

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

En el procedimiento de arbitraje entre

ECO ORO MINERALS CORP.

la Demandante

y

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

la Demandada

Caso CIADI No. ARB/16/41

OPINIÓN DISIDENTE PARCIAL DEL PROFESOR PHILIPPE SANDS QC

1. Este caso gira en torno a una lucha entre objetivos sociales encontrados que van en direcciones opuestas: por un lado, la protección de los derechos derivados de un tratado de los que goza el inversionista extranjero; por otro, la capacidad de una comunidad para adoptar medidas legítimas de conservación del medio ambiente. En el presente caso, las cuestiones planteadas ante el Tribunal se refieren a la legalidad del enfoque adoptado por el Gobierno de Colombia, en nombre de la Demandada, para conciliar la protección del Páramo de Santurbán con los derechos concedidos a Eco Oro, la Demandante, en virtud del Acuerdo de Libre Comercio de 2008 entre la República de Colombia y Canadá, que entró en vigor el 15 de agosto de 2011 (el ALC).

2. La controversia se centra en las medidas adoptadas por Colombia para proteger el Páramo de Santurbán, un ecosistema de alta montaña. Se sabe que el páramo desempeña un papel importante en el mantenimiento de la biodiversidad, con una capacidad única para retener, restaurar y distribuir el agua en zonas extensas. Esta función es de gran importancia para los ecosistemas en general y para las poblaciones humanas. No caben dudas en cuanto a la importancia de los páramos de Colombia, ni al hecho de que representan la mayoría de los ecosistemas de este tipo en todo el mundo, y que están sujetos a protecciones establecidas y de gran alcance en virtud de las leyes de Colombia y del derecho internacional.

3. Es evidente que el ALC entre Colombia y Canadá se ha redactado con minuciosidad, a fin de garantizar que las medidas debidamente adoptadas para proteger los respectivos medio ambientes de los dos países no se vean menoscabadas por los derechos concedidos a los inversionistas extranjeros. Esta preocupación compartida por el medio ambiente se refleja en las disposiciones específicas del ALC sobre (i) derecho aplicable¹, (ii) poderes de policía² y (iii) excepciones³.

¹ Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá (firmado el 21 de noviembre de 2008 y que entró en vigor el 15 de agosto de 2011) (**Anexo C-22**; véase también **Anexo R-137**), Artículo 832 (el Tribunal “decidirá sobre los asuntos en controversia de conformidad con [el ALC] y las reglas de derecho internacional aplicables”).

² *Id.*, Anexo 811(2)(b) (“Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo... la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta”).

³ Véase *id.*, Artículo 2201(3) (“Para efectos del Capítulo Ocho (Inversión); sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de una manera que constituya discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre

4. El Tribunal ha concluido que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones presentadas por Eco Oro y (por mayoría) que la reclamación por expropiación indirecta presentada en virtud del Artículo 811 del ALC debe desestimarse, teniendo en cuenta las disposiciones del Anexo 811(2)(b) sobre poderes de policía. Apoyo estas conclusiones. La mayoría del Tribunal ha concluido, además, que la reclamación incoada por Eco Oro en relación con el Artículo 805 del ALC debe prosperar. Discrepo respetuosamente de esta conclusión. El enfoque adoptado por la mayoría no respeta el texto acordado por los redactores del ALC y puede socavar la protección del medio ambiente.

Artículo 805

5. El Artículo 805(1) del ALC establece lo siguiente:

“Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el ‘trato justo y equitativo’, así como ‘protección y seguridad plenas’. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario”.

Este lenguaje deja en claro—tal como reconoce la Mayoría—que el estándar de protección otorgado al inversionista es el Nivel Mínimo de Trato (“NMT”), el que existe en el derecho internacional consuetudinario. El estándar que debe aplicar el Tribunal no es el de Trato Justo y Equitativo (“TJE”), que se encuentra y resulta aplicable en otros acuerdos de protección de inversiones. Las partes del ALC han reforzado la distinción entre los dos estándares diferentes mediante la reconocida interpretación del Artículo 805 y del NMT adoptada en el año 2017 por la Comisión Conjunta creada en virtud del ALC; esto confirma que el inversionista tiene “la carga

inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión, nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una Parte adoptar o aplicar medidas necesarias: ... (c) para la conservación de recursos naturales agotables vivos o no vivos”).

de probar una regla de derecho internacional consuetudinario invocada en virtud del Artículo 805”⁴.

6. Tal como reconocen la CIJ y la CDI, el hecho de que varios Tratados contengan una disposición sobre TJE no basta para afectar al contenido del derecho internacional consuetudinario⁵. De hecho, la inclusión generalizada de disposiciones sobre TJE respalda la conclusión contraria, ya que puede entenderse que los Estados que incluyen dichas disposiciones en sus tratados expresan su deseo de apartarse del estándar del derecho internacional consuetudinario. Al igual que con todas las normas de derecho internacional consuetudinario, la cuestión crucial es si existen pruebas suficientes de práctica estatal y *opinio juris* que respalden la conclusión de la existencia de una norma de derecho consuetudinario. Tal como se señala *infra*, la mayoría no ha hecho ningún esfuerzo por abordar ese requisito probatorio y, en su lugar, ha ignorado el requisito explícito de los redactores del ALC de que la Demandante debe demostrar el contenido de la norma de derecho internacional consuetudinario invocada en virtud del Artículo 805.
7. En el pasado, algunos tribunales han intentado—de manera accidental o deliberada—equiparar o fusionar los estándares de NMT y TJE. Ambos estándares pueden compartir el objetivo común de imponer restricciones sobre la forma y el alcance en que el Estado debe tratar al inversionista extranjero en su territorio, pero lo hacen de manera diferente. El incumplimiento del estándar consuetudinario de NMT invariablemente daría lugar al incumplimiento del estándar de TJE, pero no suele ocurrir lo mismo a la inversa. Esto se debe a que el estándar de NMT establece una vara mucho más alta.
8. La posición fue planteada con minuciosidad y claridad, en el año 1981, por F. A. Mann, quien escribió lo siguiente:

⁴ Comisión Conjunta del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, Decisión No. 6 (24 de octubre de 2017) (**Anexo R-139**).

