

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

En el procedimiento de arbitraje entre

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

Demandantes

y

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Demandada

Caso CIADI No. ARB/19/34

LAUDO

Miembros del Tribunal

Sr. José Emilio Nunes Pinto, Presidente

Sr. John Beechey CBE, Árbitro

Prof. Marcelo G. Kohen, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Marisa Planells-Valero

Asistente del Tribunal

Sra. Maria Claudia Procopiak

Fecha de envío a las Partes: 19 de diciembre de 2024

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de Amec Foster Wheeler USA Corporation, Process Consultants, Inc., y Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc.:

Sr. Robert L. Sills
Sr. Martín Ruiz García
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP
31 West 52nd Street
Nueva York, NY 10019
EE. UU.
y
Sr. Charles C. Conrad
Sra. Elizabeth Dye
Sr. Richard Deutsch
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP
609 Main St.
Suite 2000
Houston, TX 77002
EE. UU.

En representación de la República de Colombia:

Sr. César Palomino Cortés
Director General
Sr. Yebrail Haddad Linero
Director de Defensa Jurídica Internacional
Sra. Juana Martínez Quintero
Coordinadora de Arbitrajes de Inversión
Dirección de Defensa Jurídica Internacional
Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado
Carrera 7 No. 75-66 – 2do y 3er piso
Bogotá, Colombia
y
Sra. Claudia Frutos-Peterson
Sra. Elisa Botero
Sr. Fernando Tupa
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Pennsylvania Avenue, N.W.
Washington, D.C. 20006, USA
y
Sra. María Paulina Santacruz
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Calle 71, No. 11-10 Oficina 702
Bogotá, Colombia
y
Sr. Juan Jorge
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Marcelo Torcuato de Alvear 684 Piso 1
Buenos Aires, Argentina
y
Sra. Sara Dangón
Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
101 Park Ave
New York, NY 10178
EE. UU.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | | |
|--|--|----|
| I. | INTRODUCCIÓN Y PARTES | 1 |
| II. | ANTECEDENTES PROCESALES | 1 |
| III. | RESUMEN DE LOS HECHOS RELEVANTES..... | 14 |
| | A. El Proyecto | 14 |
| | B. El Contrato | 14 |
| | C. El Proceso de Responsabilidad Fiscal | 15 |
|  | | |
| IV. | CUESTIONES PRELIMINARES..... | 18 |
| | A. La relevancia de las presentaciones de partes y de partes no contendientes..... | 19 |
| | B. El criterio para establecer la jurisdicción | 20 |
| V. | JURISDICCIÓN | 22 |
| | A. Objeción Preliminar en Virtud del Artículo 10.20.4 del Tratado..... | 23 |
| | (1) No Se Puede Dictar un Laudo a Favor de las Demandantes Porque No Se Cumplen los Requisitos del Artículo 10.16.1 del Tratado..... | 23 |
| | a. Posición de la Demandada | 23 |
| | b. Posición de las Demandantes | 39 |
| | (2) Las Reclamaciones de las Demandantes No se Encuentran Incluidas Dentro de las Facultades del Tribunal Conforme al Artículo 10.26 del Tratado | 57 |
| | a. Posición de la Demandada | 57 |
| | b. Posición de las Demandantes | 59 |
| | (3) Análisis del Tribunal..... | 60 |
| | B. Objeciones a la Jurisdicción..... | 68 |
| | (1) Las Demandantes No Tienen Una Inversión Protegida en Virtud del Tratado y del Convenio del CIADI..... | 68 |
| | a. Posición de la Demandada | 68 |
| | b. Posición de las Demandantes | 71 |
| | c. Análisis del Tribunal | 74 |
| | (2) La Demandante FPJVC No Califica como “Persona Jurídica” conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI | 74 |
| | a. Posición de la Demandada | 74 |
| | b. Posición de las Demandantes | 76 |
| | c. Análisis del Tribunal | 78 |

| | |
|---|----|
| (3) La Notificación de Intención Solo Fue Enviada por FPJVC y No por las Demás Demandantes | 78 |
| a. Posición de la Demandada | 78 |
| b. Posición de las Demandantes | 79 |
| c. Análisis del Tribunal | 81 |
| (4) Las Demandantes Han Optado, de Manera Definitiva, por Someter la Reclamación por Violación de Trato Justo y Equitativo a los Tribunales Colombianos | 81 |
| a. Posición de la Demandada | 81 |
| b. Posición de las Demandantes | 83 |
| c. Análisis del Tribunal | 85 |
| (5) La Renuncia de las Demandantes es Inválida y, Por Tanto, No Hay Consentimiento para Someter su Reclamación a Arbitraje en Virtud del Tratado85 | 85 |
| a. Posición de la Demandada | 85 |
| b. Posición de las Demandantes | 89 |
| c. Análisis del Tribunal | 91 |
| VI. COSTOS | 91 |
| A. Alegatos sobre Costos de la Demandada | 91 |
| B. Alegatos sobre Costos de las Demandantes | 92 |
| C. Decisión del Tribunal sobre Costos..... | 93 |
| VII. DECISIÓN..... | 94 |

TABLA DE ABREVIACIONES SELECCIONADAS

| | |
|--|--|
| APC Colombia-EE.UU. o Tratado | Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-EE. UU., que entró en vigor el 15 de mayo de 2012 |
| Audiencia | Audiencia sobre Objeciones Preliminares celebrada en Washington, D.C. y por videoconferencia los días 19 y 20 de mayo de 2022 |
| C-[#] | Anexo Documental de las Demandantes |
| CIADI o el Centro | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| CL-[#] | Autoridad Legal de las Demandantes |
| Convenio del CIADI | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965 |
| Dúplica sobre Objeciones Preliminares | Dúplica de las Demandantes sobre las Objeciones Preliminares de fecha 11 de febrero de 2022 |
| Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares | Memorial de Contestación de las Demandantes a las Objeciones Preliminares de fecha 14 de octubre de 2021 |
| Memorial sobre Objeciones Preliminares | Memorial sobre Objeciones Preliminares de la Demandada de fecha 1 de julio de 2021 |
| R-[#] | Anexo Documental de la Demandada |
| Reglas de Arbitraje | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (2006) |
| Réplica sobre Objeciones Preliminares | Réplica sobre Objeciones Preliminares de la Demandada de fecha 13 de diciembre de 2021 |
| Tribunal | Tribunal de arbitraje constituido el 18 de junio de 2020 |

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una controversia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”) sobre la base del Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-EE. UU., que entró en vigor el 15 de mayo de 2012 (el “**APC Colombia-EE. UU.**” o el “**Tratado**”), y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 (el “**Convenio del CIADI**”).
2. Las demandantes son Amec Foster Wheeler USA Corporation, y Process Consultants, Inc., dos sociedades constituidas de conformidad con la legislación del estado de Delaware (EE. UU.), y Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc., una empresa conjunta contractual estadounidense constituida de conformidad con la legislación del estado de Nueva York (EE.UU.) (conjuntamente, las “**Demandantes**”).
3. La demandada es la República de Colombia (“**Colombia**” o la “**Demandada**”).
4. Las Demandantes y la Demandada se denominarán en conjunto las “**Partes**”. Los representantes de las Partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página (i) *supra*.
5. El presente caso se refiere a una controversia derivada de un contrato para la construcción y ampliación de una refinería de petróleo de propiedad colombiana para suministrar combustibles de automoción ecológicamente limpios.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

6. El 6 de diciembre de 2019, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de Amec Foster Wheeler USA Corporation (“**Foster Wheeler**”), Process Consultants, Inc. (“**Process Consultants**”), y Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. (“**FPJVC**”), en contra de Colombia, junto con los Anexos Documentales C-001-RFA a C-005-RFA y la Autoridad Legal CL-001-RFA (la “**Solicitud**”).
7. El 31 de diciembre de 2019, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de

conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI y notificó a las Partes del acto de registro. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaria General invitó a las Partes a que procedieran a constituir un tribunal de arbitraje en cuanto fuera posible, conforme a la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI.

8. Las Partes acordaron constituir el Tribunal de conformidad con el Artículo 37(2)(a) del Convenio del CIADI como sigue: el Tribunal se compondría de tres árbitros, uno nombrado por cada Parte, y el tercero, el árbitro presidente, que sería nombrado por acuerdo de los dos co-árbitros. El Tribunal está integrado por José Emilio Nunes Pinto, nacional de Brasil, Presidente, nombrado por acuerdo de las Partes; John Beechey, nacional del Reino Unido, nombrado por las Demandantes; y Marcelo Kohen, nacional de la República Argentina, nombrado por la Demandada.
9. El 18 de junio de 2020, la Secretaria General, conforme a la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje**”), notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por ende, se entendía que el Tribunal se había constituido en esa fecha. La Sra. Marisa Planells-Valero, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada para actuar como Secretaria del Tribunal.
10. De conformidad con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal celebró una primera sesión con las Partes el 18 de septiembre de 2020, por videoconferencia.
11. Luego de la primera sesión, el 18 de marzo de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 dejando constancia del acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales y de la decisión del Tribunal acerca de las cuestiones controvertidas. La Resolución Procesal No. 1 dispone, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas en vigencia a partir del 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serían el español y el inglés, y que el lugar del procedimiento sería Washington D.C. (EE. UU.). La Resolución Procesal No. 1 establece asimismo el cronograma para la fase jurisdiccional del procedimiento. El 1 de abril de 2021, el Tribunal emitió un calendario procesal revisado,

que incluía las enmiendas acordadas por las Partes.

12. De conformidad con la Resolución Procesal No. 1, el 1 de julio de 2021, la Demandada presentó su Memorial sobre Objeciones Preliminares (“**Memorial sobre Objeciones Preliminares**”), junto con los Anexos Documentales R-001 a R-092 y las Autoridades Legales RL-001 a RL-227.
13. El 2 de septiembre de 2021, las Demandantes presentaron una Solicitud de Medidas Provisionales y Medidas Temporales de Emergencia, junto con los Anexos Documentales C-001 a C-010, las Autoridades Legales CL-001 a CL-038, así como las Declaraciones Testimoniales de César Torrente (CWS-1), Steve Conway (CWS-2), Thomas Grell (CWS-3) y Colin Johnson (CWS-4).
14. El 7 de septiembre de 2021, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar respuestas separadas a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia de las Demandantes (a más tardar, el 17 de septiembre de 2021) y a la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes (a más tardar, el 28 de septiembre de 2021).
15. El 9 de septiembre de 2021, la Demandada solicitó una ampliación de los plazos para presentar sus respuestas a las Solicitudes de las Demandantes. La Demandada propuso un calendario revisado en relación con el cual las Demandantes realizaron comentarios el 10 de septiembre de 2021.
16. El 13 de septiembre de 2021, el Tribunal invitó a las Partes a consultar entre ellas y a tratar de llegar a un acuerdo sobre un calendario procesal revisado en relación con las Solicitudes de las Demandantes y, en caso de desacuerdo, a presentar cualquier comentario adicional, a más tardar, el 15 de septiembre de 2021. El Tribunal también informó a las Partes de su decisión de suspender el calendario procesal de 7 de septiembre de 2021 hasta que las Partes hubieran acordado un calendario revisado o hasta que el Tribunal hubiera adoptado una decisión al respecto tras considerar las posiciones de las Partes.
17. El 15 de septiembre de 2021, las Partes presentaron sus respectivos comentarios sobre el calendario procesal. La Demandada objetó a los comentarios de las Demandantes el 16 de septiembre de 2021.

