocada, ni siquiera se acerca a esa norma.

80. Al tiempo que ignora el grueso del caso de los Demandantes, Colombia se centra en la reclamación de denegación de justicia e insiste en que los Demandantes tampoco pudieron establecer una reclamación porque “[u]n acto administrativo que no se halla sujeto a un control judicial posterior no puede, en sí mismo, constituir una denegación de justicia ni la violación de ninguna de las otras obligaciones sustantivas conforme al Tratado citado por los Demandantes”.¹⁵⁶ Aunque Colombia aduce que un acto administrativo no puede constituir el fundamento de ninguna violación de un tratado, tan solo postula su teoría de que un acto administrativo, independiente, no es suficiente para constituir una reclamación de denegación de justicia pues, según esgrime, no se han agotado los medios de reparación judicial locales.¹⁵⁷

81. Aunque Colombia pretende leer en el APC un requisito general de agotamiento de los medios de reparación judiciales, tal requisito no existe en el APC.¹⁵⁸ En realidad, el Artículo 10.5(2)(a) establece que “‘el trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procesos penales, civiles o contencioso administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas del mundo[.]” No dice que esta obligación sea exclusiva o

¹⁵⁵ Véase ¶¶ 57-58 *supra*.

¹⁵⁶ Réplica, ¶ 95. Véase también *id.* en ¶¶ 141-150.

¹⁵⁷ *Id.* en ¶¶ 96-101, 109.

¹⁵⁸ Véase, en general, el APC (CL-001).

tenga algún efecto sobre otras violaciones del APC. Colombia fracasa también en explicar de qué manera su insistencia en que se agoten los medios de reparación judiciales se condice con su afirmación de que cualquier recurso a los tribunales colombianos podría ser dañino para el caso de los Demandantes.¹⁵⁹

82. De manera similar, la objeción planteada por Colombia relativa a la reclamación de denegación de justicia no prospera. El único argumento esgrimido por Colombia es que los Demandantes no pudieron establecer una reclamación del Artículo 10.5.2(a) porque el proceso de la CGR no constituye un “procedimiento contencioso administrativo”.¹⁶⁰ Colombia aduce que la versión en español del APC deja en claro que la referencia al “procedimiento contencioso administrativo” es una referencia a un proceso judicial que se tramita en la competencia contencioso administrativa.

¹⁶¹

83. Sin embargo, las versiones en español y en inglés del APC revisten la misma autoridad.¹⁶² El texto en inglés deja en claro que el proceso de la CGR es procedente. El significado del término “procedimiento contencioso administrativo” en inglés es llano: un procedimiento contencioso ante un organismo administrativo.¹⁶³ El proceso de la CGR se condice con esta definición, puesto que,

¹⁵⁹ Réplica, ¶ 145.

¹⁶⁰ Réplica, ¶ 98.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² APC, Art. 23.6 (CL-001) (“Los textos en inglés y en español de este Acuerdo son igualmente auténticos.”).

¹⁶³ *Corona Materials, LLC contra República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas del Demandado, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 251, 253, 262 (RL-041) (que interpreta el término “procedimiento contencioso administrativo” como un proceso que se tramita ante un juez del fuero contencioso que lleva adelante el debido proceso y que está sujeto a revisión en el tribunal); *Indep. Producers Grp. contra Librarian of Cong.*, 792 F.3d 132, 134, 139 (Tribunal de Apelaciones para el Distrito de Columbia, 2015) (CL-213) (donde se hace referencia al proceso de revisión de la Junta de Regalías de Derechos de Autor como a un “procedimiento contencioso administrativo”); *Peterson contra Johnson*, 714

como la misma Colombia recalcó, los Demandantes tuvieron la oportunidad de presentar pruebas y apelar la Decisión de la CGR.¹⁶⁴ No existe nada en el texto en inglés que indique que un proceso tal sea únicamente judicial. Otros tribunales que interpretaron el mismo texto han considerado que este no es una referencia a un proceso judicial.¹⁶⁵ En realidad, si la disposición ha de interpretarse en ese sentido, entonces la referencia a “procesos civiles” parecería redundante.¹⁶⁶

F.3d 905, 914 (6° Circuito, 2013) (**CL-214**) (donde se determina que una audiencia sobre una negligencia importante constituía un “procedimiento contencioso administrativo”); *New York Civ. Liberties Union contra la Autoridad de Tránsito de la Ciudad de Nueva York*, 684 F.3d 286, 300 (2° Circuito, 2011) (**CL-215**) (“Más recientemente, en el caso *Comisión Marítima Federal contra Autoridad Portuaria de South Carolina*, se concluyó que los estados retenían la inmunidad soberana con la que cuentan en el tribunal cuando están sujetos a un procedimiento contencioso administrativo que ‘camina, habla y se desarrolla de manera muy similar a un litigio.’”); 2 Ley de Administración Judicial de Florida. § 273 (**CL-216**) (“Las partes de un procedimiento contencioso administrativo tienen derecho a una audiencia justa ante un tribunal imparcial y a que se les otorgue una determinación imparcial, no hostil o prejuiciosa.”); 2° N.Y. Ley de Administración Judicial de Nueva York § 259 (**CL-217**) (“Una parte de un procedimiento contencioso administrativo puede renunciar a su derecho de interrogar a testigos, sea mediante inacción o rehusándose a participar en dicho procedimiento.”); 9 CRR-NY 4.131 (1989) (**CL-218**) (que ordena a todas las agencias administrativas de Nueva York a preparar planes de adjudicación para adjudicación administrativa); Oficina para la Protección Financiera del Consumidor (CFPB), *Procedimientos contencioso administrativos*, <https://www.consumerfinance.gov/administrative-adjudication-proceedings/> (accedido el 9 de febrero de 2022) (**CL-219**) (“Los procedimientos contencioso administrativos son procesos contenciosos formales llevados a cabo por un juez del fuero administrativo, que emite una decisión recomendada directa a la CFPB. El director emite una decisión definitiva, en la cual o adopta o modifica la decisión recomendada por el juez del fuero administrativo.”); Harris G. (2016) *Administrative Adjudications*, en Farazmand A. (eds) *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*. Springer, Cham., 22 de abril de 2016, https://doi.org/10.1007/978-3-319-31816-5_953-1 (**CL-220**) (“Por contencioso administrativo se entiende el uso por parte de las agencias administrativas federales y estatales de las facultades judiciales que el poder legislativo les ha concedido.”).

¹⁶⁴ Memorial de Contestación en ¶ 101, 105-107; Réplica en ¶ 27-28.

¹⁶⁵ *Corona Materials contra República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas del Demandado, ¶ 251 (**RL-041**) (“El tratamiento de la denegación de justicia que establece el Artículo 10.5.2(a) se centra en diferentes formas de ‘procedimientos contenciosos’, ya sean penales, civiles o administrativos (...) Los procedimientos contenciosos que se clasifican dentro del alcance del Artículo 10.5.1 de DR-CAFTA se rigen por ‘el principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas jurídicos del mundo’”. (énfasis en el original)). Véase también *id.* en ¶ 253 (“los procedimientos contencioso administrativos, por lo general, no tienen lugar en un vacío legal; la actuación de dichos jueces del foro contencioso suele revisarse en los tribunales locales”).

¹⁶⁶ T. Gazzini, *INTERPRETATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES*, pág. 170 (**RL-271**) (“[L]as partes contratantes coincidieron en la opinión expresada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de que [el principio de eficacia] se halla implícito a través de los principios de buena fe y los criterios de ‘objeto y propósito’ (...). Así pues, el intérprete ha de presumir que todas las palabras o expresiones

84. Ante cualquier duda, ha de prevalecer la interpretación de los Demandantes. El Artículo 33(3) de la Convención de Viena establece que “[s]e presume que los términos y condiciones del tratado tienen el mismo significado en cada texto auténtico”. La interpretación de los Demandantes puede tener el mismo significado en inglés y en español, pero la interpretación del Demandado solo tiene sentido, si es que lo tiene, en español.
85. No obstante, aun si los términos no pudieran coincidir en inglés y en español, el Artículo 33(4) de la Convención de Viena establece que
- [s]alvo cuando prevaleciere un texto en particular (...), cuando una comparación de los textos auténticos revela una diferencia de significado que la aplicación de los artículos 31 y 32 no elimina, se adoptará el significado que sea más congruente con los textos, teniendo en cuenta el objeto y el propósito del tratado.
86. El propósito formulado en el APC incluye, *entre otras cosas*, (i) promover un “desarrollo económico generalizado”, (ii) garantizar “un marco legal y comercial para el negocio y la inversión,” y (iii) promover “la transparencia en el comercio y la inversión internacionales”.¹⁶⁷ Todos estos objetos del APC se satisfacen mejor con la interpretación de los Demandantes del Artículo 10.5.2(a), que garantiza que los derechos de los inversionistas internacionales no sean infringidos tampoco en procedimientos contencioso administrativos. Así pues, el Artículo 10.5.2(a) debería interpretarse correctamente en el sentido de que contempla la reclamación de

utilizadas en un tratado contribuyen a la definición de los derechos y las obligaciones de las partes. Dicho de otro modo, la interpretación que le asigna un cierto significado a estos términos o expresiones debe prevalecer sobre cualquier otra interpretación que pudiere tornarlas redundantes”).

¹⁶⁷ APC, Preámbulo (CL-001).

denegación de justicia derivada de un procedimiento contencioso administrativo, como el de la CGR que las partes coinciden en que es ahora definitivo.¹⁶⁸

87. Por otra parte, la interpretación de Colombia es completamente opuesta al propósito del Artículo 10.5.2. No tendría ningún sentido sostener que la CGR, una agencia administrativa que posee la facultad, o la facultad invocada, de determinar daños y perjuicios de millones de dólares sobre la base de pruebas endebles, no está sujeta a ninguna limitación del debido proceso, sino que el tribunal municipal de primera instancia que entiende en una reclamación contra un extranjero está sujeto a la norma internacional.
88. Además, Colombia objeta de manera equivocada la aseveración de los Demandantes sobre la inutilidad de un procedimiento adicional colombiano, al declarar que “este alegato no está respaldado siquiera por la más mínima prueba”.¹⁶⁹ No obstante, los Demandantes no están obligados a establecer sus fundamentos probatorios en esta etapa y¹⁷⁰ la objeción de Colombia fracasa por completo. El alegato de inutilidad es suficiente en esta etapa.¹⁷¹ En cualquier caso, hasta el momento, la tramitación del proceso en los tribunales colombianos apenas sugiere que estos vayan a proporcionar un medio eficaz de rectificación para los Demandantes.
89. Por último, Colombia acusa a los Demandantes de intentar hacer madurar la reclamación mediante eventos posteriores.¹⁷² No es así. Tal como se indicó en el

¹⁶⁸ Véase ¶ 42 *supra*.

¹⁶⁹ Réplica, ¶ 145.

¹⁷⁰ Véase la Sección III.A *supra*.

¹⁷¹ Solicitud, ¶ 110.

¹⁷² Réplica, ¶ 102.

Memorial de Contestación de los Demandantes, la reclamación ya se hallaba madura cuando se interpuso y los eventos subsiguientes lo han confirmado aún más.¹⁷³ Específicamente, desde la formulación de la reclamación relativa al nivel de TJE, la Decisión de la CGR se ha tornado definitiva y, por tanto, los Demandantes han agotado sus medios de reparación administrativos.¹⁷⁴ En la Decisión de la CGR, esta aplicó de manera retroactiva una ley aprobada en 2021 para ampliar la definición del responsable fiscal, aparentemente en respuesta al caso de los Demandantes, y adoptó una norma de daños y perjuicios irracional e incomprensible.¹⁷⁵ Esto ha exacerbado las violaciones al Artículo 10.5 de parte de Colombia. Como sea, Colombia no disputa que los Demandantes puedan sumar esta violación a su reclamación relativa al nivel de TJE, siempre y cuando la reclamación, tal como se formuló al momento de la Solicitud de Arbitraje, haya sido también válida (y así fue).¹⁷⁶

90. Por todas estas razones, no debería hacerse lugar a la objeción de Colombia a la reclamación relativa al nivel de TJE de los Demandantes.

2. Colombia no ha probado que no existan fundamentos para la reclamación de trato nacional de los Demandantes

91. Colombia no ha demostrado que los hechos, tal como se alegaron, no puedan constituir un fundamento para una reclamación conforme al Artículo 10.3 del

¹⁷³ Memorial de Contestación, ¶¶ 19-23.

¹⁷⁴ Este hecho no está bajo disputa. Véase Réplica, ¶ 36 (“El Fallo de Segunda Instancia llevó la etapa declaratoria a nivel administrativo del Proceso de Responsabilidad Fiscal a un cierre, y el Fallo con Responsabilidad Fiscal se tornó ‘vinculante’ o ‘definitivo’”); y ¶ 101 (“Aunque es cierto que los Demandantes han agotado ahora los medios de reparación administrativos locales en contra del Fallo con Responsabilidad Fiscal (...”).

¹⁷⁵ Véase el Decreto 403 de 2020 (CL-007).

¹⁷⁶ Véase Réplica, ¶¶ 103-106.