⁵ *Ahmadou Sadio Diallo (La República de Guinea c. La República Democrática del Congo)*, Excepciones Preliminares, (2007) ICJ Rep. 582, en párr. 90 (donde se analizan las normas de protección diplomática); CDI, “Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 70° período de sesiones” (30 de abril-1 de junio y 2 de julio-10 de agosto de 2018) UN Doc. A/73/10, págs. 155-160.

“La expresión ‘trato justo y equitativo’ contempla conductas que van mucho más allá del estándar mínimo, y brinda una protección más amplia y conforme a un estándar mucho más objetivo que cualquier otra forma de expresión empleada con anterioridad. Al tribunal no le interesa un estándar mínimo máximo o medio. Tendrá que decidir si, en todas las circunstancias, la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa. Es probable que ningún estándar definido con otras palabras sea importante. Los términos deben entenderse y aplicarse de forma independiente y autónoma”⁶. [Traducción del Árbitro Disidente]

La conclusión del Dr. Mann, que es tan pertinente hoy como cuando se escribió, no significa que el derecho sobre NMT esté grabado en piedra o sea estático. Sin embargo, significa que existe una distinción cardinal entre ambos estándares y que, en el desempeño de su tarea, el tribunal está obligado a tomar esa distinción y aplicarla a los hechos del caso. De lo contrario, se estaría apartando de las intenciones de los redactores del ALC. Tal como lo ha dejado en claro la Comisión Conjunta, corresponde a la Demandante demostrar el contenido de la norma consuetudinaria y que no se ha cumplido el estándar que establece. El tribunal que fusione los dos términos, que aplique erróneamente un estándar (NMT) al aplicar las condiciones del otro (TJE), que no se cerciore de que el demandante haya cumplido con la carga de la prueba que le incumbe o que no dé efecto a las intenciones de los redactores corre el riesgo de adoptar un enfoque que podría considerarse una extralimitación manifiesta de sus facultades.

9. En el presente caso, la Demandante no ha cumplido con la carga de demostrar una práctica estatal suficiente, independiente de la mera existencia de disposiciones sobre TJE en los tratados de inversión modernos, para establecer que el estándar consuetudinario ha evolucionado hasta ser idéntico (o similar) al estándar de TJE. La Demandante tampoco ha ofrecido ninguna prueba plausible sobre la *opinio juris* requerida. Al proceder de esta manera, la Demandante no tuvo en cuenta la elección deliberada y explícita de redacción hecha por las partes del ALC, basada en el estándar

⁶ F. A. Mann, “*British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*” (1981) 52 *British Yearbook of International Law*, pág. 244.

consuetudinario (NMT) que conserva su identidad, su autonomía y sus componentes propios.

10. El tribunal en *Glamis Gold c. Estados Unidos de América* señaló que, aunque la formulación exacta del NMT en el antiguo caso *Neer* ya no resulta directamente aplicable como tal, el estándar consuetudinario que articuló no ha cambiado de forma radical⁷. Sin duda, esa conclusión es correcta. Tal como ha señalado la Mayoría en este caso, el punto de partida para determinar si la conducta del Estado ha infringido el NMT es si ha actuado de forma “arbitraria o manifiestamente injusta o discriminatoria, o de otro modo incompatible con el estándar del derecho internacional consuetudinario”⁸ [Traducción del Árbitro Disidente]. La conducta del Estado debe ser “atroz y escandalosa”⁹ [Traducción del Árbitro Disidente], y debe conducir a un resultado que “ofende la corrección judicial”¹⁰. Al aplicar el estándar, es importante que el análisis del tribunal se realice “a la luz del alto grado de deferencia que el derecho internacional suele otorgar al derecho de las autoridades nacionales a regular asuntos dentro de sus propias fronteras”¹¹ [Traducción del Árbitro Disidente]. La Demandante no ha ofrecido ninguna prueba plausible que justifique adoptar un criterio diferente, y la Decisión de la Mayoría no ha citado ninguna autoridad o prueba que respalde su conclusión. Aunque no es necesario que se determine la existencia de mala fe o intención maliciosa por parte del Estado, el umbral para determinar si se ha violado el NMT sigue siendo muy elevado, de modo que la determinación de violación del NMT debe basarse en hechos verdaderamente excepcionales. Si bien los procesos habituales de toma de decisiones del Estado pueden dar lugar a una violación del estándar de TJE, la violación del NMT no es un hecho cotidiano y solo debe declararse en circunstancias verdaderamente atroces¹².

⁷ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) (**Anexo CL-59**), párr. 21.

⁸ *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños (22 de mayo de 2012) (**Anexo CL-179**), párr. 153.

⁹ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) (**Anexo CL-59**), párrs. 616 y 627.

¹⁰ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004) (**Anexo RL-64**), párr. 98.

¹¹ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial (13 de noviembre de 2000) (**Anexo RL-55**), párr. 263.

¹² *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños (22 de mayo de 2012) (**Anexo CL-179**), párr. 153.