18. El 20 de septiembre de 2021, el Tribunal emitió el siguiente calendario procesal revisado: (i) la Respuesta de la Demandada a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia de las Demandantes debía presentarse, a más tardar, el 30 de septiembre de 2021; y (ii) la Respuesta de la Demandada a la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes debía presentarse, a más tardar, el 28 de octubre de 2021.
19. El 30 de septiembre de 2021, la Demandada presentó su Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia de las Demandantes, junto con los Anexos Documentales R-093 a R-099 y las Autoridades Legales RL-228 a RL-242.
20. El 5 de octubre de 2021, las Demandantes solicitaron autorización para presentar una réplica a la Respuesta de la Demandada a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia. Las Demandantes también solicitaron que el Tribunal programara alegatos orales. La Demandada se opuso a la solicitud de las Demandantes mediante comunicación de 6 de octubre de 2021. Las Demandantes presentaron observaciones adicionales el 7 de octubre de 2021.
21. El 8 de octubre de 2021, el Tribunal invitó (a) a las Demandantes a presentar una Réplica a la Respuesta de la Demandada a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, a más tardar, el 12 de octubre de 2021; y (b) a la Demandada a presentar una Dúplica a dicha Réplica, a más tardar, el 18 de octubre de 2021. Asimismo, el Tribunal invitó a las Partes a confirmar su disponibilidad para una audiencia sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes.
22. El 12 de octubre de 2021, las Demandantes presentaron su Réplica sobre la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, junto con las Autoridades Legales CL-039 a CL-049 y la Declaración Testimonial Adicional de César Torrente (CWS-5).
23. El 14 de octubre de 2021, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación a las Objeciones Preliminares (“**Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares**”), junto con los Anexos Documentales C-011 a C-022 y las Autoridades Legales CL-050 a CL-207.
24. El 18 de octubre de 2021, la Demandada presentó su Dúplica sobre la Solicitud de Medidas

Temporales de Emergencia de las Demandantes, junto con las Autoridades Legales RL-243 a RL-247.

25. El 25 de octubre de 2021, el Tribunal rechazó la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia de las Demandantes. El Tribunal decidió por unanimidad lo siguiente:

- (a) Se rechaza la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia de las Demandantes.
- (b) El Tribunal confirma que oirá los alegatos orales de las Partes sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes durante la Audiencia que tendrá lugar en formato virtual el 4 de noviembre de 2021.
- (c) Cualquiera de las Partes podrá poner en conocimiento del Tribunal cualquier hecho nuevo y relevante que suponga una modificación fundamental de las circunstancias actuales.
- (d) El Tribunal reserva su decisión sobre costas para una fase ulterior.
[Traducción del Tribunal]

26. El 28 de octubre de 2021, la Demandada presentó su Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes, junto con las Autoridades Legales RL-248 a RL-266.

27. El 4 de noviembre de 2021, el Tribunal celebró una Audiencia sobre Medidas Provisionales por videoconferencia. Las siguientes personas asistieron a la Audiencia:

Tribunal:

| | |
|-------------------------|------------|
| José Emilio Nunes Pinto | Presidente |
| John Beechey | Árbitro |
| Marcelo G. Kohen | Árbitro |

Secretariado del CIADI:

| | |
|------------------------|-------------------------|
| Marisa Planells-Valero | Secretaria del Tribunal |
|------------------------|-------------------------|

Por las Demandantes:

Abogados:

| | |
|--------------------|--------------------------------------|
| Robert Sills | Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP |
| Charles C. Conrad | Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP |
| Richard Deutsch | Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP |
| Derek Soller | Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP |
| Kristina Fridman | Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP |
| Martín Ruiz García | Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP |

Representantes de Parte:

Timothy Langan
Catalina Nino

Wood PLC
Wood PLC

Por la Demandada:

Abogados:

Claudia Frutos-Peterson
Elisa Botero
Fernando Tupa
María Paulina Santacruz
Juan Jorge
Ana María Ordoñez Puentes

Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, República de Colombia

Representantes de Parte y Co-abogados:

Ana María Ordoñez Puentes

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, República de Colombia

Elizabeth Prado

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, República de Colombia

Juan Sebastián Rivera

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, República de Colombia

Estenógrafo:

(difunto) David Kasdan

B&B Reporters

28. El 4 de noviembre de 2021, en la Audiencia, las Partes realizaron nuevas alegaciones, y el Tribunal formuló preguntas a los abogados de las Partes. En sus alegatos orales, las Demandantes hicieron referencia a un documento que no obraba en el expediente. El Tribunal autorizó a la Demandada a presentar sus comentarios sobre el documento nuevo, a más tardar, el 11 de noviembre de 2021.
29. El 11 de noviembre de 2021, la Demandada presentó sus comentarios sobre el nuevo documento que había sido introducido en el expediente por las Demandantes como Anexo C-23.
30. El 16 de noviembre de 2021, las Demandantes respondieron a la comunicación de la Demandada de 12 de noviembre de 2021. Ese mismo día, la Demandada solicitó al Tribunal que eliminara del expediente la carta de las Demandantes de 16 de noviembre de 2021. Ese mismo día, se recibieron comentarios adicionales de las Demandantes.
31. El 2 de diciembre de 2021, las Demandantes solicitaron autorización para introducir un

documento nuevo en el expediente, a saber, el Aviso de la Dirección de Cobro Coactivo de la Contraloría General de la República de Colombia (el “**Aviso**”).

32. El 3 de diciembre de 2021, el Tribunal invitó a las Demandantes a presentar una copia del Aviso, a más tardar, el 6 de diciembre de 2021, y a la Demandada a presentar comentarios sobre el contenido del Aviso, a más tardar, el 8 de diciembre de 2021. Las Partes procedieron en consecuencia.
33. El 10 de diciembre de 2021, el Tribunal rechazó la solicitud de la Demandada de que se eliminara del expediente la carta de las Demandantes de 16 de noviembre de 2021. Al hacerlo, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar comentarios adicionales en relación con la carta de las Demandantes, a más tardar, el 15 de diciembre de 2021. La Demandada procedió en consecuencia.
34. El 13 de diciembre de 2021, la Demandada presentó su Réplica sobre Objeciones Preliminares (“**Réplica sobre Objeciones Preliminares**”), junto con los Anexos Documentales R-100 a R-126 y las Autoridades Legales RL-267 a RL-332.
35. El 9 de febrero de 2022, las Demandantes solicitaron autorización para introducir documentos adicionales en el expediente, indicando que la Demandada había confirmado que no tenía ninguna objeción a su solicitud. Sobre la base del acuerdo de las Partes, el Tribunal invitó a las Demandantes a presentar los documentos nuevos, a más tardar, el 14 de febrero de 2022. El Tribunal también invitó a la Demandada a presentar sus comentarios, a más tardar, el 18 de febrero de 2022.
36. El 11 de febrero de 2022, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre las Objeciones Preliminares (“**Dúplica sobre Objeciones Preliminares**”), junto con los Anexos Documentales C-024 a C-029 y las Autoridades Legales CL-208 a CL-262.
37. De conformidad con las instrucciones del Tribunal, el 14 de febrero de 2022, las Demandantes presentaron los nuevos documentos y solicitaron autorización para responder a los comentarios de la Demandada en relación con los nuevos documentos. La Demandada presentó sus observaciones el 18 de febrero de 2022.

38. El 21 de febrero de 2022, el Tribunal invitó a las Demandantes a realizar comentarios sobre la comunicación de la Demandada de 18 de febrero, a más tardar, el 24 de febrero de 2022, y a la Demandada a presentar cualquier comentario adicional, a más tardar, el 28 de febrero de 2022. Las Partes procedieron en consecuencia.
39. El 4 de abril de 2022, Estados Unidos de América presentó una comunicación escrita en calidad de Estado Parte No Contendiente (la “**Comunicación de PNC**”) de conformidad con el Artículo 10.20.2 del APC Colombia-EE. UU.
40. El 19 de abril de 2022, el Presidente celebró una audiencia organizativa con las Partes por videoconferencia.
41. El 25 de abril de 2022, las Demandantes presentaron sus observaciones sobre la Comunicación de PNC, junto con los Anexos Documentales C-030 a C-033 y las Autoridades Legales CL-263 a CL-287. Ese mismo día, la Demandada presentó sus observaciones sobre la Comunicación de PNC, junto con las Autoridades Legales RL-333 a RL-343.
42. El 26 de abril de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 relativa a la organización de la audiencia.
43. El 27 de abril de 2022, la Demandada solicitó autorización para introducir un documento adicional en el expediente. Al día siguiente, el 28 de abril de 2022, la Demandada solicitó que se eliminaran del expediente determinadas partes de los comentarios de las Demandantes sobre la Comunicación de PNC.
44. El 3 de mayo de 2022, tras un intercambio de comunicaciones, el Tribunal invitó a las Demandantes a presentar sus comentarios en relación con la solicitud de la Demandada de 27 de abril de 2022.
45. El 4 de mayo de 2022, las Demandantes presentaron sus comentarios sobre la solicitud de la Demandada de eliminar del expediente determinadas partes de las observaciones de las Demandantes sobre la Comunicación de PNC, junto con las Autoridades Legales CL-288 a CL-291.