APC.¹⁷⁷ En cambio, Colombia objeta de manera incorrecta los alegatos de los Demandantes y pasa por alto que corre con la carga de la prueba. Mediante dos presentaciones, Colombia no ha podido abordar de manera significativa, y menos probar, cómo la decisión de la CGR de desvincular a los integrantes de la Junta Directiva de Ecopetrol, que eran responsables fiscales, pero no desvincular a los Demandantes, que no lo eran, a partir de los mismos procedimientos de la CGR, no fue discriminatoria y, por ende, *prima facie*, una violación al Trato Nacional.¹⁷⁸

92. Según el Artículo 10.3, Colombia debe dispensar “un tratamiento no menos favorable que el que dispensa, en iguales circunstancias, a sus propios inversionistas” y a las “inversiones de sus propios inversionistas dentro de su territorio”.¹⁷⁹ Los Demandantes han declarado que estaban “en iguales circunstancias” que la Junta Directiva de Ecopetrol, pues ambos participaban en el Proyecto y estaban imputados en el proceso de la CGR.¹⁸⁰ Sin embargo, durante el proceso de la CGR, esta trató a los Demandantes de manera menos favorable que a la Junta Directiva de Ecopetrol, dado que desvinculó a dicha junta directiva como si sus miembros no fueran responsables fiscales (pese a que tenían, en realidad, autoridad para tomar decisiones sobre el Proyecto), pero se rehusó a desvincular del proceso a los Demandantes, pese a que estos no eran responsables fiscales conforme a la prueba que se aplicó a la Junta Directiva de Ecopetrol.¹⁸¹

¹⁷⁷ Véase ¶¶ 49-58 *supra*.

¹⁷⁸ Solicitud, ¶¶ 174-178.

¹⁷⁹ APC, Art. 10.3.1-2 (CL-001).

¹⁸⁰ Solicitud, ¶¶ 9, 80, 176.

¹⁸¹ *Id.* en ¶¶ 13, 81, 125, 166, 176-177.

93. En lugar de explicar cómo estos alegatos, incluidos todos en la Solicitud de Arbitraje y que deben, por tanto, presumirse como verdaderos,¹⁸² no conforman, *prima facie*, una violación al Artículo 10.3 (que Colombia no puede hacer), Colombia (i) se centra en la cuestión equivocada, a saber, que tanto ciudadanos colombianos como extranjeros fueron imputados y hallados culpables en el proceso de la CGR; y (ii) objeta de manera equivocada las aseveraciones de los Demandantes de que la Junta Directiva de Ecopetrol fue desvinculada del proceso de la CGR pese a que sus integrantes eran responsables fiscales.¹⁸³ Colombia alega, además, que a los Demandantes, en realidad, se los trató de manera más favorable que a ciudadanos colombianos pues la CGR no emitió ninguna medida cautelar en contra de los Demandantes, y que los Demandantes no han cumplido con el nivel que conforma una violación al Trato Nacional, como se explica en *S.D. Myers contra Canadá*.¹⁸⁴ Ninguno de estos argumentos tiene sustento jurídico.
94. *En primer lugar*, que tanto ciudadanos como extranjeros fueran imputados y hallados culpables por la CGR es completamente irrelevante para los alegatos específicos de discriminación de los Demandantes, en comparación con ciudadanos colombianos en situación similar. En realidad, Reficar (los ciudadanos hallados culpables) y FPJVC no se encontraban en “las mismas circunstancias”, pues Reficar, como propietario del Proyecto, lo gestionó por sí mismo y tomó todas las

¹⁸² Colombia declara falsamente que los alegatos de los Demandantes no pueden o no deberían presumirse como verdaderos. Véase Réplica, ¶ 161.

¹⁸³ *Id.* en ¶¶ 160-162, 166.

¹⁸⁴ *Id.* en ¶¶ 164-166.

decisiones relativas a este; en tanto que los Demandantes se limitaron a brindarle apoyo y recomendaciones, a solicitud de Reficar.

95. *En segundo lugar*, la aseveración de Colombia de que la CGR determinó que la Junta Directiva de Ecopetrol estaba compuesta por responsables fiscales pero que no eran culpables en términos fiscales, no solo resulta errónea en esta etapa dado que es una cuestión de fondo, sino que tampoco es verdadera.¹⁸⁵ Con relación a la Junta Directiva y al Control de Cambios 2 de Ecopetrol, la Contraloría General determinó que

*para que una persona sea imputada por una responsabilidad fiscal debe existir responsabilidad fiscal y en este caso, (...) [algunos directores de la Junta Directiva de Ecopetrol] no tenían poder de decisión sobre el control de cambios referido más arriba, [dado que] solo podían formular recomendaciones, sugerencias y solicitudes al Presidente de Ecopetrol y a la administración de Reficar (...)*¹⁸⁶

96. Se realizaron análisis similares con respecto a los Controles de Cambios 3 y 4, y a una Junta Directiva de Reficar.¹⁸⁷ Por tal motivo, la CGR fundó su decisión de desvincular a la Junta Directiva de Ecopetrol en la conclusión errónea de que no eran responsables fiscales. Si el Tribunal tuviera que analizar minuciosamente el fondo de esta disputa en la presente etapa preliminar, los documentos solo respaldan los alegatos de los Demandantes.
97. *En tercer lugar*, los dichos de Colombia de que los Demandantes “recibieron un tratamiento aún más favorable que los ciudadanos en el Proceso de Responsabilidad Fiscal” porque son los únicos demandados en el procedimiento de responsabilidad

¹⁸⁵ *Id.* en ¶ 162 n. 279.

¹⁸⁶ Auto 0188 del 15 de agosto de 2018, pág. 48 (C-026).

¹⁸⁷ Para leer un análisis del Control de Cambios 3, véase *id.* en 50, y para un análisis del Control de Cambios 4, véase *id.* en 58.

fiscal contra los cuales la CGR no ha emitido medidas cautelares es erróneo e irrelevante. En la Respuesta de Colombia a la Solicitud de Reparación Temporal de Emergencia de los Demandantes, Colombia esgrime que la CGR no emitió medidas cautelares en contra de los Demandantes tan solo porque estos no pudieron identificar ningún activo:

[a]l no haber podido identificar ningún activo de propiedad de los Demandantes, la CGR no emitió ninguna medida cautelar en contra de los activos de Foster Wheeler o Process Consultants durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal, pese a que tenía la autoridad para hacerlo.¹⁸⁸

98. Colombia dejó en claro también que de haberse encontrado activos, se habrían emitido medidas cautelares en contra de los Demandantes.¹⁸⁹ En efecto, la CGR incluso se dirigió al Departamento de Justicia de los Estados Unidos a los fines de pedir ayuda para localizar y embargar activos de los Demandantes.¹⁹⁰ Por consiguiente, que la CGR no haya podido embargar ningún activo (aunque no por no haberlo intentado) no equivale a un tratamiento más favorable.
99. Más importante aún, que Colombia solicitara medidas cautelares contra aquellos que cumplen con la definición de responsable fiscal, y no contra los Demandantes, es completamente irrelevante. El punto es que los colombianos que no eran responsables fiscales, pues se determinó que carecían de autoridad respecto de los gastos, fueron desvinculados; en tanto que los Demandantes, que no eran

¹⁸⁸ Respuesta del Demandado a la Solicitud de Reparación Temporal de Emergencia de los Demandantes, con fecha 30 de septiembre de 2021, ¶ 33 (“De acuerdo con la ley colombiana, durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal, la CGR llevó a cabo una búsqueda – tanto a nivel local como en el extranjero – de activos de propiedad de las partes supuestamente culpables, incluidos Foster Wheeler y Process Consultants, que podrían utilizarse para pagar el monto de un posible fallo con responsabilidad fiscal”).

¹⁸⁹ *Id.* en ¶¶ 34, 36.

¹⁹⁰ Solicitud, ¶ 92.

responsables fiscales, según la misma prueba, no lo fueron. Esa es la discriminación nacional objeto de la reclamación de este caso.

100. *Por último*, ninguno de los precedentes jurisprudenciales de Colombia sirve de ayuda en su caso. La cita a diversos precedentes jurisprudenciales de parte de Colombia para la propuesta básica de que el Trato Nacional tiene por fin abordar la discriminación basada en la nacionalidad es completamente superflua¹⁹¹, pues los Demandantes han alegado una discriminación basada en la nacionalidad, como se indicó más arriba. Los otros precedentes jurisprudenciales de Colombia solo ayudan a los Demandantes. Tanto Colombia como todos los precedentes jurisprudenciales que esta cita reconocen que la discriminación basada en la nacionalidad no necesariamente debe ser *de derecho*, sino que también puede ser *de hecho*.¹⁹² Los Demandantes han declarado que una medida (el proceso de la CGR), aunque originalmente se haya iniciado en contra de ciudadanos y extranjeros por igual, en la práctica trató a dos entidades (los Demandantes y los miembros de Ecopetrol) en iguales circunstancias de manera diferente; y, como lo probarán en

¹⁹¹ Véase Réplica, ¶ 165 n. 286.

¹⁹² Réplica, ¶¶ 164-165; *Seda contra Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de Norteamérica, ¶ 50 (RL-054) (“La discriminación basada en la nacionalidad conforme al Artículo 10.3 puede ser *de derecho* o *de hecho*. *La primera* tiene lugar cuando una medida, a primera vista, discrimina entre inversionistas o inversiones en iguales circunstancias, sobre la base de la nacionalidad. *La segunda* ocurre cuando una medida que aparenta ser neutral con respecto a la nacionalidad se aplica de manera discriminada sobre la base de la nacionalidad”); Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, pág. 152 (Kluwer International Law 2009) (RL-296) (“La mayor parte de la jurisprudencia que existe hasta la fecha en materia de acuerdos internacionales de inversión sugiere que la finalidad del trato nacional es la de prohibir *la discriminación de derecho y de hecho*”); *Marvin Feldman contra México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶¶ 166, 184 (RL-102) (que determina una violación del Artículo 1102 con fundamentos de *hecho*); *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de junio de 2018, ¶ 249 (RL-111) (“Tal discriminación (...) presupone que los inversionistas extranjeros y nacionales, y sus inversiones, se ven afectados de manera diferente, *de derecho* o *de hecho*, ya sea por la misma medida del gobierno o por medidas que están suficiente y estrechamente conectadas como para derivar en un tratamiento discriminatorio”).

la cuestión de fondo, esa diferencia se debe a que se cometió una *discriminación* de hecho basada en sus nacionalidades.

101. Los Demandantes han alegado una violación *prima facie* del Trato Nacional, y no debería hacerse lugar a la objeción de Colombia.

3. Colombia no ha probado que no existan fundamentos para la reclamación de tratamiento de nación más favorecida de los Demandantes.

102. Como seguramente esté al tanto el Tribunal, la importación de disposiciones sustantivas de otro tratado de inversión mediante la operación de una cláusula de nación más favorecida es una cuestión muy aceptada en la práctica moderna de arbitraje de inversiones.¹⁹³ La incorporación de la cláusula paraguas del Tratado Bilateral de Inversión Colombia-Suiza constituye un ejercicio normal de esa regla general. El Artículo 10.4 del APC exige que Colombia le dispense a los inversionistas y a las inversiones un “tratamiento no menos favorable que el que le dispensa, en iguales circunstancias, a inversionistas de cualquier otra Parte (...)”. Como lo explicaron los Demandantes, esta cláusula contempla la importación de protecciones importantes de otros tratados.¹⁹⁴ Colombia no ha podido probar que no existan fundamentos para la reclamación del tratamiento de nación más favorecida de los Demandantes, conforme al Artículo 10.4.¹⁹⁵
103. Como cuestión inicial, los argumentos de Colombia con respecto al Artículo 10.4, nuevamente, intentan de manera equivocada colocar la carga de la prueba sobre los

¹⁹³ Véase Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Tratamiento de Nación Más Favorecida, Serie de la CNUCYD sobre Acuerdos Internacionales de Inversión (Nueva York y Ginebra, 2010) (RL-119).

¹⁹⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 72-90.

¹⁹⁵ Réplica, ¶¶ 169-179.

Demandantes.¹⁹⁶ Asimismo, muchos de los argumentos esgrimidos por Colombia van al fondo de la disputa, lo cual no es lo apropiado para objeciones preliminares.¹⁹⁷

104. Tampoco es correcto, mucho menos “claro”, que el Artículo 10.4 exija una “comparación de las situaciones de tratamiento de hecho efectivamente concedidas en circunstancias similares”,¹⁹⁸ y la interpretación del Demandado es sumamente acotada e incongruente con decisiones y análisis anteriores de los tribunales.¹⁹⁹ La interpretación de Colombia, que parece indicar que cuando los inversionistas sujetos a un tratado cuyas disposiciones se tratan por debajo del nivel establecido en él, es esa violación la que fija la norma de conducta, no halla respaldo en los casos decididos. En *ATA Construction contra Jordania*, por ejemplo, el tribunal concluyó que el Artículo II(2) del TBI entre Turquía y Jordania, que establecía un tratamiento “no menos favorable que el dispensado a inversiones en situaciones similares”, contemplaba la importación de derechos sustantivos.²⁰⁰ En *Bayindir*

¹⁹⁶ Véase ¶¶ 49-58 *supra*.

¹⁹⁷ *Id.*

¹⁹⁸ Réplica en ¶ 170.

¹⁹⁹ Colombia señala que los Demandantes citaron el Borrador de los Artículos de la CDI relativo a las cláusulas de NMF para determinar que “[e]l beneficiario de la cláusula de NMF, no obstante, no necesita demostrar que el estado tercero (o sus ciudadanos) ha, en efecto, invocado los beneficios del tratado con terceros. La mera existencia del tratado con terceros basta”. Réplica en n. 292 (donde se cita el Memorial de Contestación en ¶ 88). Los Demandantes pretendieron citar la obra *The MFN Clause and Its Evolving Boundaries* [La Cláusula de NMF y sus Límites en Evolución] en 601, de donde toman sus citas. Cohen Smutny, Petr Polásek & Chad Farrell, *The MFN Clause and Its Evolving Boundaries*, en *Arbitration Under International Agreements: A Guide to the Key Issues* (K. Yannaca-Small ed., OUP 2018) (CL-135); véase *id.* at 601 (donde se señala que en 2015, la CDI estableció un Grupo de Estudio sobre la cláusula de NMF, que concluyó que “las cláusulas de NMF permanecen inalterables en cuanto a su naturaleza desde la época en que se concluyó el borrador de los artículos de 1978” y que las “disposiciones principales del borrador de los artículos de 1978 continúan siendo la base para interpretar y aplicar las cláusulas de NMF en la actualidad”).