11. La Mayoría ha tratado de establecer la existencia de violación del NMT en función de tres razonamientos entrelazados: en primer lugar, que la Demandada violó las expectativas legítimas de la Demandante; en segundo lugar, que la Demandada no proporcionó un entorno jurídico estable y predecible; y, en tercer lugar, que la Demandada actuó de forma arbitraria en su trato con la Demandante. El enfoque es novedoso. No estoy de acuerdo con el razonamiento de la Mayoría en relación con los tres aspectos, ya que no hay pruebas que respalden el enfoque acerca del estándar de NMT, ni la conclusión de que ha existido una violación de dicho estándar.

Expectativas Legítimas

12. La noción de expectativas legítimas se ha convertido en una cuestión frecuente y polémica en las controversias sobre tratados de inversión. Se ha vuelto un elemento reconocido del estándar de TJE, pero aún no se ha establecido su función en el marco de una investigación sobre NMT.

13. En primer lugar, tal como reconoce la Mayoría, en el contexto del NMT, la inobservancia de las expectativas legítimas del demandante es solo uno de los factores que el tribunal puede tener en cuenta para determinar si ha habido una violación del NMT¹³. El demandante aún debe demostrar que el incumplimiento de sus expectativas legítimas fue, dadas las circunstancias, lo suficientemente grave como para constituir un comportamiento atroz y escandaloso.

14. En segundo lugar, y lo que es más pertinente, si las expectativas legítimas han de tener algún lugar en el contexto del NMT, el concepto tendrá una función más limitada que en relación con el TJE. A diferencia de lo que ocurre en una investigación sobre TJE, no existe ninguna autoridad que afirme que bastará con que el demandante señale que se ha basado en disposiciones legislativas o declaraciones generales. Más bien, la jurisprudencia limitada existente (en el contexto del TLCAN) indica, *inter alia*, que el demandante debe ser capaz de establecer una relación o expectativa

¹³ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) (**Anexo CL-59**), párr. 627.

“cuasicontractual”¹⁴, en el sentido de que el Estado debe haber ofrecido alicientes o declaraciones “explícitas” o “específicas” [Traducción del Árbitro Disidente] en las que el inversionista haya depositado su confianza¹⁵. El análisis de la Mayoría no reconoce ni aborda este requisito y, al hacerlo, ha confundido, de hecho, el TJE y el NMT.

15. La Mayoría concluye que la Demandante tenía tres expectativas legítimas: (i) que tendría derecho a realizar actividades de explotación minera en la totalidad del área comprendida en la Concesión 3452; (ii) que, en caso de que el Estado expropiara los derechos adquiridos por Eco Oro, debería pagar una indemnización; y (iii) que Colombia garantizaría un marco comercial previsible para la planificación empresarial y la inversión.

16. Con respecto a la expectativa (i), no obran pruebas ante el Tribunal que demuestren que la Demandada asumió un compromiso “cuasicontractual” de que la Demandante tendría derecho a explotar la totalidad del área de la Concesión. En efecto, el derecho de explotación se basaba en la obtención de las autorizaciones ambientales pertinentes, en circunstancias en las que la Demandante era consciente, en el momento de su inversión, de que el otorgamiento de dichas autorizaciones era incierto. Para eludir este hecho, la Mayoría se basa principalmente en declaraciones generales de aliento de algunos ministros y funcionarios de la Demandada, así como en el mero hecho del otorgamiento de la Concesión, pero ni lo uno ni lo otro da lugar a una relación “cuasicontractual”. Tal como reconoce el Tribunal en relación con la reclamación por expropiación, la Demandante era consciente, o debió haber sido consciente, de la existencia y el efecto del páramo en el área de la Concesión; de que la Demandada estaba comprometida con la protección del medio ambiente, y de que su derecho o capacidad de ir más allá de la exploración para explotar el área de la Concesión estaba sujeto a la necesidad imperiosa de proteger el medio ambiente. Teniendo en cuenta que, en su análisis de la reclamación en virtud del Art. 811, estos mismos hechos llevaron al Tribunal a concluir que la Demandante no había recibido una garantía o declaración específica que pudiera dar

¹⁴ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) (**Anexo CL-59**), párrs. 766 y 799; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009) (**Anexo RL-81**), párr. 290.

¹⁵ *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) (**Anexo CL-59**), párr. 767; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños (22 de mayo de 2012) (**Anexo CL-179**), párr. 152.

lugar a una expectativa legítima¹⁶, es totalmente incoherente que la Mayoría llegue a una conclusión distinta en su análisis de la reclamación en virtud del Art. 805.

17. Del mismo modo, no creo que existiera ningún compromiso cuasicontractual con respecto a las expectativas (ii) y (iii). La Demandante no ha mencionado ninguna garantía específica de que recibiría indemnización en caso de expropiación, o de que la Demandada brindaría un marco previsible para la planificación y la inversión. Cualquier inversionista podría alegar tener tales “expectativas” basándose en la legislación interna de la Demandada y en declaraciones generales de ministros y funcionarios, pero estas no estarían protegidas por el NMT. Me resulta especialmente extraña la referencia a la expectativa (ii), dado que el Tribunal ha determinado que no hubo expropiación. Los conceptos de estabilidad y previsibilidad, que sustentan la expectativa (iii), se abordan *infra*.
18. Hay otra dificultad con la conclusión de la Mayoría de que la Demandada ha frustrado las expectativas legítimas de la Demandante en virtud del NMT (Artículo 805). El Tribunal ha reconocido lo siguiente: (1) para poder invocar una reclamación de expectativas legítimas (en virtud del TJE), el inversionista debe demostrar que sus expectativas habrían sido compartidas por un “inversionista razonable” o “prudente”, y para ello debe haber actuado con algún tipo de debida diligencia¹⁷; (2) no hay pruebas en el expediente que demuestren que Eco Oro actuó con debida diligencia con respecto a cualquiera de las declaraciones en las que supuestamente se basó¹⁸; (3) “la debida diligencia más superficial incluso antes de que se otorgara la Concesión 3452 habría revelado (i) la existencia potencial de un ecosistema de páramo dentro de los límites de la Concesión 3452; (ii) el compromiso y la obligación del Gobierno de proteger estos ecosistemas; y (iii) que dicha protección podría lograrse mediante la imposición de una prohibición minera”¹⁹; (4) Eco Oro no tenía “expectativas distinguibles y razonables de la inversión de que se permitiría la explotación en la totalidad del área de la

¹⁶ Decisión del Tribunal, párr. 694.