46. El 9 de mayo de 2022, de conformidad con las instrucciones del Tribunal, las Demandantes presentaron sus observaciones a la solicitud de la Demandada de 27 de abril de 2022.
47. El 14 de mayo de 2022, el Tribunal resolvió las solicitudes de la Demandada de 27 y 28 de abril de 2022. Admitió la solicitud de la Demandada de autorización para presentar el documento nuevo y desestimó la solicitud de la Demandada de que se eliminaran determinadas partes de las observaciones de las Demandantes sobre la Comunicación de PNC. La Demandada presentó el nuevo Anexo R-127 el 15 de mayo de 2022.
48. El 16 de mayo de 2022, las Demandantes presentaron una solicitud de autorización para introducir documentos nuevos. El 17 de mayo de 2022, de conformidad con las instrucciones del Tribunal, la Demandada presentó sus comentarios sobre la solicitud de las Demandantes.
49. El 18 de mayo de 2022, el Tribunal admitió la solicitud de las Demandantes de 16 de mayo de 2022, en virtud de la cual las Demandantes presentaron los Anexos Documentales C-34 a C-36 y la Autoridad Legal CL-292.
50. Los días 19 de mayo de 2022 y 20 de mayo de 2022, se celebró una audiencia sobre las Objeciones Preliminares de manera presencial en Washington, D.C. (la “**Audiencia**”), a la que algunos participantes asistieron de manera remota. Las siguientes personas asistieron a la Audiencia¹:

Tribunal:

José Emilio Nunes Pinto
John Beechey
Marcelo G. Kohen

Presidente
Árbitro
Árbitro

Secretariado del CIADI:

Marisa Planells-Valero

Secretaria del Tribunal

Por las Demandantes:

Abogados:

Robert Sills
Charles C. Conrad
Richard Deutsch

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP

¹ * Indica Participantes Remotos.

Derek Soller
Elizabeth Dye
Kristina Fridman
Martín Ruiz García
Héctor Hernández*

Santiago Cruz*

Representantes de Parte:

Timothy Langan*
Catalina Nino*

Por la Demandada:

Abogados:

Claudia Frutos-Peterson
Elisa Botero
Fernando Tupa
María Paulina Santacruz*
Juan Jorge*
Sara Dangón*
Gabriela Sadler
Jaclyn Messemer
Ana María Ordoñez Puentes

Giovanny Andrés Vega Barbosa

Elizabeth Prado

Representantes de Parte:

Marcela María Silva Zambrano*

César Leonardo Rodríguez*

Yadira Castillo*

Andrés Reina*

Natalia Fernández Alba*

Parte No Contendiente

Lisa Grosh*
John Daley*
Nicole Thornton*
Mary Muino*
Elizabeth Donnelly*

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman, LLP
Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU &
Uría
Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU &
Uría

Wood PLC
Wood PLC

Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado, República de Colombia

Departamento de Estado de EE. UU.
Departamento de Estado de EE. UU.

| | |
|--------------------|--|
| Susie Park Hodge* | Oficina del Representante Comercial de EE. UU. |
| Catherine Gibson* | Oficina del Representante Comercial de EE. UU. |
| Brandon Whitehill* | Oficina del Representante Comercial de EE. UU. |

Estenógrafos:

| | |
|-------------------------|---------------|
| Dante Rinaldi | DR Esteno |
| (difunto) David Kasdan* | B&B Reporters |
| Margie Dauster* | B&B Reporters |

Intérpretes:

| | |
|------------------|--------------------|
| Silvia Colla* | Intérprete ESP-ING |
| Charles Roberts* | Intérprete ESP-ING |
| Daniel Giglio* | Intérprete ESP-ING |

51. El 31 de mayo de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 sobre la Solicitud de Medidas Provisionales de las Demandantes. El Tribunal desestimó la Solicitud de las Demandantes.
52. El 30 de junio de 2022, las Demandantes presentaron su Declaración de Costos, junto con las Autoridades Legales CL-292 a CL-295. Ese mismo día, la Demandada presentó su Declaración de Costos.
53. El 22 de diciembre de 2022, las Demandantes informaron al Tribunal que se proponían solicitar autorización para introducir un documento nuevo en el expediente. El 3 de enero de 2023, la Demandada se opuso a la solicitud potencial de las Demandantes. El 5 de enero de 2023, las Demandantes respondieron a los comentarios de la Demandada. El 9 de enero de 2023, el Tribunal indicó que consideraría cualquier solicitud putativa de las Demandantes de autorización para presentar un documento nuevo, de ser el caso, en el momento en que se presentase.
54. El 7 de febrero de 2023, las Demandantes presentaron una solicitud de autorización para introducir en el expediente extractos del escrito de demanda y del informe pericial adjunto presentados por [REDACTED]. El 15 de febrero de 2023, la Demandada

se opuso a la solicitud de las Demandantes. El 24 de febrero de 2023, las Demandantes realizaron comentarios adicionales. El 7 de marzo de 2023, el Tribunal autorizó a las Demandantes a introducir los documentos nuevos en el expediente como Anexo Documental C-037. El Tribunal invitó a las Demandantes a presentar comentarios sobre la importancia y relevancia de estos documentos respecto de las Objeciones Preliminares de la Demandada, a más tardar, el 14 de marzo de 2023.

55. El 14 de marzo de 2023, las Demandantes solicitaron una ampliación del plazo para presentar comentarios sobre el nuevo Anexo Documental C-037. El 15 de marzo de 2023, el Tribunal admitió la solicitud de las Demandantes.
56. El 17 de marzo de 2023, las Demandantes presentaron sus comentarios sobre el Anexo Documental C-037. El 19 de marzo de 2023, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar sus comentarios sobre la comunicación de las Demandantes.
57. El 21 de marzo de 2023, la Demandada solicitó una ampliación del plazo para responder a los comentarios de las Demandantes de 17 de marzo de 2024. El 23 de marzo de 2024, el Tribunal admitió la solicitud de la Demandada.
58. El 31 de marzo de 2023, la Demandada presentó comentarios sobre el Anexo Documental C-037.
59. El 27 de febrero de 2024, el Tribunal propuso el nombramiento de la Sra. Maria Claudia Procopiak como asistente del Tribunal. El 4 de marzo de 2024, las Partes aceptaron la propuesta del Tribunal. El 5 de marzo de 2024, el Tribunal nombró asistente a la Sra. Maria Claudia Procopiak, quien firmó una declaración de imparcialidad e independencia ese mismo día.
60. El 18 de junio de 2024, el Prof. Kohen informó a las Partes que, el 13 de junio de 2024, había adquirido nacionalidad suiza además de su nacionalidad argentina.
61. El 21 de junio de 2024, las Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada, junto con los Anexos Documentales C-038 a C-043 y las Autoridades Legales CL-296 a CL-331, mediante la cual agregaron demandas subordinadas de

conformidad con la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. El 2 de julio de 2024, la Demandada se opuso a la introducción en el expediente de la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada.

62. El 3 de julio de 2024, el Tribunal señaló que, de conformidad con el párrafo 14.9 de la Resolución Procesal No. 1, el procedimiento sobre el fondo se encontraba suspendido hasta tanto el Tribunal determinara la cuestión de las Objeciones Preliminares de la Demandada y confirmó que no analizaría la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada hasta tanto hubiera emitido su decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada, en caso de corresponder.
63. El 6 de julio de 2024, las Demandantes solicitaron al Tribunal una aclaración sobre el estado de la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada. Las Demandantes indicaron además que habían presentado un nuevo caso ante el CIADI (la “**Nueva Solicitud**”), en el que exponían las demandas subordinadas invocadas en la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada, y que su esperanza era la de retirar la Nueva Solicitud sin efecto de cosa juzgada una vez que se aclarara la situación de la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada. El 12 de julio de 2024, a solicitud de las Demandantes, el Tribunal confirmó que, sin perjuicio de cualquier posible evaluación que el Tribunal pudiera hacer de la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada, y de conformidad con la Regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada era parte del expediente del presente caso. El 12 de julio de 2024, el Tribunal invitó a las Demandantes a confirmar sus intenciones con respecto a la recientemente presentada Solicitud de Arbitraje Modificada y Reformulada. El 16 de julio de 2024, las Demandantes indicaron su intención de proceder al registro de la Nueva Solicitud, pero de suspender el procedimiento hasta que el Tribunal hubiera emitido su decisión sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada.
64. El 17 de septiembre de 2024, por invitación del Tribunal, las Demandantes presentaron una declaración de costos actualizada. El 18 de septiembre de 2024, la Demandada indicó que no tenía costos adicionales que comunicar desde la declaración de costos presentada el 13 de junio de 2022.

65. El procedimiento se declaró cerrado el 19 de diciembre de 2024.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS RELEVANTES

A. EL PROYECTO

66. A principios de la década de 2000, Ecopetrol, S.A. (“**Ecopetrol**”), sociedad de economía mixta, cuyo accionista mayoritario es Colombia con 88,49 % del capital social, emprendió un proyecto de ampliación y modernización de una refinería de petróleo en Cartagena (“**Proyecto**”). A efectos de ejecutar el Proyecto, se constituyó Reficar. El 100 % del capital social de Reficar es de propiedad de Ecopetrol².

B. EL CONTRATO

67. En el mes de octubre de 2009, Foster Wheeler y Process Consultants celebraron un acuerdo de empresa conjunta, creando FPJVC, con el fin de presentar una oferta para el Proyecto y prestar los servicios si su oferta era seleccionada (“**Acuerdo de Empresa Conjunta**”)³.

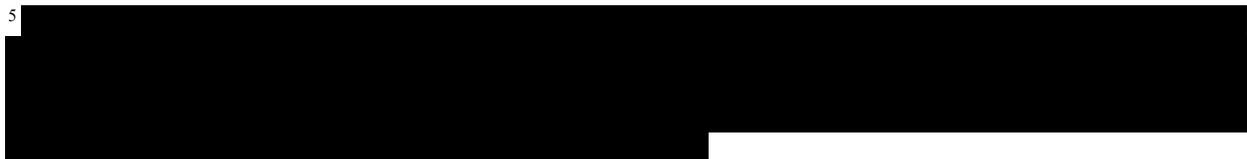
68. En el mes de noviembre de 2009, FPJVC y Reficar celebraron un contrato en virtud del cual FPJVC debía prestar determinados servicios de gestión de proyectos a Reficar en relación con el Proyecto (“**Contrato**”)⁴.

69. 

² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 14-15; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 20-21.

³ Contrato de Servicios – Apéndice 2: Acuerdo de Empresa Conjunta entre Foster Wheeler y Process Consultants, R-4.

⁴ Oferta Mercantil Ref. No. 13-125698-00 de 18 de noviembre de 2009, Parte II (sin Apéndices 1-7 y 9-29) (Contrato), C-5.

⁵ 

⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 63; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 24.

C. EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

70. El 24 de diciembre de 2015, la Contraloría General de la República (“**CGR**”) ordenó a la Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía (“**Contraloría Delegada**”) realizar una auditoría especial del Proyecto⁸.
71. En el mes de noviembre de 2016, la Contraloría Delegada emitió un informe final en el que concluyó que “en desarrollo del proyecto de ampliación y modernización de [Reficar] no se cumplieron los principios de economía, eficacia y eficiencia”⁹.
72. El 10 de marzo de 2017, la CGR inició el Proceso de Responsabilidad Fiscal contra las Demandantes y otros de conformidad con la Ley 610 de Colombia (“**Ley 610**”) por presuntos actos de culpa grave en el gasto de fondos públicos de Colombia en relación con cinco controles de cambios —es decir, aumentos en el presupuesto de inversiones del Proyecto (“**Controles de Cambios**”)— aprobados por las juntas directivas de Reficar y Ecopetrol¹⁰.
73. El 5 de junio de 2018, la Contraloría Delegada dictó un auto de imputación de responsabilidad fiscal (“**Auto de Imputación**”) en el que imputó responsabilidad fiscal a las Demandantes, a los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol y a otros, por considerar que los Controles de Cambios Nos. 2, 3 y 4 habían provocado una pérdida de fondos públicos y generado daño fiscal¹¹. Foster Wheeler y Process Consultants fueron

⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 24.

⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 68; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 25.

⁹ Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, Informe final de la actuación especial, noviembre de 2016, pág. 155, R-37.

¹⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 122; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 28. Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, págs. 12-84, R-52.

¹¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 125; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 29. Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, R-52; Auto de Imputación – Parte 2: Medios de defensa de los implicados, R-53; Auto de Imputación – Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación, R-54; Auto de Imputación – Parte 4: Determinación y cuantificación del daño, R-55; Auto de Imputación – Parte 5: Imputación de miembros de la junta directiva de Reficar I, R-56; Auto de Imputación – Parte 6: Imputación de miembros de la junta directiva de Reficar II, R-57; Auto de Imputación – Parte 7: Imputación de miembros de la administración de Reficar I, R-58; Auto de Imputación – Parte 8: Imputación de miembros de la administración de

imputadas responsabilidad fiscal solidaria por una cuantía de USD 2.430 millones, a título de culpa grave en relación con la gestión fiscal llevada a cabo por la junta directiva y los funcionarios de Reficar¹².

74. El 15 de agosto de 2018, la CGR dictó el Auto 0188 que desestimaba las imputaciones contra los miembros de la Junta Directiva de Ecopetrol¹³.
75. El 14 de septiembre de 2018, Foster Wheeler y Process Consultants interpusieron su primera acción de tutela (“**Primera Tutela**”) alegando la vulneración de su derecho constitucional al debido proceso en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal. La Primera Tutela fue desestimada, tanto en primera como en segunda instancia, sin una resolución sobre el fondo¹⁴.
76. El 26 de diciembre de 2018, FPJVC envió a la Demandada una Notificación de Intención de someter una reclamación a arbitraje (“**Notificación de Intención**”) al amparo del Capítulo Diez del Tratado¹⁵.
77. El 23 de abril de 2021, Foster Wheeler y Process Consultants interpusieron su segunda acción de tutela (“**Segunda Tutela**”) cuestionando la inclusión de dos informes técnicos relacionados con la cuantificación de los daños realizada por la CGR durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal¹⁶. También se rechazó la Segunda Tutela sin que mediara una

Reficar II, R-59; Auto de Imputación – Parte 9: Imputación de miembros de la administración de Ecopetrol, R-60; Auto de Imputación – Parte 10: Imputación de contratistas I, R-61; Auto de Imputación – Parte 11: Imputación de contratistas II, R-62; Auto de Imputación – Parte 12: Archivo de diligencias I, R-63; Auto de Imputación – Parte 13: Archivo de diligencias II, R-64; Auto de Imputación – Parte 14: Desagregación de hechos y resolutorio, R-65.

¹² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 128; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 29. Auto de Imputación – Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación, pág. 809, R-54.

¹³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 35.

¹⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 136-138; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 37. Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 3 de octubre de 2018, R-70; Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 21 de noviembre de 2018, R-68.

¹⁵ Aviso de las Demandantes de su Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje al Amparo del Capítulo Diez del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América (“Notificación de Intención”), C-4-RFA.

¹⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 38. Acción de Tutela No. 2021-00138 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 23 de abril de 2021, R-84.

resolución sobre el fondo.

78. El 26 de abril de 2021, la CGR profirió un fallo con responsabilidad fiscal en forma solidaria a título de culpa grave en contra de Foster Wheeler, Process Consultants y otras 12 personas naturales y otras 2 personas jurídicas en una cuantía de USD 997 millones (**“Fallo con Responsabilidad Fiscal”**)¹⁷.
79. El 28 de abril de 2021, Foster Wheeler y Process Consultants interpusieron su tercera acción de tutela (**“Tercera Tutela”**) impugnando la constitucionalidad del plazo de 5 días para apelar el Fallo con Responsabilidad Fiscal previsto en la Ley 610 y solicitando al menos 90 días para responder a las conclusiones del Fallo de Responsabilidad Fiscal¹⁸. La Tercera Tutela fue rechazada¹⁹.
80. El 7 de mayo de 2021, Foster Wheeler y Process Consultants presentaron un recurso de apelación ante la Sala Fiscal Sancionatoria de la CGR (**“Sala Fiscal”**)²⁰.
81. El 6 de julio de 2021, la Sala Fiscal rechazó el recurso y confirmó el Fallo con Responsabilidad Fiscal (**“Fallo de Segunda Instancia”**)²¹.

¹⁷ Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 1: Competencia, antecedentes probatorios, actuaciones procesales y otros, R-71; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 2: Consideraciones del despacho, R-72; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 3: Individualización, miembros de la junta directiva de Reficar I, R-73; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 4: Individualización, miembros de la junta directiva de Reficar II, R-74; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 5: Individualización, miembros de la junta directiva de Reficar III, R-75; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 6: Individualización, funcionarios de Reficar I, R-76; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 7: Individualización, funcionarios de Reficar II, R-77; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 8: Individualización, funcionarios de Reficar III, R-78; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 9: Individualización, contratistas I, R-79; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 10: Individualización, contratistas II, R-80; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 11: Individualización, funcionarios de Ecopetrol, R-81; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 12: Solidaridad, terceros civilmente responsables y otros, R-82; Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 13: Resolutorio, R-83.

¹⁸ Acción de Tutela No. 2021-00385 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 28 de abril de 2021, R-87.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta, Subsección B, Acción de Tutela No. 2021-00385 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 14 de mayo de 2021, R-88.

²⁰ Recurso de Apelación presentado por Foster Wheeler y Process Consultants contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, 7 de mayo de 2021, R-89.

²¹ Fallo de Segunda Instancia – Parte 1: Datos generales, asunto y antecedentes I, R-101; Fallo de Segunda Instancia – Parte 2: Antecedentes II, R-102; Fallo de Segunda Instancia – Parte 3: Consideraciones I, R-103; Fallo de Segunda Instancia – Parte 4: Consideraciones II, R-104; Fallo de Segunda Instancia – Parte 5: Consideraciones III, conclusiones y resolutorio, R-105.

82. El 26 de agosto de 2021, la Sala Especial de Decisión No. 20 del Consejo de Estado resolvió que no realizaría el control automático de legalidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal²².
83. El 6 de octubre de 2021, la Dirección de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR (“**Dirección de Cobro**”) dictó un auto iniciando el proceso de cobro del Fallo con Responsabilidad Fiscal²³.
84. El 29 de noviembre de 2021, la Dirección de Cobro emitió un aviso de cobro persuasivo invitando a Process Consultants a pagar o negociar acuerdos para satisfacer los montos adeudados de conformidad con el Fallo con Responsabilidad Fiscal²⁴.

D.

85.

²⁵.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

86. Antes de analizar los argumentos presentados por las Partes con respecto a la jurisdicción de este Tribunal, el Tribunal abordará dos cuestiones preliminares controvertidas por las Partes: la relevancia de las presentaciones de partes y de partes no contendientes y el criterio para establecer la jurisdicción.

²² De conformidad con la Ley 2080 de 2021, todo fallo con responsabilidad fiscal expedido por la Contraloría General de la República o la Auditoría General de la República está sujeto al control automático de legalidad del Consejo de Estado. Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 20, Auto sobre Admisibilidad, 26 de agosto de 2021, R-99.

²³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 54; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 43. Dirección de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR, Proceso Fiscal de Cobro Coactivo DCC1-037, Auto No. DCC1-220, 6 de octubre de 2021, R-108.

²⁴ Dirección de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR, Aviso de Cobro Persuasivo No. 2021EE0205818 dirigido a Process Consultants, 29 de noviembre de 2021, R-109.

²⁵

A. LA RELEVANCIA DE LAS PRESENTACIONES DE PARTES Y DE PARTES NO CONTENDIENTES

87. En sustento de su posición, Colombia se basa en presentaciones previas de partes y de partes no contendientes, especialmente en las presentaciones de parte no contendiente de Estados Unidos de América, la otra Parte Contratante del Tratado.
88. Las Demandantes sostienen que, toda vez que la Comunicación de PNC se refiere a otros tratados, no es una fuente de derecho internacional generalmente reconocida en virtud de la Convención de Viena, ya que el Artículo 31(3) de la Convención de Viena se refiere al acuerdo o práctica ulterior del tratado pertinente. La interpretación de un tratado diferente realizada por una parte no contendiente no puede, por definición, establecer el acuerdo o práctica ulterior del Tratado. Y, a efectos de demostrar la práctica ulterior, Colombia debe probar que tanto EE. UU. como Colombia interpretan reiteradamente el Tratado de un modo sistemático, cosa que Colombia no hizo.
89. Además, las Demandantes afirman que las presentaciones de partes no contendientes tienen un valor objetable debido al incentivo que supone para los Estados limitar el alcance de las reclamaciones de inversión entabladas en su contra. Por tanto, la Comunicación de PNC debe considerarse una simple presentación *amicus*²⁶.
90. La Demandada sostiene que las opiniones de las Partes Contratantes del Tratado son fundamentales para comprender cuáles fueron sus intenciones al acordar ciertas obligaciones y determinar cómo deben interpretarse las disposiciones del Tratado. Los acuerdos y prácticas ulteriores de las partes contratantes de un tratado se consideran medios de interpretación auténticos. Como tal, la Comunicación de PNC tiene mayor valor probatorio para determinar el alcance y el significado de las disposiciones del Tratado que las decisiones de tribunales de arbitraje que interpretan otros tratados²⁷.
91. El Tribunal considera que el presente Laudo debe abordar este aspecto habida cuenta de la relevancia del hecho de que, en este mismo caso, la parte no contendiente es una de las partes contratantes del Tratado. A pesar de que las Demandantes entienden que la

²⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, Sección III.B.

²⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 14-16.

Comunicación de PNC no es más que una presentación *amicus*, el Tribunal de Arbitraje considera que existen buenas razones para atribuirle un valor añadido. Los aspectos objeto de debate y los argumentos en los que las Partes fundan sus posiciones no son ajenos a la parte no contendiente. Si el texto de una determinada disposición de un tratado bilateral requiere interpretación, corresponde al intérprete realizar una investigación para identificar la verdadera intención de las partes al celebrar un tratado bilateral, como el APC.