²⁰⁰ *ATA Constr. contra Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010, ¶ 125 n. 16 (CL-134) (“El Tribunal observa también que, en virtud del Artículo II(2) del Tratado (la cláusula de “NMF”), el Demandado ha asumido la obligación de dispensarle un tratamiento justo y equitativo a la inversión del

contra Paquistán, el tribunal interpretó el mismo texto en el sentido de que contemplaba la importación de obligaciones sustantivas.²⁰¹ En *Rumeli contra Kazajstán*, como tercer ejemplo, las partes y el tribunal coincidieron en que el mismo texto contemplaba la importación de obligaciones sustantivas.²⁰² En suma, aunque Colombia halló dos casos que difieren de esta visión, la abrumadora mayoría de los tribunales que consideran el mismo texto ha llegado a la conclusión de que se contempla la importación de disposiciones sustantivas.²⁰³

Demandante (véase el TBI entre Reino Unido y Jordania), así como un tratamiento no menos favorable que el que exige la ley internacional”); Tratado Bilateral de Inversión entre Turquía y Jordania, Art. II(2) (1993) (CL-252).

²⁰¹ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra República Islámica de Paquistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 230-232 (CL-033); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, ¶ 153 (CL-126).

²⁰² *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. contra República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, ¶¶ 558, 575 (CL-070).

²⁰³ Además, como ya lo han señalado los Demandantes, la interpretación *de hecho* establecida en *Ickale contra Turkmenistán* (CL-136) ha sido objeto de crítica. Véase el Memorial de Contestación, ¶ 89. Esta interpretación del Artículo 10.4 queda nuevamente confirmada por la nota al pie en el APC, donde se especifica que el mecanismo de resolución de disputas no puede importarse a través del mencionado artículo, lo que significa que las protecciones sustantivas sí pueden importarse. Véase el Memorial de Contestación, ¶¶ 73, 76. La aplicación del principio *expressio unius est exclusio alterius* (la inclusión de una cosa significa la exclusión de otra) conduce a concluir que las protecciones sustantivas, al contrario de las disposiciones de resolución de disputas, pueden incorporarse. Véase *id.* en ¶¶ 76-81; 92-93. Véase *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra República Oriental del Uruguay*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB/10/7, 2 de julio de 2013, ¶ 87 (CL-221) (“Como lo apuntaron otros tribunales que entienden en tratados de inversión, las excepciones al tratamiento de NMF para determinados acuerdos preferentes dan cuenta de que las partes consideraron qué cuestiones no debían beneficiarse de la protección de NMF. Como el arreglo de disputas no se incluyó entre tales excepciones, conforme a la regla ‘*expressio unius est exclusio alterius*’, la disposición de NMF se hace extensiva a la resolución de disputas”); véase también *National Grid PLC contra República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción, CNUDMI, 20 de junio de 2006, ¶ 82 (CL-121) (que interpreta una cláusula similar de NMF para el Artículo 10.4 del APC en materia de resolución de disputas); véase también *Waste Management contra México (II)*, Caso CIADI No. ARB/00/3, Laudo, ¶ 85 (RL-096); véase Réplica en n. 298, que cita a *Teinver S.A. contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017, ¶ 884 (RL-117) para el argumento de que los encargados del borrador del APC estaban al tanto de la existencia de cláusulas paraguas y que las habrían incluido si hubiesen tenido la intención de hacerlo. El argumento contrario podría igualmente ser cierto: si los encargados de redactar el borrador pensaron en *excluir* los mecanismos de resolución de disputas, ¿por qué no también las cláusulas paraguas? Colombia no tiene ninguna refutación sustantiva contra el argumento de los Demandantes. Colombia cita una fuente secundaria que analiza dos laudos que advirtieron sobre la “aplicación mecánica” del principio *expressio unius est exclusio alterius*, pero ese no es el único principio

105. La afirmación del Demandado de que ninguno de los alegatos de los Demandantes guarda relación con “el establecimiento, la adquisición, la expansión, la administración, la conducción, la operación y la venta u otra forma de enajenación de inversiones en su territorio” pasa por alto de manera flagrante los escritos de los Demandantes y la naturaleza de las cláusulas paraguas.²⁰⁴ De modo similar, la aseveración de Colombia de que “la distinción artificial que los Demandantes intentan crear entre la prueba oral presente o pasada es absolutamente irrelevante”²⁰⁵ no respeta la Convención de Viena y su mandato de que el APC “se interprete de buena fe, de conformidad con el significado habitual que ha de atribuírseles a los términos del tratado dentro de su contexto y a la luz de su objeto y propósito.”²⁰⁶ La interpretación de los Demandantes del Artículo 10.4 queda respaldada por su significado habitual, las decisiones previas y otros precedentes jurisprudenciales.
106. El argumento de Colombia de que la cláusula paraguas no puede importarse porque este derecho sustantivo no existe en el APC es erróneo. El APC, en efecto, incluye un derecho sustantivo equivalente a una cláusula paraguas conforme al Artículo 10.16.1(a)(i)(C). Las decisiones en las cuales se basa el Demandado para apoyar su argumento de que las cláusulas de nación más favorecida no pueden utilizarse para importar derechos sustantivos que no se encuentren en el APC, como la cláusula

interpretativo en el cual se basa el argumento de los Demandantes, y estos no han aplicado dicho principio de forma mecánica. Véase Réplica, ¶ 169 n. 291. Por lo demás, Colombia no ofrece ningún argumento en contra.

²⁰⁴ Réplica, ¶ 170 n. 292; véase Solicitud, ¶¶ 192-195.

²⁰⁵ Réplica, ¶ 170 n. 292.

²⁰⁶ Convención de Viena, Art. (RL-053). Aunque Colombia suele presentar la versión en español del APC como la redacción correcta, tal argumento omite reconocer que el APC fue autenticado tanto en inglés como en español, lo que significa que el “texto tiene la misma autoridad en ambos idiomas”.

paraguas, también carecen de sustento.²⁰⁷ Por ejemplo, la cláusula de nación más favorecida en *Paushok contra Mongolia* se limitó expresamente a la norma de tratamiento justo y equitativo, a diferencia del Artículo 10.4 del APC, que no se circunscribe a un derecho u obligación sustantiva en particular.²⁰⁸

107. Una limitación semejante, que Colombia admite no se halla en la redacción del APC, tampoco tiene sentido. Si el derecho o la obligación sustantiva solo puede existir si ya está incluido en el tratado pertinente, entonces la cláusula de NMF no tendría sentido.
108. El argumento de Colombia de que una cláusula paraguas sería contraria a su política pública es igualmente infructuoso.²⁰⁹ El Tribunal Constitucional colombiano debe revisar si un tratado es o no constitucional antes de que sea ratificado por Colombia.²¹⁰ El Tribunal Constitucional de Colombia ha aprobado otros tratados con cláusulas paraguas, incluido el APC, que contempla el incumplimiento de un acuerdo de inversión (equivalente a una cláusula paraguas).²¹¹

²⁰⁷ A diferencia de la postura del Demandado de que las cláusulas de NMF no pueden importar derechos sustantivos, en realidad, según el “consenso general (...) la cláusula de NMF puede aplicarse a derechos sustantivos.” Véase el Capítulo 6: *Normas de Protección*, en Josefa Sicard-Mirabal e Yves Derains, *Introduction to Investor-State Arbitration*, (Kluwer Law International 2018) pp. 133-160 (CL-222).

²⁰⁸ *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company contra Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011, ¶¶ 562-573 (RL-314); véase también *Renta 4 S.V.S.A. y otros contra la Federación Rusa*, SCC No. 24/2007, Dictamen Separado de Charles N. Brower, 20 de marzo de 2009, ¶ 10 (CL-223) (“[N]o veo motivos para que una cuestión relativa a la incorporación de un consentimiento más amplio para el arbitraje conforme a los tratados de inversión de terceros países del Estado anfitrión deba tratarse de manera diferente de la aplicación aceptada reiteradamente de cláusulas de NMF a normas sustantivas de tratamiento, o (antes bien) la aplicación reiteradamente aceptada de cláusulas de NMF al acortamiento de periodos de espera”).

²⁰⁹ Réplica, ¶¶ 172-173.

²¹⁰ Constitución Política colombiana, art. 241(10) (CL-253).

²¹¹ Tribunal Constitucional de Colombia, Fallo C-286 del 13 de mayo de 2015, Caso No. LAT-433 (CL-224); Tribunal Constitucional de Colombia, Fallo C-150 del 11 de marzo de 2009, Caso No. LAT-328 (CL-225); Tribunal Constitucional, Fallo C-750/08 del 24 de julio de 2008, Caso No. LAT-311 (CL-254).

109. La afirmación de Colombia de que ninguno de sus tratados otorga el consentimiento para arbitrar reclamaciones relativas a la cláusula paraguas, de modo tal que no se les permite a los Demandantes hacerlo, es errónea tanto de hecho como de derecho. En términos fácticos, el TBI entre Colombia y Japón contempla claramente el arbitraje de reclamaciones relativas a cláusulas paraguas.²¹² Más importante aún, no hay razones para que normas sustantivas de protección no puedan importarse de otro tratado sin incorporar una disposición del tratado relativa a la resolución de disputas.²¹³ Como lo determinó el tribunal en *Siemens contra Argentina*,

Esta comprensión de la operación de la cláusula de NMF podría frustrar el resultado pretendido de la cláusula, que es el de armonizar beneficios acordados con una parte con aquellos considerados más favorables, otorgados a otra parte. Obligaría a la parte que reclama un beneficio en virtud de un tratado a considerar las ventajas y desventajas de dicho tratado en su conjunto, en lugar de tan solo los beneficios. El Tribunal reconoce que pueden existir fundamentos de fondo en la propuesta que indica que dado que un tratado se ha negociado como un paquete, otras partes también deberían estar sujetas a sus desventajas a fin de beneficiarse de él. Las desventajas pueden haber consistido en una compensación por las ventajas declaradas. Sin embargo, este no es el significado de una cláusula de NMF. Como el propio nombre lo indica, se relaciona exclusivamente con un tratamiento más favorable.²¹⁴

²¹² Aunque el Artículo 28(1) inicialmente excluye las reclamaciones vinculadas a cláusulas paraguas, el Artículo 28(2) deja claro, entonces, que se debe únicamente a que existen procedimientos separados para esas reclamaciones, pero no que Colombia directamente no otorgue el consentimiento para arbitrarlas.

²¹³ Memorial de Contestación, ¶¶ 71-81; en realidad, la mayor parte de la controversia en torno a la incorporación a través de cláusulas de NMF se refiere a derechos procesales en el segundo tratado y no a sus disposiciones sustantivas.

²¹⁴ *Siemens A.G. contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, ¶ 120 (CL-123). Véase también Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses*, 27 BERKELEY J. INT'L LAW 496, 536 (2009) (CL-131) (“lo que parece ser una multilateralización selectiva de determinados beneficios sin ampliar desventajas conectadas también puede entenderse como una aplicación rigurosa de la naturaleza incondicional de las cláusulas de NMF que tanto el desarrollo histórico como la CDI intentan en el apoyo a la codificación”).

110. Por último, la afirmación de Colombia de que los Demandantes no han alegado hechos suficientes que indiquen una violación de la cláusula paraguas se basa en gran medida en su opinión de que Reficar no forma parte del gobierno central.²¹⁵ Los Demandantes han esgrimido hechos suficientes respecto de que las acciones de Reficar son atribuibles a Colombia, y ya han señalado que esta es una cuestión de fondo.²¹⁶

4. Los Demandantes han establecido una reclamación por la violación de un acuerdo de inversión

111. Colombia no ha podido demostrar cómo los hechos, tal como se declararon en la Solicitud de Arbitraje, no alegan una violación de un “acuerdo de inversión” conforme al Artículo 16.1 del APC.

112. Los Demandantes han respondido al argumento de Colombia de que no poseen una “inversión” en dicho país, tal como se define en el APC y conforme al Artículo 26 del CIADI del Convenio del CIADI.²¹⁷

113. Colombia aduce que Reficar no es una “autoridad nacional” pues no es una “autoridad a nivel central del gobierno”, según la definición del Artículo 10.28,²¹⁸

²¹⁵ Réplica, ¶ 178.

²¹⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 108-112.

²¹⁷ *Id.* en ¶¶ 134-156; véase también ¶¶ 133-144 *infra*.