¹⁷ Véase Decisión del Tribunal, párrs. 681, 762; véase *Antaris y Göde c. La República Checa*, Caso CPA No. 2014-01, Laudo de 2 de mayo de 2018, párr. 360(6): “para basarse en expectativas legítimas, el inversionista debe primero informarse sobre las perspectivas de modificación del marco regulatorio a la luz de los cambios que se produzcan en ese momento o que quepa esperar razonablemente que se producirían en las condiciones socioeconómicas del Estado receptor”. [Traducción del Árbitro Disidente]

¹⁸ Decisión del Tribunal, párrs. 682, 694, 768.

¹⁹ Decisión del Tribunal, párr. 682.

concesión”²⁰; y (5) un ejercicio apropiado de debida diligencia habría advertido a Eco Oro “que Colombia podía imponer retroactivamente una prohibición minera en toda la Concesión 3452 o en parte de ella para proteger un ecosistema de páramo”²¹. Sin embargo, a pesar de estas conclusiones bastante claras, en gran medida, en relación con la infructuosa reclamación en virtud del Artículo 811, la Mayoría concluye que Eco Oro tenía una expectativa legítima en relación con el NMT, en la que podía basarse pese a la falta total de debida diligencia. Al llegar a esta conclusión (en los párrs. 804 y 805 de la Decisión), la Mayoría pasa en silencio sobre la debida diligencia²².

Estabilidad y previsibilidad

19. La invocación por parte de la Mayoría de los conceptos de estabilidad y previsibilidad no es menos problemática. A pesar de la tendencia de la Mayoría a referirse a los conceptos por separado, están estrechamente interconectados y, en verdad, no puede decirse que sean distintos en ningún sentido significativo; de hecho, no está claro en la Decisión lo que la Mayoría entiende por diferencia entre estabilidad y previsibilidad. En cualquier caso, la obligación de proporcionar estabilidad o previsibilidad no tiene fundamento en el ALC ni en la jurisprudencia sobre el NMT. En su explicación inicial del NMT, la Mayoría no hace mención alguna a cuestiones de estabilidad jurídica o normativa; de hecho, en varias partes de la Decisión, incluido el párrafo 749, la Mayoría afirma explícitamente que la Demandada no tiene la obligación de proporcionar un marco jurídico estable. Sin embargo, cuando se trata de la aplicación del estándar de NMT a los hechos del caso, de la nada surge repentinamente la obligación de estabilidad, como si hubiera aparecido por arte de magia, sin que se haga referencia ni a las cargas probatorias de la Demandante (sobre práctica estatal u *opinio juris* en relación con el estándar del derecho consuetudinario) ni a ninguna autoridad legal. La estabilidad jurídica o normativa se menciona repetidamente en el razonamiento de la Mayoría, en especial, en los párrafos 754, 762, 781, 803 y 805; y ello a pesar de que

²⁰ Decisión del Tribunal, párr. 694.

²¹ Decisión del Tribunal, párr. 765.

²² En relación con la reclamación en virtud del Artículo 811, la mayoría concluye que “Eco Oro no pudo haber previsto con la debida diligencia la inmensa confusión en el régimen jurídico aplicable creada por las contradictorias decisiones estatales y las cambiantes posiciones de diferentes órganos del Estado” sobre la delimitación del páramo (Decisión del Tribunal, párr. 696). Para llegar a esta conclusión, la mayoría no ofrece ninguna prueba: es una mera afirmación, no respaldada por el expediente del procedimiento. No se aclaró la cuestión relativa a la reclamación en virtud del Artículo 805.

la estabilidad jurídica y normativa nunca antes se había tratado como parte del NMT, y de que no se cita ninguna autoridad o prueba para llegar a esa conclusión.

20. La confianza en la previsibilidad, en la medida en que es distinta a la estabilidad, tampoco está respaldada por ninguna prueba o autoridad. La única fuente que invoca la Mayoría en relación con la pertinencia de la previsibilidad es una sola línea del preámbulo del ALC. Empero, se reconoce ampliamente que una aspiración preambular no puede, como tal, dar lugar a una obligación firme o procesable²³.

21. Esta confianza en la estabilidad y la previsibilidad es, por tanto, manifiestamente incorrecta. Sin duda, existe un debate en curso sobre si el estándar de TJE encierra algún tipo de obligación de garantizar la estabilidad jurídica y normativa, y vasta jurisprudencia indica que tal obligación solo existe cuando la disposición sobre TJE en cuestión menciona explícitamente la estabilidad. Sin ese lenguaje claro, la mayoría de los tribunales han reconocido que el derecho internacional en materia de inversiones no congela el entorno normativo del Estado receptor—ni puede ni debe hacerlo—y, de hecho, no debe actuar como mecanismo de sistema de seguro para los inversionistas²⁴. La decisión de las partes en un tratado—como ocurre en este ALC—de no incluir una cláusula de estabilidad en un acuerdo internacional es algo que un Tribunal debe tomar con seriedad, puesto que representa una elección deliberada de los redactores para preservar un mayor grado de discrecionalidad normativa. Lo mismo ocurre con la legislación nacional. Invocar el concepto de expectativas legítimas, como hace la Mayoría a modo de pensamiento mágico, no puede cambiar esto²⁵.