92. El Tribunal de Arbitraje está convencido de que no debe ignorar la posición adoptada por EE. UU. como parte no contendiente y es libre de atribuir la importancia que considere apropiada a la Comunicación de PNC a la luz de las circunstancias.
93. Dicho esto, la decisión del Tribunal de Arbitraje es el resultado de una investigación exhaustiva y del análisis de todos los documentos y escritos presentados por las Partes. La Comunicación de PNC forma parte del expediente arbitral. Es indicativa de las intenciones de los Estados cuando acordaron determinadas obligaciones y debe tenerse en cuenta. No obstante, las posiciones a las que se hace referencia en dicho escrito deben analizarse necesariamente junto con el resto del escrito y las pruebas presentadas por las Partes.
94. Además, la Comunicación de PNC también puede aclarar determinados elementos que este Tribunal debe considerar al evaluar si tiene o no jurisdicción para resolver la controversia entre las Partes a la luz de los prerequisites establecidos en sus negociaciones mutuas y especificados en el texto del Tratado.
95. En síntesis, el Tribunal de Arbitraje examinará detenidamente la Comunicación de PNC toda vez que puede resultar una fuente útil de información con respecto a la interpretación de las disposiciones aplicables del Tratado y que el Tribunal está obligado a interpretar.

B. EL CRITERIO PARA ESTABLECER LA JURISDICCIÓN

96. Para decidir sobre una objeción presentada de conformidad con el Artículo 10.20.4 del Tratado, el Tribunal debe “asumir[] como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la

notificación de arbitraje”²⁸. Con respecto a las Objeciones Jurisdiccionales, la Demandada argumenta que el Tribunal no está sujeto a tal requisito y, por lo tanto, las Demandantes tienen la carga de probar todos los hechos en los que se basa la jurisdicción del Tribunal²⁹.

97. Por su parte, las Demandantes alegan que las Objeciones Jurisdiccionales de Colombia se plantearon con carácter preliminar, tal como lo ha confirmado reiteradamente Colombia. Por ende, se les aplica la misma carga de la prueba que a las demás objeciones preliminares, es decir, todos los alegatos de hecho presentados en la Solicitud de Arbitraje deben considerarse ciertos y Colombia tiene la carga de la prueba en relación con sus objeciones³⁰.
98. El Tribunal considera que la afirmación de las Demandantes es incompatible con el texto del Tratado.
99. El Artículo 10.20.4(c) establece que “[a]l decidir acerca de una objeción *de conformidad con este párrafo*, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje [...]”³¹. Por lo tanto, es evidente que, solo al analizar las objeciones de la Demandada que se encuadran en el Artículo 10.20.4 del Tratado, el Tribunal debe proceder sobre la base de la presunción de que los alegatos de hecho de las Demandantes son ciertos.
100. Las objeciones jurisdiccionales de Colombia se plantean con arreglo a diferentes disposiciones del Tratado. No entran en el ámbito de aplicación del Artículo 10.20.4(c). Así pues, corresponde a las Demandantes probar los hechos necesarios y pertinentes para establecer que este Tribunal es competente para conocer de sus reclamaciones.
101. Si bien las Demandantes pretenden atribuir un carácter de generalidad a la disposición incluida en el Artículo 10.20.4(c) del Tratado, el Tribunal de Arbitraje no encuentra

²⁸ Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 22 de noviembre de 2006, Capítulo Diez, Artículo 10.20.4(c), CL-1, RL-1.

²⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 280.

³⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 132.

³¹ Tratado, Artículo 10.20.4(c), CL-1, RL-1 (énfasis agregado).

sustento para tal proposición en el texto del Tratado. Tal como se indicara *supra*, el Tratado es claro al establecer que el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho del demandante únicamente con respecto a las objeciones presentadas en virtud del Artículo 10.20.4(c). Ninguna disposición del Tratado indica que dicha norma se aplique a objeciones presentadas en virtud de disposiciones diferentes.

102. En cualquier caso, teniendo en cuenta esa consideración, tal como se detalla *infra*, a la luz de la decisión del Tribunal de Arbitraje sobre las objeciones preliminares de la Demandada, la cuestión consistente en determinar si el Tribunal debe asumir como ciertos los alegatos de hecho de las Demandantes para pronunciarse respecto de las objeciones jurisdiccionales de la Demandada no tiene ninguna incidencia en las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Arbitraje.

V. JURISDICCIÓN

103. La Demandada presenta una objeción preliminar de conformidad con el Artículo 10.20.4 del Tratado, alegando que la reclamación sometida a arbitraje por las Demandantes no es una reclamación respecto de la cual, como cuestión de derecho, pueda dictarse un laudo a su favor, ya que no se cumplen los requisitos establecidos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para someter a arbitraje una reclamación válida; y las reclamaciones de las Demandantes exceden las formas de reparación que el Tribunal está facultado a otorgar en virtud del Artículo 10.26 del Tratado (“**Objeción Preliminar**”).
104. Asimismo, la Demandada presenta las siguientes cinco objeciones jurisdiccionales: en primer lugar, la Demandada aduce que las Demandantes no tienen una inversión protegida en virtud del Tratado y del Convenio del CIADI. En segundo lugar, la Demandada alega que la Demandante FPJVC no califica como “Persona Jurídica” conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. En tercer lugar, la Demandada arguye que la Notificación de Intención fue emitida únicamente por FPJVC y no por el resto de las Demandantes. En cuarto lugar, la Demandada sostiene que las Demandantes han optado, de manera definitiva, por someter la reclamación por violación de trato justo y equitativo a los Tribunales colombianos. Por último, la Demandada alega que no existe

consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones de las Demandantes porque su renuncia es inválida.

105. A continuación, se exponen las respectivas posiciones de las Partes en relación con las objeciones de la Demandada. No obstante, el Tribunal advierte que, a los efectos de resolver esta cuestión, ha considerado la totalidad de los argumentos planteados por las Partes en sus escritos. En la medida en que los argumentos no se mencionan expresamente en la síntesis que se expone a continuación, deben considerarse subsumidos en el análisis del Tribunal. El Tribunal es libre de determinar el orden en que examinará dichas objeciones. En caso de que el Tribunal considere admisible una de ellas, no será necesario examinar el resto.

A. OBJECIÓN PRELIMINAR EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 10.20.4 DEL TRATADO

(1) No Se Puede Dictar un Laudo a Favor de las Demandantes Porque No Se Cumplen los Requisitos del Artículo 10.16.1 del Tratado

a. Posición de la Demandada

106. La Demandada hace referencia al Artículo 10.16.1 del Tratado, que establece que el demandante solo puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue (i) que el demandado ha violado una obligación sustantiva en virtud del Tratado, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión; y (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta. En opinión de Colombia, las reclamaciones de las Demandantes no han cumplido ninguno de estos requisitos y, por lo tanto, deben desestimarse en su totalidad³².

(i) La Reclamación de las Demandantes es Prematura

107. En cuanto a la supuesta violación de una obligación sustantiva, la Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes son prematuras porque “al momento del inicio de este Arbitraje, [...] no existía ninguna medida de Colombia susceptible de constituir una

³² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 169; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 84.

violación de las obligaciones sustantivas del Tratado”³³.

108. En primer lugar, la Demandada hace referencia al Artículo 10.5.2(a) del APC Colombia-EE. UU., que establece “la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”. La Demandada explica que “[e]l procedimiento contencioso administrativo al que se refiere el Artículo 10.5.2(a) (o ‘*administrative adjudicatory proceeding*’, en la versión en inglés del Tratado) es un procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y debe distinguirse de un procedimiento administrativo – como el Proceso de Responsabilidad Fiscal – ante autoridades administrativas – como la CGR”³⁴.
109. Según la Demandada, “del propio texto de [l Artículo 10.5.2(a) del APC Colombia-EE. UU.] se desprende que la obligación de no denegar justicia prevista en el Tratado se circunscribe a procedimientos de naturaleza judicial ante las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa y no abarca procedimientos administrativos”. Por lo tanto, prosigue la Demandada, “[u]n acto administrativo que está sujeto a control judicial posterior no puede constituir – por sí mismo – una denegación de justicia u otra medida susceptible de configurar alguna de las violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado que alegan los Demandantes”³⁵. En este caso, aunque el Proceso de Responsabilidad Fiscal ya se hubiera iniciado al momento en que las Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje³⁶, “ni siquiera se había dictado [la Decisión de la CGR]”³⁷.

³³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 181; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 85-89 y 108.

³⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 98. La Demandada explica que, al referirse al Artículo 10.5.2(a) del APC Colombia-EE. UU., las Demandantes traducen incorrectamente “*administrative adjudicatory proceeding*” como “procedimiento adjudicatorio administrativo” (Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 28), cuando, en realidad, el texto oficial en español reza “procedimiento contencioso administrativo” (que presupone un procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa).

³⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 95, 98.

³⁶ El Proceso de Responsabilidad Fiscal se inició el 5 de junio de 2018 mediante la emisión de un Auto de Imputación. Según la Demandada, un Auto de Imputación es un acto administrativo de trámite que no define ninguna situación jurídica y que, por lo tanto, no podía constituir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado. Véase Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 93.

³⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 173; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 85, 88, 93.

110. La Demandada hace referencia a una serie de decisiones en sustento de su posición, incluido el caso *Glencore c. Colombia*, incoado en virtud del TBI Colombia-Suiza, al que también se refieren las Demandantes³⁸. La Demandada señala que el TBI Colombia-Suiza incluye una disposición que exige a la demandante agotar los recursos administrativos locales antes de iniciar el arbitraje y que el tribunal consideró que la reclamación estaba madura, a pesar de que aún no se había emitido una decisión judicial³⁹. Por el contrario, en el presente caso, la Decisión de la CGR ni siquiera existía al momento de la presentación de la Notificación de Arbitraje. La Demandada alega además que “[s]i bien es cierto que el Tratado no posee un requisito explícito de agotamiento de recursos administrativos, a los efectos de poder reclamar una denegación de justicia en un procedimiento contencioso administrativo, es evidente que debe haberse previamente agotado la etapa administrativa para luego recién poder iniciar un proceso judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”⁴⁰. Por lo tanto, concluye la Demandada, “si no existe ni siquiera un proceso judicial contencioso administrativo es lógicamente imposible que pueda existir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado, mucho menos una denegación de justicia”⁴¹.
111. La Demandada también se refiere al caso *Corona c. República Dominicana*⁴² en el cual el tribunal enfatizó que “un acto administrativo, *per se*, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones” no puede “constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional”⁴³, y agregó que “no pudo haber denegación de justicia sin una

³⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 179-180; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 107; *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, RL-20.

³⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 179; Notificación de Arbitraje, ¶¶ 130-131, 144, 165.

⁴⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 101.

⁴¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 101.

⁴² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 177; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 96, 97; *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 248, RL-41.