²¹⁸ Colombia también declara, sin proporcionar respaldo, que el Contrato no constituye un “acuerdo de inversión” para “emprender proyectos de infraestructura, como la construcción de caminos, puentes, canales, represas o tuberías, que no son para el uso y el beneficio exclusivos o predominantes del gobierno”, pues FPJVC no era el Contratista EPC. Véase Réplica en n. 321. La definición de la palabra “emprender” es “comprometerse y comenzar (un emprendimiento o una responsabilidad); asumir” o bien “prometer hacer una cosa en particular”. Véase Merriam Webster Dictionary, disponible en <https://www.merriam-webster.com/dictionary/undertake> (visitado por última vez el 3 de febrero de 2022) (C-028). Una lectura sencilla de la definición de “acuerdo de inversión”, como lo exige el Artículo 31 de la Convención de Viena (RL-053), no deriva en la interpretación preferida de Colombia de que la única parte que ha de “emprender” el proyecto de Reficar sería el Contratista EPC. Antes bien, muchas partes, incluidos los Demandantes, podían (y así lo hicieron) “comprometerse” con el Proyecto.

basándose principalmente en las definiciones del Anexo 9.1 del APC. Pero el Anexo 9.1 no se refiere al Capítulo Diez de forma alguna y el texto del Capítulo Nueve limita la aplicación del Anexo 9.1 a las “entidades de compras públicas”.²¹⁹ Por lo tanto, el Anexo 9.1 no consigna de qué manera una “autoridad nacional” califica como tal conforme al Capítulo Diez. Al igual que muchas de las objeciones planteadas por Colombia, esta también es una cuestión que debe resolverse sobre el fondo.

114. Para decirlo de manera sencilla, los Demandantes recibieron diversas protecciones para sus inversiones en Colombia, incluida [REDACTED] [REDACTED]. Los Demandantes, apoyándose en esas promesas, llevaron a cabo su inversión en Colombia, aparte del Contrato en sí. Colombia, mediante el proceso de responsabilidad fiscal, ha privado a los Demandantes de los beneficios que recibió en virtud del Contrato. Por lo tanto, los Demandantes han alegado una *violación prima facie* del acuerdo de inversión.

5. Colombia no ha probado que no existan fundamentos para la reclamación de expropiación de los Demandantes

115. Colombia aduce que el Artículo 10.7 no permite la expropiación de dos derechos contractuales específicos y, por tal motivo, los Demandantes no han interpuesto una reclamación *prima facie* por la expropiación en virtud del APC.²²⁰ Colombia se basa ampliamente [REDACTED] [REDACTED].

²¹⁹ El Capítulo Nueve define “entidad de compras públicas” como una “entidad enumerada en el Anexo 9.1.” Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia, celebrado el 22 de noviembre de 2006 y vigente a partir del 15 de mayo de 2012, Capítulo 9, Anexo 9.1 (RL-317).

²²⁰ Réplica, ¶¶ 151-158.

117. Colombia aduce que al momento de la Notificación de Arbitraje, los Demandantes ya debieron haber sufrido pérdida o daños y perjuicios que cumplen con los requisitos del Artículo 10.16.1 y que no han sufrido ninguna pérdida o daños y perjuicios en ningún momento (ya sea al momento de la Solicitud de Arbitraje o ahora).²²⁶ En realidad, como se indica en la Solicitud de Arbitraje, los Demandantes ya habían sufrido daños y perjuicios cuando se interpuso el caso, y el Tribunal debe tener en cuenta asuntos que transcurrieron desde que el caso comenzó, donde el más importante es la Decisión de la CGR que impone daños y perjuicios a los Demandantes.
118. La descripción de Colombia del laudo en *Mobil contra Canadá* es incorrecta. Ese caso deja en claro que los daños y perjuicios futuros, en efecto, se contemplan en el Artículo 1116 del TLCAN (una disposición similar al Artículo 10.16).

Para fines jurisdiccionales, el Artículo 1116(1) exige *entre otras cosas* que el inversionista haya incurrido en ‘pérdida o daños en razón de o como consecuencia de esa violación’ del Capítulo XI del TLCAN. Un incumplimiento que da lugar a daños y perjuicios futuros y prospectivos puede, en términos generales, estar comprendido en el Artículo 1116. No hay nada en la redacción del Artículo 1116(1) que nos convenza que la disposición está destinada exclusivamente a daños y perjuicios que ocurrieron en el pasado y que no se extiende, en principio, a daños y perjuicios que son resultado de una violación que comenzó en el pasado (adopción de las Directrices 2004) y continúa (implementación de las Directrices 2004), y deriva en las pérdidas que se materializan (es decir, volviéndose cuantificable) y debe pagarse llegado el momento en el futuro (en adelante ‘daños y perjuicios futuros’). Por extensión, consideramos que el mismo razonamiento se aplica a daños y perjuicios en el pasado, que ya están identificados o cuantificados pero deben pagarse en el futuro.

Esta posición es confirmada por la decisión en el caso *Grand River* que establece que ‘puede incurrirse en daños o perjuicios aun

²²⁶ Réplica, ¶¶ 190-215.

cuando el monto o alcance no pueda conocerse hasta más adelante en el futuro’. La decisión en el caso *Grand River* también confirma que no se necesita que haya un ‘desembolso inmediato de fondos’ para que haya daños y perjuicios que puedan indemnizarse conforme al Artículo 1116 del TLCAN. Una intimación de pago puede ser suficiente.²²⁷

119. La diferencia que analiza el tribunal del caso *Mobil contra Canadá* sobre la evidencia de los daños y perjuicios para establecer la competencia y los daños y perjuicios que corresponda conceder en función del fondo del caso, radica en los requisitos de la prueba.²²⁸ Así pues, pese a los intentos de Colombia por diferenciar el caso, *Mobil v. Canada* es preciso:

En este caso, la introducción de las Directrices 2004 generaron la obligación de realizar gastos que continuarían durante la vida de los proyectos. Constituye una violación continua que causa los daños y perjuicios constantes a los derechos de los Demandantes en la inversión. Así pues, consideramos que el Artículo 1116(1) no impide, *por cuestiones jurisdiccionales*, que el Tribunal decida una indemnización adecuada por daños y perjuicios futuros.²²⁹

120. También en este caso. Los daños y perjuicios de los Demandantes comenzaron durante el transcurso del proceso de la CGR y continuaron hasta hoy.
121. Los Demandantes también invocaron daños y perjuicios ya incurridos al momento de presentar la Solicitud de Arbitraje:

Los Demandantes han sufrido un enorme daño como consecuencia de las acciones del Demandado. La afirmación indebida del Demandado que impone cargos por responsabilidad fiscal contra los

²²⁷ *Mobil Investments contra Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación, ¶¶ 427-428 (RL-171).

²²⁸ *Id.* en ¶ 431 (“Como se mencionó arriba, la cuestión de si ha habido daños y perjuicios para que el Tribunal ejerza la competencia conforme al Artículo 1116(1) y conceder una indemnización es diferente de si el monto de estos daños y perjuicios puede establecer con certeza suficiente como para ser indemnizados”), and ¶ 437 (“La mayoría de este Tribunal acepta que los Demandantes no necesitan probar la cantidad de los daños y perjuicios con absoluta certeza. La mayoría también acepta no se requiere una prueba rigurosa del monto de los daños y perjuicios futuros y que “un grado suficiente” de certeza o probabilidad basta. Sin embargo, la cantidad reclamada ‘debe ser probable y no simplemente posible.’”).

²²⁹ *Id.* en ¶ 171 (énfasis agregado).

Demandantes por un valor de más de USD 2.400 millones ha perjudicado gravemente la reputación y el crédito de los Demandantes. El daño se ve exacerbado por las reiteradas declaraciones incorrectas y lesivas de parte del Demandado en los medios de comunicación donde afirma que FPJVC es responsable de conducta dolosa y de corrupción en el Proyecto. Los Demandantes tienen derecho a una indemnización por daño moral a causa de tales perjuicios. Además, los Demandantes han incurrido y continuarán incurriendo importantes costos y honorarios de abogado en relación con el proceso de la CGR y de esta acción.²³⁰

122. A los fines de estas objeciones preliminares, la indagación del Tribunal debería concluir ahí.²³¹
123. Aun así, Colombia sostiene que los Demandantes no han sufrido daños y perjuicios porque (i) los honorarios de abogados y costas de un proceso no constituyen la base de daños y perjuicios,²³² y (ii) los Demandantes no han demostrado el daño moral.²³³ Ambas afirmaciones son erróneas.
124. *En primer lugar*, la afirmación de Colombia de que los honorarios de abogados y costas de procesos no constituyen la base de los daños y perjuicios se basa en una supuesta disposición del derecho colombiano, pero los daños y perjuicios por incumplimiento del APC se determinan conforme al derecho internacional.²³⁴ En virtud del derecho internacional, los honorarios de abogados incurridos a raíz de procesos por violaciones a obligaciones de tratados constituyen una base apropiada

²³⁰ Solicitud, ¶ 206.

²³¹ Véase ¶¶ 49-58 *supra*.

²³² Réplica, ¶¶ 208-215.

²³³ *Id.* en ¶¶ 204-207.

²³⁴ *Chevron Corp., y otros contra República de Ecuador*, Caso APC No. 2009-23, Second Partial Award on Track II, August 30, 2018, Part IX, ¶ 9.6 (CL-042). International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2(2) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 31 (2001) Arts. 31(1) (RL-138) (los “**los Artículos de la CDI**”) (“El Estado responsable tiene la obligación de resarcir plenamente por los daños y perjuicios causados por un acto ilícito en el orden internacional”), y el Art. 32 (“El Estado responsable no puede basarse en disposiciones de su derecho interno para justificar el no haber cumplido con su obligación que le corresponde”).

para el cálculo de daños y perjuicios.²³⁵ La objeción de Colombia con base en el derecho colombiano resulta inaplicable.

125. *En segundo lugar*, los Demandantes no están obligados a demostrar sus daños y perjuicios morales o de otra índole en esta etapa. Como se indicó en el Artículo 10.20.4(c) del APC, “[a]l decidir una objeción conforme a este párrafo, el tribunal tomará como ciertas las declaraciones de hecho del demandante en respaldo de todo reclamo en la notificación de arbitraje....” Esta disposición es obligatoria, no optativa. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].²³⁶

126. *En tercer lugar*, Colombia tiene la carga de probar su objeción²³⁷ y no ha logrado demostrar que los Demandantes no han sufrido perjuicios a su reputación derivados del proceso de la CGR y de la Decisión de la CGR. De hecho, como se describe *supra*, la discusión de Colombia de [REDACTED] [REDACTED], precisamente el tipo de conducta indebida que provocó los daños morales de los Demandantes desde un principio.²³⁸ Por otra parte, la función de Colombia a esta altura consiste

²³⁵ *Id.* en Art. 31(2) (“Lesiones incluye daños, ya sean materiales o morales, causados por un acto indebido intencional de una Estado”).

²³⁶ El único argumento de Colombia, sin fundamento, sustento o explicación, es que se trata de una “declaración de derecho”. Véase Réplica, ¶ 204 n. 361.

²³⁷ *Pac Rim contra El Salvador*, Decisión sobre las Objeciones del Demandado conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, ¶ 111 (**RL-036**) (“En todo momento durante este ejercicio conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, la carga de convencer al tribunal de hacer lugar a las objeciones preliminares recae en la parte que plantea la objeción, esencialmente el demandado”).

²³⁸ Véase la Sección II.E *supra*.

en demostrar que los hechos declarados no pueden constituir la base de una reclamación conforme al APC—no cuestionar las afirmaciones propiamente dichas, en especial en vista de que los Demandantes aún no han tenido la oportunidad de probar los hechos toda vez que Colombia invocó un procedimiento de objeciones preliminares.

2. El Tribunal puede conceder el pago de daños y perjuicios morales.

127. Colombia sostiene que el Tribunal no puede determinar el pago de daños y perjuicios porque tales daños son bien punitivos o no pecuniarios, los cuales están prohibidos por el Artículo 10.26.1.²³⁹ Los Demandantes ya han explicado que los daños morales no son punitivos.²⁴⁰ Ninguna de las fuentes citadas por Colombia establece lo contrario.²⁴¹
128. Colombia centra su fundamentación en la afirmación de que los daños morales no son pecuniarios y, de ese modo, también están prohibidos por el Artículo 10.26.1. Los Demandantes no cuestionan que los daños morales tengan por finalidad indemnizar pérdidas no pecuniarias. Sin embargo, la forma en que se indemniza por daños y perjuicios esa pérdida tiene carácter indemnizatorio y monetario y, por

²³⁹ Réplica, ¶¶ 217-224.

²⁴⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 125-131.

²⁴¹ Véase Réplica, ¶ 221 n. 384. Todas las fuentes que cita Colombia aceptan que la visión mayoritaria es que los daños morales no son punitivos. R. Mohtashami, y otros., *Non-Compensatory Damages in Civil- and Common-Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles*, en THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION 22, 28 (2d ed. GAR 2018) (RL-151) (“la concesión de daños morales no puede caracterizarse como un acto punitivo”); S. Jagusch y T. Sebastian, *Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?* 29(1) ARBITRATION INTERNATIONAL 45, 49 (RL-152) (“este enunciado general es congruente con los antecedentes que se analizan arriba, lo que no atribuye ninguna función punitiva a la concesión de daños morales”) and 62 (“La mejor posición... es que el daño moral constituye una indemnización por lesiones no pecunarias”); S. Weber, *Demistifying Moral Damages in International Investment Arbitration*, 19 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 417, 419 (RL-153) (describe los daños morales como “daños que no son materiales” en lugar de punitivos).

lo tanto, está absolutamente permitido por el APC.²⁴² Como se indicó en el Comentario (3) al Artículo 37 de los Artículos de la CDI, “[l]os daños materiales y morales derivados de un acto ilícito internacional normalmente podrán determinarse financieramente y, por lo tanto, están comprendidos en la reparación de tipo indemnizatorio”.²⁴³ Por lo tanto, los daños morales están comprendidos en la disposición del APC que concede “daños y perjuicios monetarios y los intereses aplicables” y pueden ser determinados por este Tribunal.