²³ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009) (**Anexo RL-81**), párrs. 289-290.

²⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. La República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión de Anulación (21 de marzo de 2007), párr. 67; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños (22 de mayo de 2012) (**Anexo CL-179**), párr. 153; *Hydro Energy I S.à r.l. e Hydroxana Sweden AB c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/42, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños (9 de marzo de 2020), párr. 584.

²⁵ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI Caso No. ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009) (**Anexo RL-81**), párrs. 289-290.

22. Estas consideraciones se aplican, en especial, de conformidad con el NMT consuetudinario, que es el estándar aplicable en este caso. ¿Dónde está la autoridad para afirmar que la falta de estabilidad o previsibilidad puede dar lugar a una violación del estándar de NMT? La Mayoría no ha citado ninguna. No conozco ninguna. La Mayoría se ha dedicado efectivamente a legislar en el ámbito judicial; ha inventado un nuevo elemento para la identificación del estándar consuetudinario que ningún Estado parece haber articulado, en ausencia total de cualquier prueba de práctica estatal u *opinio juris*. A pesar de que los redactores del ALC han dejado en claro que, en relación con el Artículo 805 y el NMT, el demandante debe demostrar la norma consuetudinaria, con todo lo que ello implica para la prueba de práctica estatal y *opinio juris*, la Mayoría no menciona estos elementos en relación con los hechos de estabilidad o previsibilidad. Sin pruebas de *opinio juris* o práctica estatal, la reclamación sobre un estándar consuetudinario no puede prosperar.
23. La Mayoría no ha explicado por qué lo ocurrido en Colombia atenta contra el estado de derecho, sino todo lo contrario, e invocó en su relato una serie de actos legislativos y normativos, y los consiguientes litigios, incluso ante la Corte Constitucional. Los propios testigos y peritos de la Demandante declararon sobre la existencia de recursos aún disponibles para la Demandante, y la falta de interposición de tales recursos, así como la plausibilidad de las decisiones de la Corte Constitucional, aunque no estén necesariamente de acuerdo con ellas. El comportamiento de Colombia puede no ser perfecto pero, al no brindar estabilidad o previsibilidad, no puede decirse que viole el estado de derecho, o el derecho consuetudinario, o que se acerque siquiera a perturbar u ofender el sentido de la corrección judicial. Al concluir como lo ha hecho, la Mayoría ignora la evidente diligencia con la que la Corte Constitucional de Colombia abordó asuntos de alta complejidad, ofreciendo razones para todas sus conclusiones que están redactadas con evidente detenimiento y equilibrio. Existe aquí una incoherencia manifiesta en las conclusiones de la Mayoría. En ausencia de un factor agravante, como uno de los indicios del profesor Schreuer, la mera inestabilidad nunca puede ser por sí misma lo suficientemente grave como para dar lugar a una violación del NMT.

24. En consecuencia, no creo que, en sí misma, la estabilidad o previsibilidad del marco jurídico interno sea pertinente para determinar si la Demandada ha incumplido el estándar de NMT.

Arbitrariedad

25. Coincido con la Mayoría en que un Estado que actúa de forma arbitraria puede incurrir en incumplimiento del estándar de NMT. El punto de partida para evaluar si el Estado ha actuado de forma arbitraria es el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*. En ese caso, la Corte indicó que solo procedía determinar la existencia de arbitrariedad cuando el Estado hubiera actuado en contra del estado de derecho o su conducta perturbara u ofendiera el sentido de la corrección jurídica²⁶. Los tribunales de inversiones también han utilizado un lenguaje similar²⁷, que sigue reflejando el estado de la ley en la actualidad. La Demandante no ha ofrecido ninguna prueba plausible que justifique adoptar un criterio diferente, y la Decisión de la Mayoría no ha citado ninguna autoridad en sentido contrario.

26. Al evaluar la arbitrariedad, es importante que los tribunales reconozcan que no deben limitarse a sustituir las opiniones del Estado receptor por las suyas propias sobre una cuestión concreta. Tal como declarara el tribunal en *Cargill c. México*, y citara la Mayoría, “una conclusión de arbitrariedad, para ser procesable, no debe basarse simplemente en el hecho de que un tribunal determinó que un organismo o una legislatura nacional ponderó incorrectamente los diversos factores, concertó compromisos legítimos entre grupos en disputa, o aplicó un razonamiento social o económico de una manera que el tribunal no comparte”²⁸. Coincido plenamente con la mayoría en que los indicios de arbitrariedad señalados por el profesor Christoph

²⁶ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Fallo, I.C.J. Reports 1989 (**Anexo CL-153 / RL-50**), pág. 15, párr. 128.

²⁷ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004) (**Anexo RL-64**), párr. 98; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo (8 de junio de 2009) (**Anexo CL-59**), párr. 21; *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009) (**Anexo RL-81**), párrs. 285-296; *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Gobierno de Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños (22 de mayo de 2012) (**Anexo CL-179**), párr. 152.

²⁸ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo (18 de septiembre de 2009) (**Anexo RL-81**), párr. 292.

Schreuer en *EDF (Services) Limited c. Rumanía* son pertinentes para el NMT consuetudinario y útiles en el presente caso²⁹.