⁴³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 96; *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expeditas de la Demandada de conformidad con el Artículo

sentencia firme emanada de la autoridad judicial superior del Estado”⁴⁴. Por lo tanto, en opinión de la Demandada, el caso de las Demandantes es prematuro en el sentido de que “[u]n mero acto administrativo que [...] está sujeto a control judicial posterior no puede constituir – por sí mismo – una medida susceptible de configurar una violación de una obligación sustantiva del Tratado”⁴⁵.

112. Colombia también rechaza el segundo argumento de las Demandantes de que, incluso si su reclamación hubiera sido prematura al momento de la presentación, los acontecimientos posteriores podrían tornarla madura⁴⁶. Según la Demandada, aun si el Tribunal tuviera que evaluar la madurez de la reclamación “con base en lo que ha[bía] ocurrido hasta [el momento de presentación de la Réplica de la Demandada]”, en ese momento, “todavía no exist[ía] una medida susceptible de constituir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado”⁴⁷.
113. Sobre este particular, la Demandada explica que, si bien las Demandantes presentaron un recurso de apelación contra la Decisión de la CGR y la CGR rechazó posteriormente el recurso de apelación, la Decisión de la CGR sigue estando sujeta al control judicial de los tribunales administrativos colombianos. Dado que los tribunales administrativos colombianos aún no han tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, las reclamaciones de las Demandantes en virtud del Tratado son prematuras e inadmisibles⁴⁸.
114. La Demandada también hace referencia al caso *EnCana c. Ecuador*, en el cual el tribunal sostuvo que “el arbitraje entre inversionista y Estado con arreglo a disposiciones [similares al Artículo 10.16.1 del APC Colombia-EE. UU.] debe abordar el grado de vulneración del [tratado] que haya causado la pérdida al demandante en el momento de iniciarse el

10.20.5 del DR- CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 248, RL-41.

⁴⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 178 (énfasis omitido); Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 96; *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶ 264, RL-41.

⁴⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 176; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 99.

⁴⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 102.

⁴⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 4, 95, 100.

⁴⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 109.

arbitraje”⁴⁹.

(ii) *Ausencia de Incumplimiento Prima Facie de Obligaciones Sustantivas*

115. La Demandada hace referencia al Artículo 10.20.4 del Tratado, que establece que “[a]l decidir acerca de una objeción de conformidad con este párrafo, el tribunal asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje [...]”. Según Colombia, esta “presunción de veracidad se circunscribe a los alegatos de hecho realizados por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje, y no incluye alegaciones de hecho efectuadas con posterioridad, conclusiones que no se encuentran respaldadas por alegatos de hecho, ni alegatos jurídicos”⁵⁰. Según la Demandada, en su Notificación de Arbitraje, las Demandantes no establecieron un incumplimiento *prima facie* de una obligación sustantiva del Tratado⁵¹.

- *Trato Justo y Equitativo*

116. En primer lugar, las alegaciones de las Demandantes relativas a una violación del estándar de trato justo y equitativo (“TJE”) no pueden satisfacer el umbral *prima facie*, ya que este estándar en virtud del Tratado (i) protege solo a las Inversiones y no a los Inversionistas; y (ii) se limita al nivel mínimo de trato (“NMT”) conforme al derecho internacional consuetudinario. Ninguna de las alegaciones de las Demandantes puede dar lugar a una violación de este estándar. Sin perjuicio del alcance aplicable del estándar de TJE, no pudo existir una denegación de justicia, ya que la Decisión de la CGR aún no ha sido objeto de revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa⁵².

117. Con respecto al primer argumento, la Demandada se basa en la redacción del Artículo

⁴⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 103-104 (énfasis en el original); *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3481, Laudo Arbitral, 3 de febrero de 2006, ¶ 163, RL-277. La Demandada también señala que las Demandantes hacen referencia a *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II, 30 de agosto de 2018, ¶¶ 4.461, 7.2-7.3, RL-78. Sin embargo, a diferencia del presente caso, en ese caso, “no se discutía la ‘madurez’ de las reclamaciones”.

⁵⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 79-81, 111 (énfasis omitido).

⁵¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 183-185; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 110.

⁵² Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 112.

10.5.1 del Tratado, que solo se refiere a “inversiones cubiertas”⁵³. Interpreta esta disposición en el sentido de que solo ofrece protección a las Inversiones, no a los Inversionistas⁵⁴. En sustento de este argumento, Colombia se basa, *inter alia*, en presentaciones de Estados Unidos como parte no contendiente en otros procedimientos de arbitraje⁵⁵, así como en la decisión del tribunal en *Grand River c. Estados Unidos*⁵⁶. Para Colombia, incluso si los hechos alegados por las Demandantes se consideraran ciertos, habrían afectado a los inversionistas y no a su inversión (es decir, el Contrato de Servicios)⁵⁷.

118. La Demandada alega, además, que el Artículo 10.5.2 del Tratado limita expresamente el estándar de TJE al NMT conforme al derecho internacional consuetudinario⁵⁸. Colombia hace referencia a una serie de autoridades que abordan el alcance de este estándar⁵⁹ y cuestiona, de manera exhaustiva, la afirmación de que el NMT conforme al derecho internacional consuetudinario ha evolucionado hasta el punto de coincidir con el estándar autónomo de TJE⁶⁰. En opinión de la Demandada, la posición de las Demandantes con respecto a la evolución del contenido del estándar de TJE no cuenta con el consenso necesario para constituir una norma de derecho internacional consuetudinario⁶¹.

119. Según la Demandada, para que exista una violación del NMT conforme al derecho internacional consuetudinario, las Demandantes tendrían que reunir los criterios

⁵³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 187.

⁵⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 187; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 116.

⁵⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 188; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 120; *Ángel Samuel Seda y otros c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021, ¶ 5, RL-54. Véanse también *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019, ¶ 10, RL-55; *Omega Engineering LLC y Sr. Oscar Rivera c. La República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/42, Presentación de los Estados Unidos de América, 3 de febrero de 2020, ¶ 46, RL-56.

⁵⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 189; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 119-124; *Grand River Enterprises Six Nations, LTD., et al. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 177, RL-101; *Sr. Joshua Dean Nelson c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, Laudo Final, 5 de junio de 2020, ¶ 312, RL-57; *Valeri Belokon c. La República Kirguisa*, CNUDMI, Laudo, 24 de octubre de 2014, ¶¶ 245, 251, RL-58.

⁵⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 190-192; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 125.

⁵⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 193-195; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 126.

⁵⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 195-196, 199.

⁶⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 128-133.

⁶¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 133-134.

establecidos en *Neer c. México* (es decir, una grave denegación de justicia y una inexistencia absoluta del debido proceso o una arbitrariedad manifiesta)⁶². En opinión de Colombia, ninguna de las alegaciones planteadas por las Demandantes, con excepción de las reclamaciones de denegación de justicia y violación del debido proceso, se encuentra “siquiera remotamente vinculada” a una posible violación del NMT⁶³.

120. La Demandada añade que, contrariamente a lo alegado por las Demandantes, el NMT conforme al derecho internacional consuetudinario “no incluye la protección de las expectativas legítimas”⁶⁴. Incluso si ese fuera el caso, prosigue la Demandada, para que existan expectativas legítimas: “estas (i) deben analizarse objetivamente, (ii) al momento de realizar la inversión, (iii) deben ser razonables, y (iv) estar basadas en promesas específicas dirigidas al inversionista”⁶⁵. Según la Demandada, las Demandantes no han identificado ninguna promesa específica que se les haya efectuado y que pudiera dar lugar a expectativas legítimas⁶⁶.
121. Por último, Colombia sostiene que, de conformidad con el Artículo 10.5.2(a) del APC Colombia-EE. UU., la protección contra la denegación de justicia se circunscribe “a procedimientos judiciales y no abarca procedimientos administrativos”⁶⁷. En la presente controversia, no pudo haber denegación de justicia, ya que no se había iniciado ningún procedimiento judicial para impugnar la Decisión de la CGR al momento en que las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje⁶⁸. Sin una revisión judicial y sin una decisión judicial firme y definitiva, no es posible establecer una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario⁶⁹.

⁶² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 196; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 134.

⁶³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 197.

⁶⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 135.

⁶⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 137.

⁶⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 138-139.

⁶⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 201; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 98.

⁶⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 141-143.

⁶⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 202-206; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 100, 143-144. En sustento de esta posición, la Demandada hace referencia a los escritos presentados por EE. UU. en calidad de PNC en otros procedimientos. Véanse, por ejemplo, *Ángel Samuel Seda y otros c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021, ¶ 32, RL-54; *Michael*

122. La Demandada también rechaza los argumentos de las Demandantes de que sería fútil o manifiestamente inefectivo solicitar una revisión judicial de la Decisión de la CGR⁷⁰. Invoca “numerosos ejemplos de fallos con responsabilidad fiscal emitidos por la CGR que han sido dejados sin efecto o revertidos, total o parcialmente, luego de que se interpusieran los recursos judiciales disponibles”⁷¹. Colombia también se refiere a la jurisprudencia presentada por las Demandantes para señalar que, en esos casos, se determinó la existencia de una denegación de justicia en procedimientos judiciales, por oposición a procedimientos administrativos, y que, por ende, resultan inaplicables al presente caso⁷². Sobre este particular, la Demandada recuerda que en *Loewen c. Estados Unidos*, un caso que citan las Demandantes, “el tribunal [...] no encontró que existiera una denegación de justicia porque el demandante no había agotado todos los recursos judiciales locales”⁷³.
123. La Demandada concluye que, en este caso, no podría haber un caso *prima facie* de denegación de justicia, puesto que las Demandantes habían podido ejercer su derecho de defensa en el procedimiento administrativo⁷⁴ y todavía disponían de recursos judiciales contra la Decisión de la CGR⁷⁵.

Ballantine y Lisa Ballantine c. La República Dominicana, Caso CPA No. 2016-17, Presentación de los Estados Unidos de América, 6 de julio de 2018, ¶ 46, RL-62; véanse también *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3 (DR-CAFTA), Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de marzo de 2016, ¶ 13, RL-64; *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2, Presentación de Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019, ¶¶ 44-47, RL-66; *Italba Corporation c. La República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/16/9, Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de septiembre de 2017, ¶ 20, RL-67.

⁷⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 145.

⁷¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 209; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 145.

⁷² Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 146.

⁷³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 147; *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003, ¶¶ 151-157, 217, 242, CL-91.

⁷⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 211-213.

⁷⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 206-207; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 144; *Alps Finance c. La República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, 5 de marzo de 2011, ¶¶ 251-252, RL-82; *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, ¶ 392, RL-83; *Apotex Inc. c. Gobierno de Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. UNCT/10/2 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013, ¶ 276, RL-84; *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019, ¶¶ 12-13, RL-55.