3. El Tribunal puede conceder un laudo compensatorio

129. Por último, Colombia sostiene que el Tribunal carece de facultades para conceder un laudo compensatorio.²⁴⁴ Esto simplemente no es así.
130. Colombia ha multado por más de USD 900 millones a los Demandantes en el proceso de la CGR. Esa decisión tiene ahora carácter definitivo y Colombia ciertamente está tratando activamente de cobrar ese monto. Un laudo compensatorio por cualquier monto efectivamente cobrado constituye una reparación adecuada. Por ejemplo, en *Glencore contra Colombia*, tras comprobar que se habían violado los Artículos 4(1) y 4(2) del tratado pertinente, el tribunal ordenó a Colombia que devuelve el monto previamente cobrado en virtud de la decisión indebida de la CGR.²⁴⁵ En este caso, el Tribunal puede elaborar fácilmente

²⁴² TPA, Art. 10.26.1 (CL-001). Véase, por ej., *Desert Line Projects L.L.C. contra Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Laudo ¶ 290 (CL-156) (que concede una indemnización por daños morales de USD 1 millón); Ceren Zeynep Pirim, *Reparation by Pecuniary Means of Direct Moral Damages Suffered by States as a Result of Internationally Wrongful Acts*, 11 J. Int'l Disp. Settlement 242, 246 (CL-153) (donde se analiza cómo ambos tipos de daños morales se indemnizan de manera pecuniaria).

²⁴³ Artículos de la CDI, Art. 37, Comentario (3) (RL-138).

²⁴⁴ Réplica, ¶¶ 228-236.

²⁴⁵ *Glencore International A.G. contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1473-1505, 1683, 1687 (CL-005). En *Glencore*, Colombia trató de conseguir la anulación del laudo, pero no planteó objeciones a un laudo compensatorio. El pedido de anulación fue denegado el 22 de septiembre de 2021.

un laudo ordenando que se realice un pago compensatorio por todo activo secuestrado por Colombia.²⁴⁶ Sin embargo, eso dependerá de la forma que tenga la reparación reservada para la audiencia sobre el fondo del caso, y no debe hacerse lugar al intento de Colombia de interrumpir ese proceso con objeciones preliminares.²⁴⁷

IV. EL TRIBUNAL TIENE COMPETENCIA PARA ENTENDER EN ESTA DISPUTA

131. Cuando Colombia solicitó que el Tribunal examinara determinadas objeciones con carácter preliminar, también propuso que “el Tribunal determinara de manera preliminar, junto con su objeción al amparo del Artículo 10.20.4, [determinadas] ... objeciones de competencia o admisibilidad[.]”²⁴⁸ En la Primera Sesión, Colombia dejó en claro que estas objeciones de competencia se consideraran con carácter preliminar e insistió en que Colombia podía aún solicitar que este proceso cambiara de fuero después de que se decidieran las objeciones.²⁴⁹ En su carta

²⁴⁶ Véase el APC, Art. 10.26(1)(b) (CL-001) (que permite al tribunal ordenar la restitución de bienes). Contrariamente a lo afirmado por Colombia, los Demandantes no pretenden un ingreso extraordinario porque no están solicitando una recuperación que excede los activos efectivamente secuestrados por Colombia. Réplica, ¶ 232.

²⁴⁷ Los Demandantes han declarado correctamente que ya han incurrido en daños y perjuicios al presentar la Solicitud de Arbitraje, pero hasta qué punto pueden recuperar todos los daños y perjuicios que afirman haber sufrido debe resolverse al examinar el fondo del caso.

²⁴⁸ Carta del Demandado, 24 de agosto de 2020, pág. 4.

²⁴⁹ Primera sesión, en 2:03:30-2:04:50 (“Además de nuestras objeciones conforme al Artículo 10.20.4 solicitamos se tengan en cuenta otras objeciones de competencia y admisibilidad y solo por fines de eficiencia. Los asesores de los Demandantes continúan repitiendo que podemos pedir un cambio de fuero. Desde luego, Colombia puede hacerlo. Tiene derecho a ello. Pero no hemos siquiera llegado a ese punto, miembros del Tribunal. Estamos presentando una solicitud muy diferente a un cambio de fuero del proceso que tiene que ver con las objeciones de competencia y de admisibilidad. Colombia tiene el derecho a solicitar el cambio de fuero más adelante. Aun si dictan una resolución —que nos lamentemos y con la que no coincidamos— y nos dicen que tras entender en nuestra objeción conforme al Artículo 10.20.4 que debemos pasar a la etapa sobre el fondo de este caso, Colombia tendrá de todos modos el derecho, conforme a las disposiciones de este tratado, de interponer una solicitud de cambio de fuero, para que se examinen nuestras objeciones de competencia y admisibilidad con carácter preliminar.”)

posterior a la Primera sesión, Colombia confirmó que sus objeciones de competencia o admisibilidad debían considerarse con “carácter preliminar”.²⁵⁰ En la Primera Resolución Procesal, el Tribunal ordenó luego que las partes debía presentar argumentos y el Tribunal decidiría estas “cuestiones preliminares”.²⁵¹

132. Sin embargo, Colombia sostiene ahora que para sus objeciones jurisdiccionales, los Demandantes tienen la carga de demostrar que todos los hechos relacionados con la competencia del Tribunal y las declaraciones de hecho de los Demandantes no pueden tomarse como ciertas.²⁵² Estas afirmaciones son equivocadas y contradicen las aseveraciones formuladas por Colombia para poder avanzar con las objeciones preliminares. Las objeciones jurisdiccionales de Colombia, planteadas con carácter preliminar, conllevan la misma carga de la prueba que las otras objeciones preliminares planteadas por Colombia. En concreto, que todas las declaraciones de hecho realizadas en la Solicitud de Arbitraje deben darse por ciertas, que todos los hechos no sujetos a disputa deben tomarse como ciertos y que Colombia tiene la carga de la prueba respecto de sus objeciones.²⁵³

A. Los Demandantes Han Efectuado Una Inversión Cubierta

133. Colombia esencialmente reitera la posición adoptada en su Memorial donde afirma que el Tribunal carece de jurisdicción porque la actividad económica de los

²⁵⁰ Carta del Demandado, 9 de octubre de 2020, en 2 (“el único punto en cuestión en esta etapa es si el Tribunal fijará un calendario para entender exclusivamente en la objeción del Demandado conforme al Artículo 10.20.4 con carácter preliminar, o si fijará un calendario para entender en las objeciones del Demandado conforme al Artículo 10.20.4 y otras objeciones de competencia o admisibilidad planteadas por el Demandado con carácter preliminar.”).

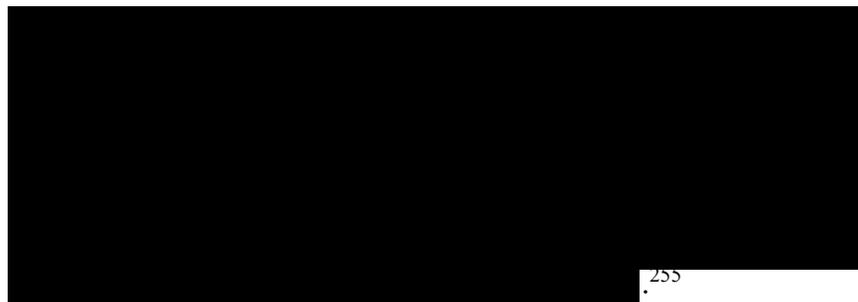
²⁵¹ Resolución Procesal No. 1, 14.1, 14.6-14.10, y Anexo A.

²⁵² Réplica, ¶ 238.

²⁵³ Véase ¶¶ 49-58 *supra*.

Demandantes en Colombia no supone ningún tipo de riesgo de inversión.²⁵⁴ Este argumento pasa completamente por alto los fundamentos de este arbitraje —una decisión de más de USD 900 millones contra los Demandantes y millones por concepto de pagos legales— que indudablemente surgió de la actividad económica de los Demandantes en Colombia. Tan solo por este hecho, es imposible concluir que la inversión de los Demandantes no conllevaba algún riesgo.

134. Colombia está equivocada tanto en relación con los hechos como en el derecho. El Contrato no es simplemente un contrato de consultoría, y si así lo fuera, eso no descalificaría al Contrato de ser considerado una inversión en Colombia. En la Solicitud de Arbitraje, los Demandantes dejaron en claro que el Contrato no es la única inversión importante en Colombia. Por último, aun si los Demandantes estuvieran obligados a cumplir el denominado test del doble enfoque (lo que no es así), los Demandantes objetivamente han realizado una inversión.
135. Cuando se firmó por primera vez, el Contrato era, entre otras cosas, un contrato de gestión o construcción. Según la propia descripción de Colombia, el alcance original de los servicios de FPJVC incluían:



²⁵⁴ Réplica, ¶¶ 15, 23, 239-254. Mem. Demandado, ¶¶ 281-298.

²⁵⁵ Réplica, ¶ 242 (primer punto). Véase también [REDACTED] (C-005). Colombia parece sugerir que, al describir la tarea como “servicios de consultoría para la gestión del Proyecto” el alcance del trabajo de FPJVC deja de ser de gestión para ser de consultoría, lo que no tiene sentido ni fundamentación en los términos del Contrato que no utiliza el término “consultoría” en el alcance del trabajo. Véase *id.*

136. Este alcance de los servicios describe la gestión de un proyecto de construcción y, por ende, cumple con la definición de un contrato de gestión o construcción.²⁵⁶ El hecho de que Reficar luego haya modificado el alcance del trabajo de los Demandantes no modifica el hecho de que, según lo ha admitido la propia Colombia, el Contrato constituía una inversión cuando se ejecutó.
137. Aun si se tratara simplemente de un acuerdo de servicios o consultoría, el Contrato cumple con la definición de una inversión en el APC, que se define como “cada activo que un inversor posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de una inversión, incluidas características como el compromiso del capital u otros recursos, la expectativa de una ganancia o la asunción de riesgo”.²⁵⁷ El Contrato es un activo propiedad de los Demandantes que exige que estos dedican enorme cantidad de tiempo, capital, personal y trabajo en Colombia con la expectativa de una ganancia y la asunción de riesgos tales como el incumplimiento de pago y la rescisión, entre otros.²⁵⁸ De hecho, es difícil seguir que la afirmación de Colombia de que los Demandantes no asumieron riesgo por haber sido considerados solidariamente responsables por más de \$900 millones [REDACTED], por su trabajo en el Proyecto.

²⁵⁶ APC, Art. 10.28 (CL-001) (“la inversión significa que cada activo que un inversor posee o controla ... formas que una inversión puede adoptar incluyen: ... Contratos llave en mano, contratos de construcción, gestión, producción, concesión, distribución de ingresos y otros similares”).

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ Véase, por ej., C-005, Parte II, § 3 (se observa que Reficar podría cancelar los servicios en cualquier momento). Pese a la utilización de lenguaje ilustrativo y el término “o” en la definición de inversión, Colombia sugiere que “incluir tales características como” significa que una inversión debe tener todas esas características mencionadas para cumplir la definición de inversión. Réplica, ¶¶ 243-244. Este argumento no encuentra sustento en el texto de la definición que simplemente incluye una lista ejemplificativa más que taxativa. Convención de Vienna, Art. 31(1) (RL-053).

138. Colombia también se equivoca cuando expresa “[l]o único que los Demandantes apuntan en su Notificación de Arbitraje en su ‘inversión’ es el... Contrato...”²⁵⁹

De hecho, la Solicitud de Arbitraje establece lo siguiente:

Los Demandantes celebraron un contrato con Reficar, una empresa propiedad de Colombia, para prestar servicios de gestión de proyectos en relación con la construcción y expansión de una refinería que es propiedad de Colombia para proporcionar combustibles para motores ecológicamente limpios para satisfacer la demanda colombiana. Para ello, los Demandantes invirtieron gran cantidad de tiempo, capital, personal y trabajo en territorio colombiano. Todos estos actos se realizaron con la expectativa de que los Demandantes obtendrían una ganancia. El Contrato también creó derechos, tanto tangibles como intangibles, a un beneficio contractual con valor económico para los Demandantes. Con todo, los Demandantes son ‘inversionista[s] de una Parte’ y han realizado una ‘inversión’ conforme al APC.²⁶⁰

139. Así pues, desde el inicio, el Contrato no ha sido la única base para la inversión de los Demandantes, si bien sería suficiente.²⁶¹

140. También está bien establecido que las inversiones debe considerarse en su conjunto. Por ejemplo, en el caso *ADC contra Hungría*, el Tribunal expresó que “[a]l considerar si la presente disputa está comprendida en aquellos que ‘*surgen directamente de una inversión*’ bajo el Convenio CIADI, el Tribunal tiene potestad para analizar y analiza la totalidad de la transacción contemplados por los Acuerdos del Proyecto”.²⁶² En *Koch contra Venezuela*, como otro ejemplo, el Tribunal explicó que

adoptó el mismo enfoque holístico para el significado de ‘inversión’ en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI... Así pues, no es

²⁵⁹ Réplica, ¶ 253.

²⁶⁰ Solicitud, ¶ 29.

²⁶¹ Véase también Memorial de Contestación, en ¶¶ 134-139, 150-153.

²⁶² *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Limited contra República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, ¶ 331 (CL-090).

admisible dividir una inversión general en sus partes constitutivas, como una salchicha, para afirmar que una parte, aislada del resto, no constituye una ‘inversión’ en tanto como una parte integrada a la inversión total, sí lo es.²⁶³

141. Muchos otros tribunales han coincidido con este enfoque en cuanto a la definición de inversión.²⁶⁴ Debe rechazarse el intento de Colombia de enfocarse exclusivamente en el Contrato para fundamentar que no ha habido inversión.
142. Notablemente, Colombia no refuta ninguno de los hechos que plantean los Demandantes en relación con su larga historia de inversión en Colombia, pero solo afirma que estos hechos no alcanzan para demostrar que los Demandantes asumieron algún riesgo.²⁶⁵ Una vez más, la redacción simple del APC no exige una asunción de riesgo,²⁶⁶ y la definición de la inversión en el tratado pertinente es el elemento más importante para decidir si se ha efectuado una inversión conforme al

²⁶³ *Koch Minerals Sàrl and Koch Nitrogen International Sàrl contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo, 30 de octubre de 2017, ¶ 6.59 (CL-110).