27. Por las razones expuestas *supra*, la mera inestabilidad no puede equivaler a una violación del NMT. Más allá de la “inestabilidad”, la conclusión de la Mayoría parece girar en torno a su opinión de que la Demandada actuó por una razón distinta a la protección del medio ambiente, o que la Demandada no actuó con un fin legítimo³⁰. Esta opinión parece basarse en tres factores: el hecho de que la Demandada aludió a factores distintos a la protección del medio ambiente en algunos de sus procesos de toma de decisiones; el hecho de que había enfoques contrapuestos para la delimitación del Páramo de Santurbán en distintas partes del gobierno de la Demandada; y el hecho de que la Demandada no eliminó la minería ilegal en su territorio. En mi opinión, está claro que estos factores, considerados ya sea de manera individual o en conjunto, no son lo suficientemente graves como para constituir arbitrariedad o violación del NMT.
28. A la hora de determinar si las medidas adoptadas por el Estado son arbitrarias al punto de resultar escandalosas, los tribunales deben prestar atención a las dificultades que entraña la toma de decisiones gubernamentales ante objetivos legítimos que van en direcciones opuestas. En la búsqueda del equilibrio, y ante presiones contrapuestas, las distintas ramas de un mismo gobierno pueden inevitablemente manifestar prioridades distintas y potencialmente conflictivas. Tal como se señalara *supra*, esto es especialmente cierto cuando está en juego la protección del medio ambiente o de la salud humana (basta pensar en los retos actuales que afrontan tantos gobiernos de todo el mundo ante la realidad emergente del calentamiento global/cambio climático y la pérdida de biodiversidad y sus consecuencias, o la realidad del Covid-19, que obliga a los gobiernos a encontrar la manera de sortear las dificultades para proteger la salud humana y, al mismo tiempo, garantizar el bienestar económico).
29. Aunque los Estados firman cada vez más tratados por los que se comprometen a proteger el medio ambiente, suelen verse presionados para dar prioridad a otros objetivos sociales. Estos objetivos contrapuestos son, por lo general, de naturaleza

²⁹ *EDF (Services) Limited c. Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo (8 de octubre de 2009) (**Anexo CL-174**), párr. 303.

³⁰ Decisión del Tribunal, párrs. 810 y 821.

económica. A medida que aumenta la preocupación por la protección del medio ambiente, es cada vez más probable que los Estados se enfrenten a decisiones que implican disyuntivas complejas, lo que hace más probable el debate gubernamental interno y los cambios de rumbo. Cuando un gobierno decide dar prioridad a un cierto interés, como la protección del medio ambiente, existen diversas formas de diseñar y aplicar una política en función del peso que un gobierno desee dar a otros intereses. Estas decisiones políticas implican actos sutiles de equilibrio y pueden ocasionar que ciertas partes interesadas se vean decepcionadas o incluso en peor situación económica. En mi opinión, nada de esto basta por sí solo para poner en duda la sinceridad de los objetivos declarados por el Gobierno. Estas decisiones y sus consecuencias no son extraordinarias en ningún sentido, sino que se han tornado rutinarias y parte de asuntos de gobierno.

30. En este contexto, los árbitros y los jueces, así como otros adjudicadores, deben procurar permanecer dentro de la función arbitral o judicial: no deben legislar y deben tener cuidado de no traspasar un dominio prohibido imponiendo sus propias preferencias políticas cuando el poder legislativo—y quizás también un poder ejecutivo dividido—oscila a lo largo del tiempo entre objetivos sociales y políticos encontrados. Me temo que la Mayoría ha cometido un error: no ha tenido en cuenta las realidades de la toma de decisiones gubernamentales en ámbitos legítimos, ni los límites claros impuestos por los redactores del ALC en relación con la protección del medio ambiente, sobre todo, al imponer la aplicación del NMT con todo lo que ello implica para demostrar el contenido de la norma consuetudinaria.
31. Sobre la base de los hechos expuestos ante el Tribunal, no considero que el comportamiento de la Demandada pueda calificarse de perturbador u ofensivo del sentido de la corrección jurídica, o que pueda decirse que es contrario al estado de derecho. En efecto, la Decisión deja muy claro que Colombia ha actuado en todo momento de buena fe, tratando de determinar compromisos para equilibrar los objetivos contrapuestos de protección del medio ambiente y desarrollo económico (en este caso, mediante la actividad minera). La Decisión guarda silencio relativamente sobre el testimonio convincente ofrecido por los testigos, en particular, la Sra. Brigitte Baptiste, en representación de la Demandada. La Sra. Baptiste, en calidad de Directora General del Instituto Alexander von Humboldt (en el período comprendido entre los años 2010

y 2019), describió cómo el Instituto contribuyó a la delimitación del páramo, y confirmó la complejidad de la tarea, la forma en que se tuvieron en cuenta los factores no ecológicos, y la importancia y el reto de delimitar la zona de transición (franja) entre el páramo y otras áreas (“En la franja de transición entre cualquier par de ecosistemas es donde se desarrolla la mayor cantidad de intercambios ecológicos. Es donde hay mayores flujos, por precisamente constituir una frontera [...]. De manera que la franja es esencial en el funcionamiento del ecosistema. Y en este caso la franja siempre está considerada como un área de protección fundamental del páramo, porque es el ecosistema que está por encima. Y el flujo de servicios ecosistémicos [...] y especialmente el de agua [...]”³¹). El testimonio de la Sra. Baptiste sobre la delimitación fue honesto, equilibrado, convincente y persuasivo, un reflejo de su integridad; respaldó firmemente la conclusión de que el esfuerzo de la Demandada para delimitar el páramo puede no haber sido perfecto, pero se realizó de buena fe, estuvo motivado por consideraciones ambientales genuinas y no puede decirse que haya sido arbitrario. Su testimonio no fue desvirtuado por el contrainterrogatorio ni por otras pruebas.