- *Expropiación*

124. Colombia argumenta que, a efectos de determinar la existencia de expropiación, el derecho en cuestión debe poder evaluarse independientemente del resto de la inversión cubierta. Invoca una serie de autoridades para justificar esta posición⁷⁶.
125. La Demandada rechaza el argumento de las Demandantes de que dos de los derechos contractuales contemplados en el Contrato de Servicios [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] habían sido indirectamente expropiados por Colombia cuando inició el Proceso de Responsabilidad Fiscal contra Foster Wheeler y Process Consultants.
126. La Demandada argumenta que estos dos derechos contractuales “no son susceptibles de ser explotados económicamente de forma independiente y separada del Contrato de Servicios”. En otras palabras, “estos derechos concretos y específicos no pueden ser ‘expropiados’ bajo el Tratado de forma separada e independiente del resto de [la] supuesta ‘inversión’ (*i.e.*, el Contrato de Servicios), que ni siquiera se alega que haya sido expropiada”⁷⁷. La imposibilidad de que haya existido una “expropiación parcial” también se encuentra respaldada por el Artículo 10.7 del APC Colombia-EE. UU., que contempla la protección contra la expropiación de “una inversión cubierta” y “no a ciertos ‘derechos específicos’ o ‘partes’ de esa inversión cubierta”⁷⁸.
127. La Demandada añade que [REDACTED]
[REDACTED] y que el Proceso de Responsabilidad Fiscal se refería a la responsabilidad fiscal de las

⁷⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 217-218; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 153-155.

⁷⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 215-216; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 151-152.

⁷⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 218-219 (énfasis en el original); Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 154. Sobre este punto, la Demandada hace referencia, *inter alia*, a las siguientes autoridades: *Merrill & Ring Forestry L.P. c. El Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1 (TLCAN), Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 144, RL-105; *Telenor Mobile Communications A.S. c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006, ¶ 67, RL-51.

Demandantes. Al ser la responsabilidad fiscal autónoma e independiente de la responsabilidad contractual, las cláusulas contractuales son inoponibles en un proceso de responsabilidad fiscal⁷⁹. [REDACTED]

[REDACTED]”⁸⁰. Por lo tanto, la Demandada concluye que las alegaciones de expropiación planteadas por las Demandantes no pueden establecer un caso *prima facie* de expropiación en virtud del APC Colombia-EE. UU.

- *Estándar de Trato Nacional*

128. La Demandada argumenta que el hecho de que el Proceso de Responsabilidad Fiscal se incoara contra Foster Wheeler y Process Consultants, y no contra la Junta Directiva de Ecopetrol, no da lugar a un incumplimiento *prima facie* de este estándar⁸¹. En el Proceso de Responsabilidad Fiscal resultaron imputadas tanto personas naturales como jurídicas de nacionalidad colombiana y extranjera, por lo que no pudo haber existido discriminación alguna en este caso con motivo de la nacionalidad estadounidense de las Demandantes⁸². Así pues, el Proceso de Responsabilidad Fiscal no había “crea[do] un beneficio desproporcionado para los nacionales frente a los no nacionales” ni parecía “favorecer a sus nacionales frente a los no nacionales”⁸³.

- *Nación Más Favorecida*

129. Según la Demandada, ninguno de los argumentos de las Demandantes puede establecer un incumplimiento *prima facie* de la obligación de NMF. La Demandada se refiere al argumento de las Demandantes de que Colombia incumplió la obligación de NMF del Artículo 10.4 del Tratado “al supuestamente otorgarle a los inversionistas suizos y a las

⁷⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 221-223; véase también *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, ¶ 1083, RL-20.

⁸⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 157.

⁸¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 225-226; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 159.

⁸² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 226; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 162.

⁸³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 228-229; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 160, 166; véase *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, ¶ 252, RL-112.

inversiones cubiertas de Suiza un trato más favorable que aquel otorgado a los inversionistas estadounidenses, en vista de que los inversionistas suizos pueden supuestamente invocar la cláusula paraguas que contiene el TBI Colombia-Suiza, mientras que los Demandantes no, porque el Tratado no tiene una cláusula semejante”⁸⁴.

130. La Demandada argumenta que el estándar de NMF contemplado en el Artículo 10.4.1 del APC Colombia-EE. UU. “requiere una comparación de las situaciones fácticas de trato efectivamente concedidas, en circunstancias similares”, a los inversionistas estadounidenses y a los inversionistas de terceros países, algo que las Demandantes no han demostrado⁸⁵. Además, la cláusula de NMF no puede utilizarse para importar un nuevo derecho de un tratado de inversión celebrado con un tercer país que no se encuentra en el tratado base⁸⁶.
131. A mayor abundamiento, incluso si la cláusula de NMF permitiera a las Demandantes importar un derecho completamente nuevo de un tratado de inversión diferente, no sería posible importar una cláusula paraguas de algún otro tratado de inversión celebrado por Colombia, pues “ello sería contrario a consideraciones de política pública que tuvieron en cuenta las Partes Contratantes al específicamente no incluir una cláusula paraguas en el Tratado”⁸⁷. En su lugar, el APC Colombia-EE. UU incluyó una definición del término “acuerdo de inversión”, estableciendo la posibilidad de someter a arbitraje ciertas reclamaciones contractuales por parte de un inversionista en caso de incumplimiento de un acuerdo escrito específico que calificara como “acuerdo de inversión” en virtud del Tratado⁸⁸.
132. Por otro lado, la Demandada explica que, si bien el TBI Colombia-Suiza contiene una cláusula paraguas, no recoge el consentimiento a someter a arbitraje las reclamaciones que puedan surgir por el incumplimiento de dicha cláusula paraguas. En consecuencia, aunque la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza fuera posible en virtud de

⁸⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 231.

⁸⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 170.

⁸⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 232 (énfasis omitido).

⁸⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 234.

⁸⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 234; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 172-173.

la cláusula de NMF del Tratado, no sería posible importar el derecho a someter esa reclamación a arbitraje, ya que ese derecho tampoco existe en virtud de dicho tratado⁸⁹.

133. Por último, la Demandada sostiene que, aunque pudiera importarse la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza en la forma solicitada por las Demandantes, sería imposible aplicar dicha cláusula en este caso por no cumplirse los requisitos para su aplicación⁹⁰. A saber: (i) Reficar no es una “agencia” del gobierno colombiano; (ii) el Contrato de Servicios no puede constituir al mismo tiempo la “inversión” y el “acuerdo escrito” de donde deriva una obligación respecto a la inversión; y (iii) los alegatos de hecho planteados por las Demandantes no pueden constituir una violación de la cláusula paraguas, ya que no existió violación de la cláusula de arbitraje del Contrato de Servicios y cualquier limitación contractual impuesta a Reficar no podría afectar su responsabilidad fiscal. Por lo tanto, las Demandantes no han podido demostrar la existencia de un incumplimiento *prima facie* de la cláusula de NMF⁹¹.

(iii) *Ausencia de Incumplimiento Prima Facie de un Acuerdo de Inversión*

134. Colombia rechaza el argumento de las Demandantes según el cual el Contrato de Servicios es considerado un “acuerdo de inversión” porque “fue celebrado entre Reficar, una ‘entidad estatal’ y una ‘autoridad nacional de una Parte’, y FPJVC, un ‘inversionista de otra Parte’”⁹².
135. En primer lugar, la Demandada recuerda que, en virtud del Artículo 10.28 del APC Colombia-EE. UU., un acuerdo de inversión es un acuerdo escrito en el que “el

⁸⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 235-237; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 174-178. La Demandada explica que, si bien el Artículo 10(2) del TBI Colombia-Suiza contiene una cláusula paraguas, el Artículo 11(3) del tratado dispone expresamente que las partes contratantes otorgan su consentimiento al sometimiento de diferencias relativas a inversiones al arbitraje internacional, “excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 [del tratado]”. En sustento de esta posición, la Demandada hace referencia a *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, ¶¶ 1001, 1006, 1009, 1025, RL-20. Por último, la Demandada agrega que, “[p]or las mismas razones, tampoco se cumplen los presupuestos para la aplicación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Japón que ahora invocan los Demandantes, cuyo texto es virtualmente idéntico”.

⁹⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 238-239.

⁹¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 178-179. La Demandada explica que la responsabilidad fiscal de las Demandantes es autónoma e independiente de su responsabilidad contractual y queda fuera del ámbito material de la cláusula de arbitraje del Contrato de Servicios.

⁹² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 242-243; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 181.

inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo”⁹³. Según la Demandada, del texto del Tratado se desprende claramente que “el Contrato de Servicios no puede constituir al mismo tiempo un ‘acuerdo de inversión’ y la ‘inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo’”⁹⁴. Aunque las Demandantes afirman que también han invertido activos como tiempo, personal, trabajo y capital al suministrar bienes y servicios a Colombia, “esa no es la ‘inversión cubierta’ que alegan en este caso y por la que reclaman daños”⁹⁵. La única “inversión cubierta” es el Contrato de Servicios, y los daños que reclaman las Demandantes se refieren exclusivamente al Contrato de Servicios y no al tiempo, personal, trabajo, capital, bienes o servicios, todos los cuales fueron, en cualquier caso, “remunerados y reembolsados en su totalidad conforme a las disposiciones de[l] Contrato [de Servicios]”⁹⁶.

136. En segundo lugar, la Demandada explica que el Contrato de Servicios se celebró con Reficar, una sociedad de economía mixta que forma parte del gobierno descentralizado⁹⁷, mientras que el APC Colombia-EE. UU. define a la autoridad nacional de una parte como “una autoridad del nivel central de gobierno”⁹⁸. Reficar no puede ser una “autoridad nacional” conforme al APC Colombia-EE. UU., porque las Partes Contratantes del Tratado “expresamente establecieron que Ecopetrol, la casa matriz de Reficar, no es una autoridad del nivel central de gobierno”⁹⁹. Los argumentos de las Demandantes en cuanto a la atribución de las acciones de Reficar a Colombia son irrelevantes en este caso, dado que la cuestión no es la atribución de las acciones de Reficar, sino más bien si Reficar puede ser

⁹³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 242, 244.

⁹⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 244; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 181.

⁹⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 183.

⁹⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 183.

⁹⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 245 (énfasis omitido).

⁹⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 245; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 184.

⁹⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 185. La Demandada hace referencia al Capítulo 9, Anexo 9.1, Sección A, del APC Colombia-EE. UU., modificado por la Decisión No. 2 de la Comisión de Libre Comercio del APC Colombia-EE.UU., RL-318, que contiene un listado de entidades de los Estados Unidos y Colombia clasificadas en cuatro categorías: Entidades del Nivel Central de Gobierno, Entidades del Nivel Sub-Central de Gobierno, Otras Entidades Cubiertas y Entidades Especiales Cubiertas. La Demandada señala que ni Ecopetrol ni Reficar figuran como Entidades del Nivel Central de Gobierno y que Ecopetrol figura como “Entidad Especial Cubierta”, es decir, como una entidad que “realiza sus adquisiciones bajo régimen de contratación privado ... y sin ningún control o influencia por el Gobierno de Colombia”.

considerada una “autoridad nacional” en virtud del APC Colombia-EE. UU.¹⁰⁰.