²⁶⁴ *Koch contra Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo, ¶ 6.59 (CL-110) (cita otras decisiones que han adoptado este enfoque); véase también, por ej., *Inmaris contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Decisión sobre la Jurisdicción, 8 de marzo de 2010, ¶ 92 (CL-237) (el tribunal consideró que las “inversiones invocadas eran parte de un emprendimiento de inversión integrado de mayor magnitud”); *Ambiente Ufficio S.P.A. y otros contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/08/9, Decisión sobre Competencia y Admisibilidad ¶¶ 428, 453 (CL-236) (el tribunal estableció que “cuando un tribunal está frente a una operación compleja, es preciso analizar la esencia económica de la operación en cuestión de un modo holístico”); *Electrabel S.A. contra República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Competencia, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, ¶ 5.44 (RL-100) (el tribunal decidió que “todos los elementos de la operación del Demandante debe considerarse a los fines de determinar si ha una inversión conforme al Artículo 25”).

²⁶⁵ Réplica, ¶¶ 252-253.

²⁶⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 134-139. Véase también *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. contra República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Competencia, 12 de febrero de 2010, ¶ 108 (CL-180) (“En síntesis, ... el Tribunal no considera que las características de las inversiones se identifiquen en *Salini* como prueba de definición, como así tampoco considera que es necesario siquiera buscar esos elementos aquí si no se sugiere que la definición de inversión del TBI es indebidamente general...”); *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. contra República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, ¶ 165 (CL-170) (“El Tribunal establece que los requisitos tomados en cuenta en algunos precedentes arbitrales a los fines de denotar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como la duración y el riesgo de la presunta inversión) deben considerarse como simples ejemplos y no necesariamente como elementos necesarios para su existencia”).

tratado y al Convencio CIADI.²⁶⁷ En todo caso, la afirmación de que si un contrato se ejecuta totalmente no pone a una parte en riesgo difícilmente establece que no hubo riesgo comercial cuando se ejecutó.

143. Asimismo, los Demandantes efectivamente asumieron riesgo.²⁶⁸ En *Salini contra Marruecos*, por ejemplo, el tribunal consideró que muchos de los mismos riesgos aquí presentes son suficientes y concluyó que “[una] construcción que se realiza a lo largo de muchos años, el costo total de la cual no puede establecerse con certeza por anticipado, genera un riesgo evidente para el Contratista”.²⁶⁹ De hecho, algunos tribunales han concluido que incluso la mera existencia de una disputa constituye evidencia suficiente de riesgo.²⁷⁰

144. Los casos citados por Colombia, como explicaron previamente los Demandantes, todos involucraban transacciones comerciales individuales para la venta de bienes

²⁶⁷ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, ¶ 323 (CL-071); *Malaysian Historical Salvors SDN BHD contra el Gobierno de Malasia*, ICSID Case No. ARB-05-10, Decision on Annulment, 16 de abril de 2009, ¶¶ 62, 74 (CL-240); *Tokios Tokelés contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Competencia, 29 de abril de 2004, ¶ 75 (CL-119); *Alpha Projectholding contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, ¶ 308 (CL-241); *Abaclat y otros contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB-07-5, Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011, ¶¶ 345, 349-350 (CL-243); *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión de Competencia, 2 de julio de 2013, ¶¶ 194, 199 (CL-221); *Garanti Koza contra Turkemistán*, Caso CIADI No. ARB, Laudo, 19 de diciembre de 2006, ¶¶ 239-242 (CL-165).

²⁶⁸ La sugerencia de Colombia en el sentido de que los Demandantes no cuestionaron que el Contrato no presentara un riesgo de inversión, Réplica en ¶ 247, es un error absoluto. Memorial de Contestación, ¶¶ 134-139.

²⁶⁹ *Salini Costruttori S.P.A. y Italstrade S.P.A. contra el Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Competencia, 23 de julio de 2001, ¶¶ 55-56 (CL-226). Véase también *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG, Hamburg (Germany) contra República Checa*, Caso APC No. 2017-15, Laudo Definitivo, 11 de mayo de 2020, ¶ 475 (CL-227) (“Debido a la larga duración de la operación, un gran número de eventos y contingencias podrían haber afectado al activo mientras era utilizado en otro país, incluidas las acciones gubernamentales. Debido a la localización de los activos y a la duración de la operación, el riesgo del Demandante no se vio limitado al riesgo de incumplimiento de pago o un riesgo comercial similar”).

²⁷⁰ *Duetsche Bank AG contra República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, 31 de octubre de 2012, ¶ 301 (CL-228). *FEDAX contra Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre las Objeciones de Competencia, 11 de julio de 1997, ¶ 40 (CL-161).

e inversiones que nunca llegó a despegar.²⁷¹ Ninguno de esos casos es análogo a la ejecución de un Contrato de nueve años para mejorar una refinería de petróleo.²⁷² Los Demandantes también cumplen los criterios sobre riesgo de inversión del caso *Romak contra Uzbekistán*,²⁷³ en los que se basa Colombia. Los Demandantes no estaban seguros de que su inversión fuera a generar rentabilidad, ni cuánto finalmente deberían gastar y no podían predecir el resultado de la operación.²⁷⁴ Sin duda, cuando se celebró el Contrato, [REDACTED] debido a un proceso fatalmente viciado interpuesto por la CGR. Con casi un laudo de casi mil millones de dólares que acecha a los Demandantes, resulta difícil entender cómo Colombia puede invocar que los Demandantes no asumieron riesgo alguno.

B. FPJVC Es “Nacional de Otro Estado Contratante” conforme al Artículo 25 del Convenio CIADI

145. Colombia sigue insistiendo en que “FPJVC no es una persona jurídica y, por lo tanto, no califica como ‘nacional de otro Estado Contratante’ conforme al artículo 25(2)(b)”.²⁷⁵ Colombia no plantea dicha cuestión a los otros dos Demandantes, Foster Wheeler y PCI, los miembros de FPJVC.
146. Como cuestión inicial, el APC expresamente incluye joint venture en la definición de “un inversionista de una Parte”.²⁷⁶

²⁷¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 150-151.

²⁷² Véase ¶¶ 19-24 *supra*.

²⁷³ Réplica, ¶ 246.

²⁷⁴ El énfasis de Colombia en la [REDACTED], véase *id.* en ¶ 253, es irrelevante para este debate porque no garantizaba que FPJVC se beneficiaría a cambio de sus servicios.

²⁷⁵ Réplica, ¶ 255.

²⁷⁶ APC, Art. 28 y Art. 1.3 (CL-001).

147. Las Partes aceptan que rige la ley de Nueva York y, conforme a la ley de Nueva York, una joint venture de tipo contractual es una sociedad de personas (partnership) constituida con un objeto limitado.²⁷⁷ Por lo tanto, resulta apropiado recurrir a la Ley de Sociedades de Personas (Partnerships) de Nueva York para determinar si PFJVC es una persona jurídica. Conforme a la ley de Sociedades de Personas de Nueva York, una “Persona” se define como “personas físicas, sociedades de personas, sociedades de capital y otras asociaciones[.]”²⁷⁸ Una sociedad de personas se define como “una sociedad de una o más personas para llevar adelante un negocio en carácter de copropietarios con el objeto de obtener una ganancia”²⁷⁹ Una sociedad de personas puede tener bienes en su propio nombre,²⁸⁰ puede ser demandante y demandado en su propio nombre,²⁸¹ y se considera residente del país en el que tiene su oficina principal, no solo donde residen sus socios.²⁸² Así pues, el argumento de Colombia de que una sociedad de personas no puede tener su propia nacionalidad es absolutamente equivocado.²⁸³

²⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶ 159. Réplica, ¶ 256.

²⁷⁸ Ley de Sociedades de Personas (Partnership Law) de Nueva York § 2 (CL-245). Véase también Ley de Sociedades de Nueva York § 130 (CL-250) (idem).

²⁷⁹ New York Partnership Law § 10(1) (CL-246).

²⁸⁰ Ley de Sociedades de Personas (Partnership Law) de Nueva York § 12 (CL-247).

²⁸¹ Ley y Reglamento de Procedimiento Civil de Nueva York (“CPLR, por sus siglas en inglés”), § 1025 (CL-248).

²⁸² CPLR § 503(d) (CL-249).

²⁸³ Véase Réplica, ¶ 261. Dos de los precedentes jurisprudenciales que cita Colombia analizan la ciudadanía a los fines de “diversidad de jurisdicción” en los tribunales federales (es decir, donde la base de la jurisdicción en el tribunal federal radica en que las partes son de distintos Estados y la cuestión en disputa corresponde a más de \$75,000. Véase 28 U.S.C. § 1332.), y nada tiene que ver con el estatus jurídico de una entidad conforme a la ley de Nueva York, mucho menos del derecho internacional. Véase 15A Moore’s Federal Practice – Civil § 102.57(2021) (RL-326), 1 Federal Litigation Guide: New York and Connecticut § 6.03 (2021) (RL-328). Uno de los precedentes jurisprudenciales citado por Colombia es totalmente equivocado dado que la Ley y el Reglamento de Procedimiento Civil de Nueva York (la “CPLR” por sus siglas en inglés) establece lo contrario. Véase 15A N.Y. 2d Jur. Business Relationships § 1550 (RL-327) (que no habla de residencia separada)

148. Antes bien, como explica una decisión reciente en una apelación, “[d]esde luego, es fundamental que las personas físicas, sociedades de capital y sociedades de personas sean reconocidas como entidades jurídicas separadas....”²⁸⁴
149. Colombia aduce que los Demandantes guardan un “silencio conveniente” en cuanto a los términos y condiciones del Contrato de Joint Venture o que Foster Wheeler y PCI son las únicas entidades que se nombran en el proceso de la CGR.²⁸⁵ Estos puntos carecen de relevancia. Colombia no presenta ninguna ley que indique que una joint venture contractual debe recibir un trato diferente a otras joint ventures, y los Demandantes no tenían nada que decir respecto de las partes que la CGR eligió imputar en el proceso administrativo. Lo que es más importante, Colombia propiamente dicha no puede refutar el hecho de que FPJVC —no Foster Wheeler o PCI— es la entidad que ejecutó el Contrato.²⁸⁶ Al menos antes de estos procedimientos, Colombia consideró que PFJVC tiene entidad jurídica suficiente capaz de celebrar un contrato a largo plazo en relación con el Proyecto.

compara CPLR § 503(d) (CL-249) (“Una sociedad de personas (partnership) o una empresa unipersonal se considerarán residente de un país en el que tengan su oficina principal de negocios, como así también el condado en el que el socio o propietario individual que demanda o es demandado reside efectivamente”). La única jurisprudencia pertinente citada por Colombia sobre el tema de nacionalidad no indica que una sociedad no tiene nacionalidad, sino que dice que “[c]uando una sociedad de personas no es tratada como una entidad separada por la ley en virtud de la cual se constituyó, el derecho internacional tendrá en cuenta la nacionalidad de los socios que la constituyen”. Restatement (third) Foreign Relations Law of the United States, § 213, comentario a, en 125 (American Law Institute 1987) (RL-329). Así pues, al aplicar el precedente jurisprudencial citado por Colombia, PFJVC califica como nacional de Estados Unidos.

²⁸⁴ Véase, por ejemplo, *Matter of Franklin St. Realty Corp. contra NYC Envtl. Control Bd.*, 164 A.D.3d 19, 25 (1st Dep’t 2018) (CL-233).

²⁸⁵ Réplica, ¶ 262.

²⁸⁶ Véase en general *Oferta Mercantil* (C-005).

150. Tampoco es relevante el análisis que hace Colombia del caso *Impregilo contra Pakistán* dado que, a diferencia de ese caso, los Demandantes han demostraron que PFJVC es una entidad jurídica conforme al derecho aplicable.²⁸⁷
151. Asimismo, Colombia reitera su posición de que hay un test de doble respecto de la competencia *ratione personae* y que los Demandantes no pasan este test.²⁸⁸ Aun si se aplicara un test de doble enfoque (lo que no sucede), Colombia nunca explica cómo un “inversionista de una Parte” según se define en el APC es esencialmente diferente de un “nacional de otro Estado Contratante”, como se indica en el Artículo 25 del Convenio CIADI. En otras palabras, no es posible que una entidad que califica como “inversionista de una Parte” no cumpla asimismo la definición de “nacional de otro Estado Contratante” y los casos citados por Colombia no avalan tal distinción. Antes bien, Colombia cita jurisprudencia que analiza el test de doble enfoque para determinar si se ha realizado una inversión,²⁸⁹ o en relación con una disputa sobre la nacionalidad correcta de un inversionista.²⁹⁰ Colombia no cita precedente alguno que marque tal distinción porque tal precedente no existe.²⁹¹
152. En síntesis, corresponde rechazar la objeción de Colombia de que FPJVC no es “nacional de otra Parte Contratante”.

C. La Notificación de los Demandantes Fue Insuficiente

²⁸⁷ Véase Respuesta, ¶ 263.

²⁸⁸ *Id.* en ¶¶ 264-267.