32. Al igual que muchos gobiernos del resto del mundo, Colombia ha determinado que el reto de tomar medidas razonables para proteger su medio ambiente es abrumador, lleva tiempo y, por lo general, comprende muchas decisiones que toman direcciones contrarias. En un momento en que la necesidad de proteger el medio ambiente es, en términos jurídicos, un hecho relativamente reciente, es comprensible que distintas partes de un gobierno puedan, en ocasiones, avanzar en direcciones diferentes, que, con el tiempo, se adopten leyes contradictorias o que se dicten sentencias judiciales diferentes.

33. En la era del cambio climático y la pérdida significativa de diversidad biológica, está claro que la sociedad se encuentra en un estado de transición. El derecho—incluido el derecho internacional—debe tener en cuenta ese estado de transición, que da lugar a numerosas incertidumbres. Los adjudicadores, como los jueces y los árbitros, reconocen la necesidad de proceder con cautela en un momento de transición e incertidumbre. De hecho, el principio de precaución ha sido desarrollado para asistir en

³¹ Transcripción, Día 3, 339:11-340:8, e intercambios en torno al testimonio citado (miércoles 22 de enero de 2020).

la toma de decisiones en tiempos de incertidumbre, y el Tribunal ha determinado correctamente que la aplicación del principio de precaución—considerado aplicable como regla de derecho de conformidad con el Artículo 832 del ALC—a este caso ha contribuido a concluir que no ha habido violación procesable alguna del Artículo 811 del ALC. Sin embargo, en lo que respecta al Artículo 805, al parecer, la precaución no tiene cabida para la Mayoría.

34. Para ser claro, la Demandada no ha realizado una gestión perfecta del páramo, pero el estándar de NMT no exige que lo hiciera. Ni el NMT ni el ALC ofrecen un derecho contra la confusión. La Mayoría tiene razón al señalar que hubo problemas con la forma en que el gobierno manejó el proceso de delimitación del Páramo de Santurbán. Fue lento, incoherente e incierto. Sin embargo, la pregunta clave es: ¿el proceso de delimitación se apartó del estado de derecho o se desarrolló sobre una base que perturba nuestro sentido de la corrección jurídica? En mi opinión, no lo hizo, y la esencia de la Decisión lo deja en claro, partiendo de la premisa de que la Demandada actuó de buena fe. Aun así, cuando se trata de la delimitación definitiva y permanente del páramo, y de todas las dificultades que generó, incluidos los retrasos, la Mayoría ha tomado las pruebas ante el Tribunal y ha llegado a la conclusión de que la Demandada, de alguna manera, no estuvo verdaderamente motivada por el objetivo de protección del medio ambiente. Esta conclusión es difícil de comprender, dadas las pruebas y la determinación, en el marco de la reclamación por expropiación, de que las acciones de la Demandada *estuvieron* motivadas por el deseo de proteger el medio ambiente³².

Conclusión sobre el Artículo 805

35. La conclusión de la Mayoría de que se ha violado el Artículo 805 se basa en algo más que la prueba de que la Demandada se enfrentó a las concesiones que debieron realizarse entre intereses opuestos, con un razonamiento y una toma de decisiones que no fueron tan eficientes, oportunos o coherentes como podrían haber sido. Aunque se pueden hacer críticas legítimas acerca de la manera en que actuó la Demandada, esas mismas críticas se pueden hacer con respecto a cualquier Gobierno que se enfrente a este tipo de decisiones y que esté sujeto a impugnaciones judiciales en todas las fases.

³² Decisión del Tribunal, párrs. 678 y 699.

Por ello, el estándar que debe aplicarse es primordial, tal como se refleja en las intenciones claramente expresadas por los redactores del ALC. En mi opinión, está claro que la Mayoría no aplicó el estándar correcto.

36. El análisis de la Mayoría socava el sentido llano del ALC y los principios arraigados del derecho consuetudinario. El efecto de su enfoque es bajar considerablemente la vara y, de hecho, reescribir el ALC y el contenido y efecto del NMT. Tal como demostrara el lenguaje empleado por la CIJ en *ELSI* y otros tribunales de inversiones, resolver que el Estado ha violado el NMT es algo raro y extraordinario.

37. Es incontrovertible que la protección del páramo fue un objetivo legítimo. La designación del área general del páramo en el año 2007 no ha sido impugnada, y el Tribunal ha reconocido que el área en la que se ha prohibido la minería no ha cruzado la línea de la improcedencia o la ilegalidad a tenor de lo establecido en el ALC. La Demandante se embarcó en este proyecto con los ojos abiertos, a sabiendas de que invertía en un páramo que ya estaba sujeto a ciertas protecciones, y sabía—o debió haber sabido—que, con el tiempo, era probable que esas protecciones fueran aún más restrictivas. Para el momento de su proyecto renovado y modificado en el año 2011, cuando abandonó una mina a cielo abierto por una mina subterránea, la Demandante era muy consciente de las dificultades a las que se enfrentaba. Lo que el Tribunal impugna es simplemente el hecho de que la Demandada no ha dado efecto preciso y detallado, de manera oportuna, a la delimitación permanente y definitiva del páramo de conformidad con una escala, un calendario y factores específicos. Desde cualquier punto de vista razonable, la situación que afrontó la Demandada al tratar de cumplir un objetivo legítimo de protección del medio ambiente fue difícil. Su enfoque para superar ese desafío no fue perfecto, pero tampoco fue contrario al estado de derecho y no fue una conducta que perturbara u ofendiera el sentido de la corrección jurídica.

La excepción del Artículo 2201(3)

38. Habiendo concluido que no hubo violación del Artículo 805 ni del Artículo 811, no abordaré la interpretación y aplicabilidad del Artículo 2201(3).