²⁸⁹ Véase *Malicorp Limited contra República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011, ¶¶ 106-107 (RL-186); *Phoenix Action Ltd. contra República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶ 74 (RL-331).

²⁹⁰ *Aguas del Tunari, S.A. contra República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las Objeciones del Demandado a la Competencia, 21 de octubre de 2005, ¶¶ 214-221 (RL-330).

²⁹¹ Una vez más, Colombia tiene la carga de la prueba para demostrar que FPJVC *no* es una persona jurídica, y ante cualquier duda, debe fallarse en favor de los Demandantes. Véase ¶¶ 49-58 *supra*.

153. Colombia afirma que el tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* por que alega que la Notificación de Intención fue enviada exclusivamente por FPJVC antes del inicio del arbitraje.²⁹² La objeción carece de fundamentos jurídicos.
154. *En primer lugar*, aun suponiendo que hubiese un defecto formal en la notificación, eso no menoscaba la competencia. En *Ethyl Corp. contra Canadá*, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que la imposibilidad de cumplir rigurosamente con el requisito de la notificación que establece el Artículo 1119 no priva al tribunal de competencia.²⁹³ En *Mondev contra Estados Unidos*, el tribunal rechazó la idea de que un defecto menor o técnico para cumplir con una condición en el Capítulo 11 implicara que el Estado no había consentido a la competencia.²⁹⁴ En *ADF contra Estados Unidos*, el tribunal se rehusó a dictaminar que un defecto formal en la Notificación de Intención conducía a una pérdida de jurisdicción.²⁹⁵ En *Chemturra contra Canadá*, el tribunal aceptó que la Notificación de Intención bastaba y, en cualquier caso, era subsanada por notificaciones posteriores.²⁹⁶ En *B-Mex contra México*, como ya analizaron los Demandantes,²⁹⁷ el tribunal rechazó el argumento según el cual el hecho de omitir a ciertos inversionistas de la notificación de intención implicaba que el tribunal carecía de competencia.²⁹⁸ Y este es tan solo un

²⁹² Réplica, ¶¶ 269-277.

²⁹³ *Ethyl Corporation contra el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo de Competencia, 24 de junio de 1998, ¶¶ 78-85 (CL-056).

²⁹⁴ *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶¶ 42-44 (CL-238).

²⁹⁵ *ADF Group Inc. contra Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶¶ 133-135 (CL-082).

²⁹⁶ *Chemturra contra Canadá*, CNUDMI, Laudo, ¶¶ 101-105 (CL-212).

²⁹⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 174-177.

²⁹⁸ RL-216, ¶ 120.

precedente del TLCAN que considera disposiciones con una redacción similar al APC. Si bien Colombia cita dos casos del TLCAN donde los tribunales sugirieron que para que hubiese consentimiento debían cumplirse perfectamente todas las condiciones previas y formalidades, ningún caso derivó en que se desestimara el caso de los Demandantes.²⁹⁹

155. *En segundo lugar*, la Notificación de Intención en este arbitraje efectivamente curso notificación de los tres Demandantes. La Notificación de Intención comienza indicando que es presentada por “Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants Inc. (*en conjunto*, ‘FPJVC’ o el ‘Inversionista’)”.³⁰⁰ La Notificación de Intención también deja en claro que el “Inversionista es un joint venture contractual. Cada uno de sus socios es una sociedad de capital constituida conforme a las leyes del estado de Delaware, Estados Unidos de América, y es por tanto nacional de Estados Unidos, con el significado que se la da en el APC”.³⁰¹
156. Luego, mediante la carta, y en consonancia con la definición que se establece en el inicio, los Demandantes se refieren a los tres Demandantes en conjunto como FPJVC. Por ejemplo, la Notificación de Intención menciona que “[e]n 2017, la Contraloría General de la República de Colombia (la ‘CGR’), inició procesos administrativos contra varias entidades y personas físicas, incluida la PFJVC” y

²⁹⁹ Véase *Merrill & Ring Forestry L.P. contra el Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1, Decisión sobre la Petición de Agregar a una Nueva Parte, 31 de enero de 2008 (RL-210) (el tribunal consideró si correspondía permitir que el Demandante ampliara su Solicitud de Arbitraje para incorporar a una nueva parte, pero no si correspondía desestimar el caso en su totalidad); *Methanex Corp. contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, ¶ 126 (RL-209) (el tribunal rechazó todas las objeciones de admisibilidad y competencia de EE. UU., salvo las basadas en el Artículo 1101(1)).

³⁰⁰ Notificación de Intención, 26 de diciembre de 2018, en 1 (énfasis añadido).

³⁰¹ *Id.* at ¶ 5.

que en junio de 2018 se imputaron cargos contra FPJVC.³⁰² Como Colombia ha recalcado, solo los miembros de PFJVC, y no FPJVC propiamente dicha, se nombraron en el proceso de la CGR.³⁰³ La referencia a “FPJVC” en la carta se utiliza en lugar de los tres Demandantes y Colombia ha recibido notificación suficiente. Esto dista mucho de un caso como *Murphy Exploration contra Ecuador* (el único caso citado por Colombia)³⁰⁴ donde los Demandantes trataban de basarse en una carta de notificación enviada por una entidad no relacionada.³⁰⁵

157. Colombia tampoco niega que tuviera conocimiento de los otros miembros del joint venture y que no haya sufrido perjuicio como resultado de la supuesta omisión.³⁰⁶ Más aún, Colombia no tiene respuesta al punto que plantean los Demandantes en cuanto a que su posición sobre la notificación es irreconciliablemente contradictorio con su posición en cuanto a si FPJVC es nacional de otro Estado Contratante.³⁰⁷ De hecho, la Réplica solo refuerza que Colombia simplemente pretende aprovechar un supuesto tecnicismo de mala fe, en particular si se tiene en cuenta que se han rechazado todos los esfuerzos de los Demandantes por negociar con Colombia antes de presentar sus reclamaciones ante el CIADI.³⁰⁸

³⁰² *Id.* en ¶ 3.

³⁰³ Réplica, ¶ 262.

³⁰⁴ *Id.* en ¶ 271 n. 464.

³⁰⁵ *Murphy Exploration and Production Company International contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Competencia, 15 de diciembre de 2010, ¶ 110 (RL-213).

³⁰⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 179-181. Réplica, ¶ 270.

³⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶ 179. Colombia sugiere que son los Demandantes que han tomado la posición contradictoria sin siquiera tomar conciencia de la contradicción de su propia posición. Réplica, ¶ 274. Sin embargo, la posición de los Demandantes no se basa en concluir que los tres Demandantes no son entidades separadas, sino en una lectura de la carta de Notificación tal como fue concebida.

³⁰⁸ Una vez concluido el “período de reflexión”, los Demandantes escribieron a Colombia nuevamente invitándola a negociar. Se invitó a los Demandantes y a sus abogados a una reunión en Bogotá con los representantes de Colombia, a la cual acudieron. Estas conversaciones fracasaron. En *Murphy Exploration*

158. El desestimar las reclamaciones de Foster Wheeler y PCI en razón de un tecnicismo a esta altura constituiría un derroche innecesario de recursos y contrario al espíritu y objetivo del APC. Esta objeción debe rechazarse.

D. Los Demandantes No Presentaron su Reclamación de TJE a los Tribunales de Colombia

159. Colombia sostiene que los Demandantes han elegido presentar su reclamación de TJE ante los tribunales colombianos.³⁰⁹ Colombia simplemente ignora la porción de la disposición de ese APC que invoca, el Anexo 10-G, que refuta su argumento.

160. El Anexo 10-G establece lo siguiente:

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 certidumbre, si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo que se describe en el párrafo 1 ante un tribunal judicial o tribunal administrativo de una Parte, en lugar de los Estados Unidos, esa elección tiene carácter definitivo y

contra Ecuador, el Demandante no había siquiera tratado de negociar una conciliación con Ecuador antes de presentar el caso. *Murphy contra Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Competencia, ¶¶ 109, 129-132 (RL-213). Aquí, una vez vencido el período de negociación que establece el APC, los Demandantes escribieron al gobierno colombiano para instarlo a reunirse con los Demandantes para intentar resolver la cuestión. Los Demandantes y sus abogados fueron invitados, efectivamente viajaron, a Colombia para reunirse con los funcionarios correspondientes, donde se les dijo que, en opinión del gobierno colombiano, no podía haber un arreglo de la disputa. Resulta difícil entender cómo Colombia puede afirmar de buena fe que se vio perjudicada por la supuesta omisión en decir que los miembros del joint venture tenían reclamaciones contra Colombia, así como la propia joint venture.

³⁰⁹ Réplica, ¶¶ 278-286.

el inversionista no podrá, posteriormente, presentar la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B.³¹⁰

161. Como aclara el párrafo 2 del Anexo 10-G, “si un inversionista de los Estados Unidos elige *presentar una reclamación* del tipo que se describe en el párrafo 1 a un tribunal judicial o tribunal administrativo... esa elección tendrá carácter definitivo...”³¹¹ En otras palabras, llanamente dispute que solo la *presentación* de ese tipo de *reclamación* puede dar lugar a esta renuncia. Colombia no argumenta que los Demandantes presentaron su reclamación de THE en la *tutela*—a lo sumo, solo que se hubiese mencionado una posible reclamación de TJE.³¹²
162. Los términos en los que se centra Colombia en el párrafo 1— “si el inversionista ... ha denunciado violación de una obligación conforme a la Sección A en los procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo” — no significa que mencionar determinada conducta que también constituiría una violación de la norma de THE es suficiente para aplicar esta disposición. Cualquier interpretación en contrario —como la que propone Colombia de que la mera mención de TJE es suficiente, sin formular tal reclamación o pretender una reparación— no puede equipararse con los términos del párrafo 2, donde se dispone que el inversionista debe haber elegido presentar la reclamación descrita para que dicha elección tenga carácter definitivo.
163. El argumento de Colombia de que ni la triple prueba de identidad ni la prueba de los fundamentos se aplican se basa en la misma malinterpretación del Anexo 10-G

³¹⁰ ACP, Anexo 10-G (CL-001).

³¹¹ *Id.* en (2) (énfasis añadido).

³¹² Réplica, ¶¶ 280, 282-283.

de que la mención de TJE es suficiente (lo cual no es así) y puede igualmente rechazarse.³¹³ Como los Demandantes ya han explicado y Colombia no ha refutado de otro modo,³¹⁴ la afirmación de Colombia de que ha habido una elección no cuadra con ninguna prueba o test.³¹⁵ De hecho, aquí, la Primera Tutela de los Demandantes expresamente negó estar pretendiendo una reparación conforme al APC, lo que es incompatible con la noción de que los Demandantes eligieron presentar su reclamación ante los tribunales colombianos.³¹⁶

164. Por último, el intento de Colombia de distinguir el Artículo 10.18.4 y el Anexo 10-G carece de fundamento.³¹⁷ Ambas disposiciones exigen la presentación de una reclamación, como aclara el segundo párrafo de cada disposición que, para mayor certeza, explica lo siguiente:

Para mayor certeza, si un demandante elige presentar una reclamación del tipo que se describe en el inciso (a) ante	Para mayor certidumbre, si un inversionista de Estados Unidos elige presentar una reclamación del tipo que
---	--

³¹³ Véase *id.* en ¶ 284.

³¹⁴ Colombia admite que las acciones en ambos procesos fueron diferentes, si bien insiste en que las partes de ambas acciones no son diferentes, lo que, en cualquier caso, no satisface la prueba de triple identidad o de fundamentos. *Id.* en ¶ 280 n. 479.

³¹⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 190-197. De hecho, como resulta evidente de la propia descripción que hace Colombia de las tres *acciones de tutela*, estas acciones locales son distintas de las reclamaciones que se invocan contra Colombia conforme al APC. Véase Réplica, ¶¶ 24-27. En primer lugar, una *acción de tutela* permite al litigante procurar “la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando una acción u omisión alguna autoridad pública viola o amenaza con violar tales derechos”. Memorial de Contestación, n. 354. En segundo lugar, una *acción de tutela* se limita a evaluar cuando “un derecho fundamental se encuentra amenazado o es viola[do] por una autoridad y el [demandante] no tiene otro medio de defensa judicial”. Réplica, ¶ 24. Estos derechos fundamentales son los que reconoce la ley colombiana, en tanto las violaciones del APC se basan en el derecho internacional. Además, un *tribunal de tutela* no es competente para resolver reclamaciones por violaciones de un tratado, aun cuando los Demandantes quisieran interponer tales reclamaciones ante un tribunal de *tutela*. Memorial de Contestación, ¶¶ 185-186, n. 354.

³¹⁶ Incluso en el caso de reclamaciones conforme a la ley colombiana presentadas en ese caso, los tribunales de tutela denegaron tener competencia y no dictaron fallo alguno sobre el fondo.

³¹⁷ Réplica, ¶ 285.

<p>un tribunal administrativo o tribunal del demandado, o mediante otro procedimiento de resolución de disputas de carácter vinculante, esa elección debe tener carácter definitivo y el demandante no puede posteriormente presentar la reclamación a arbitraje conforme a la Sección B.³¹⁸</p>	<p>se describe en el párrafo 1 a un tribunal judicial o tribunal administrativo de una Parte distinta de Estados Unidos, esa elección será definitiva, y el inversionista no podrá posteriormente someter a arbitraje la reclamación conforme a la Sección B.³¹⁹</p>
---	---

165. La objeción de Colombia carece de fundamento en los términos del APC o en el derecho y debe rechazarse.

E. La Renuncia de los Demandantes es Válida

166. Colombia continúa argumentando que el Tribunal no tiene competencia *ratione voluntatis*, debido a la supuesta invalidez e ineficacia de la renuncia de los Demandantes conforme al Artículo 10.18.2(b) del Tratado.³²⁰ En síntesis, Colombia sostiene que al presentar este arbitraje los Demandantes renunciaron al derecho a defenderse en accione interpuestas por Colombia.³²¹

167. La disposición de renuncia en el Artículo 10.18.2(b) exige que un demandante renuncie a “cualquier derecho a iniciar o continuar ... cualquier proceso con

³¹⁸ APC, Art. 10.18.4(b) (CL-001).

³¹⁹ *Id.* en el Anexo 10-G(2).

³²⁰ Réplica, ¶¶ 287-299.

³²¹ *Id.* en ¶¶ 290, 292, 294.

respecto a alguna medida que presuntamente constituye una violación a la que se hace referencia en el Artículo 10.16.” Lisa y llanamente,³²² la renuncia exige que los Demandantes no interpongan las acciones. En consecuencia, la reserva que hacen los Demandantes de su derecho a defenderse no es incompatible con los requisitos de la renuncia.

168. Colombia no refuta el argumento de los Demandantes de que las acciones defensivas para preservar los derechos de los Demandantes no están comprendidas por disposiciones como el Artículo 10.18.2 y no cita ningún precedente jurisprudencial que sugiera tal conclusión.³²³ Asimismo, los Demandantes no tienen conocimiento de ningún caso en el cual el derecho de una inversionista a defenderse en los procesos interpuestos por el Estado haya sido considerado una violación de la renuncia que prevé el Artículo 10.18.2, o una renuncia similar.

169. Dado que la renuncia de los Demandantes no discrepa con el Artículo 10.18.2, los casos que Colombia cita en respaldo de su afirmación de que los Demandantes han presentado una renuncia inadmisibles tampoco son análogos o aplicables.³²⁴ Tres de esos casos, *Renco contra Perú*, *Waste Management contra México I*, y *Detroit contra Canadá* se trataron en el Memorial de Contestación de los Demandantes.³²⁵

Los otros tres son incluso menos útiles para respaldar el argumento del Demandado.

³²² Convención de Viena, Art. 31(1) (RL-053).

³²³ Memorial de Contestación, ¶¶ 187-189, 205. Véase también Réplica, ¶ 298 (donde se afirma que los Demandantes deben desistir de todos los procesos cuando presenta un arbitraje). El único punto que plantea Colombia, en una nota al pie, es que las disposiciones de renuncia a actuar y renuncia a otro fuero son diferentes, pero en el de contexto del APC, las dos disposiciones son prácticamente idénticas. Véase APC, Art. 10.18.2 *comparar* Anexo 10-G (CL-001).

³²⁴ Véase Réplica, ¶ 291.

³²⁵ Véase Memorial de Contestación, ¶¶

170. En primer lugar, el Demandado cita *Commerce Group contra El Salvador*.³²⁶ En ese caso, fue el demandando quien había iniciado la acción afirmativa subyacente contra el Estado, y omitió desestimarla al inicio del arbitraje.³²⁷ En ese caso no se cuestionaba que la reparación pretendida en ambas reclamaciones era la misma y la defensa del demandante se limitaba al hecho de que no estaba obligado a desistir afirmativamente de tal proceso.³²⁸ En este caso, por otra parte, fue Colombia quien interpuso la acción subyacente, y las acciones que cuestiona el Demandante son simplemente defensas a la acción que este mismo ha iniciado.³²⁹ Los Demandantes no procuraron una reparación afirmativa en alguna de las acciones cuestionadas por Colombia. La Segunda Tutela no buscaba una reparación pecuniaria ya que solicitaba excluir los informes de los peritos.³³⁰ La Tercera Tutela pretendía una reparación provisoria: que se diera a los Demandantes un plazo razonable para presentar una apelación a la decisión de la CGR.³³¹ Por último, la apelación de la Decisión de la CGR, en sí parte de un proceso CGR, no solicitaba una reparación monetaria o la reparación pretendida en este arbitraje, esencialmente recuperar honorarios y costas, o un laudo compensatorio para evitar la destrucción del negocio de los Demandantes.

³²⁶ *Commerce Group Corp y San Sebastian Gold Mines, Inc. contra República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17 (DR-CAFTA), Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶¶ 102-103 (RL-223).

³²⁷ *Id.* en ¶¶ 104-107.

³²⁸ Véase ¶¶ 28-40 *supra*.

³²⁹ Véase, Secciones II.C y II.D, *supra*, para una discusión posterior de estas acciones.

³³⁰ Véase ¶ 38 *supra*.

³³¹ Véase ¶ 40 *supra*.

171. Segundo, el Demandante cita *Thunderbird contra México*. Sin embargo, el Tribunal en ese caso concluyó que los requisitos de la disposición de renuncia debe interpretarse de un modo práctico más que técnico, y escribió:

Al interpretar el Artículo 1121 del TLCAN, debe tenerse en cuenta los fundamentos y la finalidad del [Artículo 1121]. Los requisitos de consentimiento y renuncia que establece el Artículo 1121 persiguen un fin específico, en concreto, impedir que una parte procure reparaciones concurrentes en fueros nacionales e internacionales, lo que podría dar lugar a resultados contradictorios (y de ese modo, inseguridad jurídica) o generar un doble resarcimiento por la misma conducta o medida...³³²

172. En ese caso, los demandantes no presentaron ninguna renuncia conforme al Artículo 1121 sino mucho después de que había comenzado el arbitraje. No obstante ello, el Tribunal se negó a desestimar las reclamaciones por esas razones.³³³ En este caso, los Demandantes presentaron una renuncia correcta y, como se indicó arriba, la defensa de los Demandantes contra el proceso interpuesto por Colombia no creó riesgo alguno de inseguridad jurídica o de doble resarcimiento.³³⁴ De hecho, debido a que los actos de la CGR son el fundamento de las reclamaciones de los Demandantes conforme al APC, no puede existir dicho riesgo.

³³² *International Thunderbird contra México*, UNCITRAL, Laudo Arbitral, ¶ 1 (RL-225).

³³³ *Id.*

³³⁴ En caso de que el Tribunal adhiriera a una visión rigurosa del requisito de renuncia conforme al Artículo 10.18 como pretende Colombia—en efecto, que la renuncia debe incluir los términos del tratado *en haec verba* y nada más—cualquier defecto técnico en la renuncia presentada por los Demandantes es subsanable, y se les debe permitir a los Demandantes modificar su renuncia. De hecho, en *Waste Management I*, las reclamaciones fueron desestimadas sin carácter definitivo y se permitió a los demandantes volver a presentar su caso, de modo que aquí una ampliación estaría justificada para eficiencia procesal. Véase *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Decisión sobre la Objeción Preliminar planteada por México en cuanto los Procedimientos Anteriores, 26 de junio de 2002, ¶¶ 46-47 (CL-251).

173. Por último, el Demandado cita el caso *Railroad Development Corporation contra la República de Guatemala*.³³⁵ En ese caso, al igual que en este, el demandante presentó una renuncia con reserva de derechos.³³⁶ Sin embargo, contrariamente al argumento del Demandado de que este Tribunal debe desestimar esta reclamación por un tecnicismo, el tribunal en ese caso, al igual que en *Thunderbird Gaming*, reconoció que los fundamentos y el propósito de la disposición de renuncia deben respetarse. Como concluyó que la reserva de derechos no era incompatible con ese fundamento y finalidad, se negó a desestimar el caso por esa causa.³³⁷ Asimismo, no se cuestionaba en ese caso que el demandante hubiese presentado un arbitraje en el país en superposición del arbitraje ante el CIADI. Sin embargo, en lugar de desestimar la reclamación en su totalidad, el Tribunal solo desestimó las reclamaciones individuales del demandante que tramitaban en los procesos de arbitraje nacional.³³⁸
174. Como Colombia plantea de manera afirmativa esta objeción, es Colombia quien tiene la carga de la prueba que demuestre que los Demandantes hayan violado la renuncia.³³⁹ No pueden hacerlo. Colombia inició los procesos de la CGR y los

³³⁵ *Railroad Development Corporation contra República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23 (DR-CAFTA), Decisión sobre la Objeción de Competencia, el Artículo 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA, 17 de noviembre de 2008 (RL-224).

³³⁶ *Id.* en ¶ 45.

³³⁷ *Id.*

³³⁸ *Id.* en ¶¶ 72-75.

³³⁹ Véase por ej., *Vladislav Kim y otros contra República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/13/6, Decisión sobre Competencia, 8 de marzo de 2017, ¶ 180 (CL-229); *Bernhard Friedrich Arnd Rudiger Von Pezold, y otros contra República de Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/10/15, laudo, 28 de julio de 2015, ¶ 174 (CL-255) (“La regla general es ue la parte que plantea la reclamación [u objeción] tiene la carga de probarla”.); *Littop Enterprises Limited, y otros contra Ucrania*, Caso SCC No. V 2015-092, Laudo Definitivo, 4 de febrero de 2021, ¶¶ 325-326 (CL-256) (indica lo mismo).

Demandantes se limitaron a defenderse, lo cual no está prohibido en la renuncia del Artículo 10.18.2

V. LOS DEMANDANTES TIENEN DERECHO A RECUPEAR LOS HONORARIOS DE ABOGADOS Y COSTAS

175. Las Partes aceptan que el Tribunal tiene potestad para determinar que la parte que obtenga el fallo a favor recupere los honorarios de abogados y costos incurridos al tener que expedirse sobre las objeciones en virtud del Artículo 10.20.4 y el Artículo 10.20.5.³⁴⁰ Sin embargo, Colombia argumenta que el caso de los Demandantes es frívolo, no así las objeciones de Colombia.³⁴¹ Como se detalla arriba, esto no simplemente no es así. Los Demandantes han presentado correctamente su caso y las objeciones de Colombia no deben prosperar.
176. Asimismo, Colombia admite que conceder a los Demandantes el cobro de los honorarios de abogados y costas promueve los objetivos del Artículo 10.20.6 del APC ya que Colombia ha continuado abusando del proceso de objeciones preliminares para prolongar el proceso ante el CIADI.³⁴² Cabe recordar que Colombia presentó planteos u objeciones preliminares en una abrumadora mayoría de procesos interpuestos contra esta ante el CIADI y hasta el momento no han prosperado.³⁴³ Sin embargo, Colombia continúa insistiendo en estas etapas preliminares, prorrogando innecesariamente los plazos y ampliando los costos de estos procesos.

³⁴⁰ Réplica, ¶ 300 n. 506. Memorial de Contestación, ¶ 206.

³⁴¹ Réplica, ¶ 300 n. 506.

³⁴² Véase el Memorial de Contestación, ¶¶ 209-211.

³⁴³ *Id.*

177. La determinación de honorarios de abogados y costas a favor de los Demandantes se justifica particularmente en este caso en vista de la utilización indebida que hace Colombia del mecanismo de objeciones preliminares:

*El procedimiento conforme al Artículo 10.20.4 del TLC EE.UU.-CA [idéntico al proceso en este caso] tiene, a todas luces, la intención de evitar los plazos y el costo de un juicio y no replicarlo. A tal fin, no puede haber evidencia del demandado que contradiga los hechos asumidos que se exponen en la notificación de arbitraje; y normalmente no debe ser necesario abordar las cuestiones de derecho complejas en profundidad, menos aún las cuestiones de derecho que dependen de cuestiones complejas de hecho, o cuestiones combinadas de hecho y de derecho.*³⁴⁴

178. Colombia ha desconocido por completo la debida finalidad de las objeciones preliminares, y plantea en cambio disputas de hecho en miles de páginas que ha presentado, donde introduce nuevos hechos que ni siquiera guardan relación con las objeciones preliminares, y aborda tanto temas de derecho complejos como cuestiones combinadas de hecho y de derecho en lo que debe ser un proceso ágil que determina simples cuestiones de derecho. El abuso que hace Colombia de este proceso ha incrementado aún más los costos de lo que tenía por objetivo ser un mecanismo de ahorro de costos. Los Demandantes han advertido que este sería el resultado.³⁴⁵
179. Por lo tanto, por todas estas razones, es Colombia quien debe hacerse cargo de todos los costos (incluidos los de los Demandantes) de todos estos procedimientos adicionales innecesarios.

³⁴⁴ *Pac Rim contra El Salvador*, Decisión sobre las Objeciones del Demandado conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TLC EE.UU.-CA CAFTA, ¶ 112 (**RL-036**) (énfasis agregado).

³⁴⁵ Carta de los Demandantes, 9 de octubre de 2020, ¶¶ 5-7 (**C-027**).

VI. PETITORIO

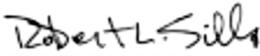
180. En vista de lo antedicho, los Demandantes respetuosamente solicitan que:

- a. El Tribunal rechace por completo todas las Objeciones Preliminares planteadas por Colombia;
- b. Conceda a los Demandantes la recuperación de los honorarios razonables de abogados y costas en que incurra para responder a las Objeciones Preliminares de Colombia; y
- c. Conceda toda otra reparación que el Tribunal considere justa y adecuada.

Fecha: 11 de febrero de 2022

Presentado respetuosamente,

PILLSBURY WINTHROP SHAW PITTMAN LLP

Firmado por: 
Robert L. Sills
31 West 52nd Street
New York, New York 10019
Tel: +1 (212) 858-1000
robert.sills@pillsburylaw.com

Firmado por: 
Charles C. Conrad
Richard D. Deutsch
Two Houston Center
909 Fanin, Suite 200
Houston, TX 77010
Tel: +1 (713) 276-7600
charles.conrad@pillsburylaw.com
richard.deutsch@pillsburylaw.com

Abogados de los Demandantes