Retroactividad

39. La retroactividad fue abordada por el Sr. Grigera Naón como motivo de preocupación. En líneas generales, fuera del contexto del derecho penal, no puede decirse que exista una norma estricta contra la retroactividad. Este punto fue abordado por el tribunal en *Cairn Energy c. India*³³, un caso relativo a si las medidas fiscales retroactivas violaban el estándar de TJE, independientemente de la doctrina de las expectativas legítimas. Esta parece ser la primera decisión en la que se examina este punto con cierto detalle³⁴. El tribunal rechazó el argumento de que un principio de seguridad jurídica implicara una prohibición absoluta contra las medidas retroactivas³⁵. En cambio, determinó que las medidas retroactivas no pueden suponer una violación del TJE cuando se adoptan en el interés público y de conformidad con el principio de proporcionalidad³⁶. Se propuso una prueba en dos fases, a saber:

“(i) La aplicación retroactiva de una nueva normativa solo está justificada cuando la aplicación prospectiva de dicha normativa no permitiría alcanzar el fin público específico perseguido, y (ii) la importancia de ese fin público específico debe pesar manifiestamente más que el perjuicio sufrido por los individuos afectados por la aplicación retroactiva de la normativa”³⁷. [Traducción del Árbitro Disidente]

Si bien se realizó en el marco de una reclamación de TJE, el análisis en *Cairn Energy* parte de la premisa de que no es correcto asumir que las medidas retroactivas están estrictamente prohibidas. Esto se encuentra en consonancia con la jurisprudencia internacional y la práctica de muchos ordenamientos jurídicos nacionales, que no apoyan la idea de que los principios generales del derecho (entendidos en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la CIJ) prohíben las medidas retroactivas. La mejor opinión

³³ *Cairn Energy PLC y Cairn UK Holdings Limited c. La República de la India*, Caso CPA No. 2016-7, Laudo (21 de diciembre de 2020) (Árbitros Laurent Lévy (Presidente), Stanimir A. Alexandrov y J. Christopher Thomas QC).

³⁴ *Cairn Energy PLC y Cairn UK Holdings Limited c. La República de la India*, Caso CPA No. 2016-7, Laudo (21 de diciembre de 2020), párr. 1734.

³⁵ *Cairn Energy PLC y Cairn UK Holdings Limited c. La República de la India*, Caso CPA No. 2016-7, Laudo (21 de diciembre de 2020), párrs. 1757 y 1760.

³⁶ *Cairn Energy PLC y Cairn UK Holdings Limited c. La República de la India*, Caso CPA No. 2016-7, Laudo (21 de diciembre de 2020), párrs. 1760 y 1788.

³⁷ *Cairn Energy PLC y Cairn UK Holdings Limited c. La República de la India*, Caso CPA No. 2016-7, Laudo (21 de diciembre de 2020), párr. 1760.

es la del tribunal en *Cairn Energy*, es decir, que las medidas retroactivas son permisibles si se adoptan por razones de interés público y de acuerdo con el principio de proporcionalidad. El hecho de que una medida pueda tener efectos retroactivos no puede bastar para que el tribunal concluya que los hechos del caso lo sitúan dentro de las “circunstancias extraordinarias” de modo que el Anexo 811 no resulte aplicable. En cambio, los tribunales deben examinar si las medidas retroactivas impugnadas se adoptaron en el interés público y si son proporcionadas. Esto concuerda con el análisis de la Decisión, tal como se indica en los párrafos 623-699, en el sentido de que las medidas se adoptaron por razones de interés público y fueron proporcionadas.

Daños

40. Habiendo concluido que no hubo violación del Artículo 805 ni del Artículo 811, en mi opinión, no se plantea la cuestión de los daños y perjuicios. Habiendo concluido la mayoría lo contrario, en relación con el Artículo 805, será necesaria una fase adicional para identificar las pérdidas sufridas por Eco Oro, en su caso, y la metodología para valorarlas. Sobre este particular, tal como ponen de manifiesto las cuestiones planteadas por el Tribunal, la decisión de que Eco Oro no tuviera derecho a emprender explotación alguna sin obtener las licencias ambientales necesarias, sumada a la falta de ejercicio de debida diligencia en cuanto a cuál era la probabilidad de obtener tales licencias en relación con una mina subterránea, hacen que esta tarea no sea del todo sencilla.
41. Sobre este particular, en cuanto a la cuestión de los derechos adquiridos³⁸, puede decirse que Eco Oro, con arreglo a la legislación colombiana, tiene derechos que podrían caracterizarse, como hace la mayoría, como “derechos adquiridos”. Sin embargo, esa caracterización tiene consecuencias limitadas, si las hubiera, para el caso que nos ocupa, el cual se refiere a qué derecho tenía realmente Eco Oro en virtud del ALC en relación con la concesión. Tenía derecho a explorar y a solicitar una licencia ambiental que le permitiera realizar futuras explotaciones. Sin embargo, no tenía derecho, como tal, a explotar ni a solicitar la prórroga de la concesión a efectos de la realización de futuras explotaciones sin el otorgamiento de una licencia ambiental. Eco Oro tampoco tenía derecho a una licencia ambiental. Concluir, como hace la mayoría, que Eco Oro tenía

³⁸ Véase, por ejemplo, Decisión del Tribunal, párrs. 449 y 499.

un “derecho adquirido” a explotar sujeto al otorgamiento de una futura (y especulativa) licencia ambiental no ayuda, en mi opinión, a identificar y valorar las pérdidas que la mayoría determine que se han producido.

Profesor Philippe Sands QC

9 de septiembre de 2021