137. Por otra parte, la Demandada no cuestiona el hecho de que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]”¹⁰¹. Sin embargo, la existencia de una cláusula de arbitraje en el Contrato de Servicios no tiene incidencia alguna sobre el concepto de “acuerdo de inversión” conforme al APC Colombia-EE. UU., ni otorga jurisdicción al Tribunal para conocer de reclamaciones puramente contractuales¹⁰². Las Demandantes alegan que sus reclamaciones “se relacionan con las acciones de la CGR, que constituirían incumplimientos por parte de Colombia del Contrato de Servicios”¹⁰³. Sin embargo, el Proceso de Responsabilidad Fiscal se refiere a la responsabilidad fiscal, y no contractual, de las Demandantes¹⁰⁴. Por lo tanto, cualquier pérdida o daño causado por las acciones de la CGR “involucraría una responsabilidad extracontractual que excedería la violación contractual de un supuesto acuerdo de inversión”¹⁰⁵.
138. Por lo tanto, aduce la Demandada, el Contrato de Servicios no es un “acuerdo de inversión” y las Demandantes no han logrado establecer un caso *prima facie* de incumplimiento de un acuerdo de inversión en esta controversia¹⁰⁶.

(iv) *Ausencia de Pérdidas o Daños como Resultado de los Supuestos Incumplimientos*

139. La Demandada recuerda que, además de la existencia de una violación de una disposición sustancial del Tratado o de un acuerdo de inversión, deben cumplirse dos requisitos adicionales para que la reclamación sea admisible en virtud del Tratado: (i) debe existir una pérdida o daño cierto al momento de la presentación de la reclamación a arbitraje y (ii) dicha pérdida o daño debe producirse como consecuencia de dicha violación. Estos

¹⁰⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 186.

¹⁰¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 248.

¹⁰² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 248.

¹⁰³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 188 (cita interna omitida); véase también Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 114.

¹⁰⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 188.

¹⁰⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 188.

¹⁰⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 250; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 180, 189.

requisitos tienen por objeto “prevenir el sometimiento de reclamaciones que no se encuentran todavía maduras, porque no han ocurrido pérdidas”¹⁰⁷.

140. Colombia hace referencia al caso *Glamis c. Estados Unidos*, en el cual el tribunal declaró que “la existencia o no de un ‘daño actual real’ como resultado de una medida supuestamente violatoria [...] debe evaluarse al momento de la presentación de la reclamación de arbitraje”¹⁰⁸. A la fecha de presentación de la Notificación de Arbitraje, no se había incurrido en pérdida o daño alguno por incumplimiento de las obligaciones del APC Colombia-EE. UU. o de un acuerdo de inversión¹⁰⁹. Esto se debe a que, para aquel entonces, solo se había emitido el Auto de Imputación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal sin que se hubiera causado perjuicio alguno a las Demandantes¹¹⁰.
141. Las Demandantes argumentan que el Tribunal también debería tener en cuenta los daños que se materializaron durante el curso de este arbitraje¹¹¹. Sin embargo, sostiene Colombia, existe una diferencia “entre la existencia de un daño como requisito previo al sometimiento a arbitraje bajo el Tratado” y los daños tenidos en cuenta a la hora de calcular la posible indemnización¹¹². Las Demandantes no han sufrido pérdida o daño alguno “como resultado de las supuestas violaciones del Tratado [o acuerdo de inversión] en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal [...]”¹¹³, ya que todavía no han efectuado pago alguno del monto del Fallo, ya sea de manera voluntaria o forzada¹¹⁴. Así se desprende de la Solicitud de

¹⁰⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 251-252; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 190-193. K. Vandeveld, *U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS*, pág. 598, RL-121; *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Presentación de los Estados Unidos de América, 25 de julio de 2014, ¶ 4, RL-48; Christoph Schreuer, *What is a legal dispute?*, en *INTERNATIONAL LAW BETWEEN UNIVERSALISM AND FRAGMENTATION, Festschrift in Honor of Gerhard Hafner* (I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (eds.) (Koninklijke Brill NV 2008), págs. 960, 970-972, CL-59.

¹⁰⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 193; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶ 335 (nota al pie agregada), RL-40.

¹⁰⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 254; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 194.

¹¹⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 255; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 194.

¹¹¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 195; Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 24-25, 122-123.

¹¹² Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 197; *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012, ¶¶ 427, 431, RL-171.

¹¹³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 198.

¹¹⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 257; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 198-199. La

Medidas Provisionales de las Demandantes en la que estas admiten “que las medidas provisionales eran necesarias para evitar que se materializara el daño que el Arbitraje intenta prevenir”¹¹⁵.

142. La Demandada asevera que las alegaciones de las Demandantes relativas al daño reputacional no pueden satisfacer los requisitos del Artículo 10.16.1 del APC Colombia-EE. UU.¹¹⁶. En particular, la Demandada argumenta que el Artículo 10.16.1 del APC Colombia-EE. UU. requiere una “causalidad próxima” o un “nexo causal suficiente” entre el daño sufrido y una violación del APC Colombia-EE. UU. o de un acuerdo de inversión¹¹⁷. En la presente controversia, no existe relación de causalidad alguna entre el daño reputacional y el Proceso de Responsabilidad Fiscal¹¹⁸.
143. Colombia argumenta, asimismo, que las presuntas “importantes erogaciones en concepto de honorarios por asesoramiento jurídico [en que incurrieran las Demandantes] para su defensa en [el Procedimiento de Responsabilidad Fiscal]” no constituyen “daños” resarcibles, sino más bien “cargas jurídicas ordinarias” que forman parte de los costos de hacer negocios en Colombia¹¹⁹. Por tratarse de una carga que deben soportar las Demandantes, los honorarios por representación legal en el Proceso de Responsabilidad Fiscal no pueden considerarse daños o pérdidas en los términos del Artículo 10.16.1 del APC Colombia-EE. UU.¹²⁰.
144. La Demandada recuerda que las obligaciones de otorgar TJE y de no expropiar en virtud del APC Colombia-EE. UU. solo protegen las inversiones cubiertas y no a los inversionistas¹²¹. Sin embargo, todos los daños presuntamente sufridos en la presente

Demandada agrega que, en *Glencore c. Colombia*, la demandante “efectivamente pagó el monto del fallo con responsabilidad fiscal antes de iniciar el arbitraje”. Por consiguiente, a diferencia de la presente diferencia, la demandante *Glencore* presentó una reclamación madura a arbitraje.

¹¹⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 200-202; véase Carta de las Demandantes a la Demandada, 24 de agosto de 2021, pág. 2, R-93; véase también Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 126, 131, 146, 149.

¹¹⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 204.

¹¹⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 206.

¹¹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 206-207.

¹¹⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 208-209.

¹²⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 210-212.

¹²¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 259.

controversia afectan a los inversionistas (como los daños a la reputación y al crédito de las Demandantes), y no a la inversión cubierta (el Contrato de Servicios)¹²². Asimismo, las Demandantes no han demostrado la existencia de un acuerdo de inversión, y no reclaman ninguna presunta pérdida sufrida como resultado del incumplimiento de dicho acuerdo¹²³.

b. Posición de las Demandantes

(i) *Las Reclamaciones de las Demandantes están Maduras para su Revisión*

145. Las Demandantes alegan que cumplen con la totalidad de los requisitos previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para que sus reclamaciones sean admisibles¹²⁴. En primer lugar, las Demandantes hacen referencia al Artículo 10.20.4(c) del Tratado, que dispone que, al momento de evaluar las objeciones preliminares de la Demandada, el Tribunal “*asumirá* como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje (o cualquier modificación de ésta)”. El Tribunal “puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa”¹²⁵. Las Demandantes se basan en hechos descritos en su Notificación de Arbitraje o en hechos que han ocurrido desde entonces y que no son objeto de disputa¹²⁶. Asimismo, tal como se afirmó en *Kappes c. Guatemala*, las Demandantes sostienen que pueden “aclarar o profundizar sus declaraciones de hechos y reclamaciones que expusiera en la Solicitud de Arbitraje”¹²⁷. Las Demandantes también alegan que, como se explicó en *Pac Rim c. El Salvador*, no es obligatorio aportar evidencia probatoria de todas sus alegaciones en el escrito inicial¹²⁸.

¹²² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 259.

¹²³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 260-261; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 215.

¹²⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 15.

¹²⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 32 (énfasis en el original). Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 49.

¹²⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 49.

¹²⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 50-52; *Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43, Decisión sobre Objeciones Preliminares de la Demandada, 13 de marzo de 2020, ¶ 117, RL-176; véase también *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada en virtud de los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 89, 99, 105, RL-36.

¹²⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 54-55; *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones de la Demandada en virtud de los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 96, 98, 112, RL-36.

146. En primer lugar, las Demandantes se basan en el hecho no controvertido de que su recurso de apelación en contra de la Decisión de la CGR fue rechazado el 6 de julio de 2021¹²⁹. Sostienen que, en consecuencia, la Decisión de la CGR es definitiva y susceptible de ejecución en virtud del derecho colombiano. Esta afirmación se ve respaldada por el hecho de que la Contraloría General de la República ha comenzado los esfuerzos de ejecución en todo el mundo en contra de los activos de las Demandantes¹³⁰.
147. Las Demandantes sostienen además que el argumento de Colombia de que deben agotarse los recursos judiciales para que las reclamaciones maduren carece de fundamento¹³¹. Alegan que han agotado todos sus recursos administrativos en Colombia y que solicitar una revisión judicial sería “inútil y a todas luces ineficaz”, dado que la CGR ya está actuando para ejecutar la Decisión de Responsabilidad Fiscal¹³². Las Demandantes sostienen que la decisión del tribunal en *Corona Materials c. República Dominicana* brinda sustento a su caso ya que establece que, “[p]or lo general, el agotamiento de los recursos internos no es... un requisito jurisdiccional previo para que un inversionista incoe una reclamación internacional”¹³³.
148. Las Demandantes también hacen referencia, *inter alia*, a *Eco Oro Minerals Corp. c. Colombia*¹³⁴, para respaldar su argumento de que el Tribunal también debería considerar hechos que han ocurrido con posterioridad a la presentación de la Solicitud de Arbitraje. En particular, el tribunal en *Eco Oro* “rechazó [...] los esfuerzos de Colombia para congelar los reclamos al momento de la Notificación de Intención”¹³⁵. Las Demandantes sostienen que los tribunales del CIADI han aceptado acontecimientos nuevos, pero relacionados, no

¹²⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 15.

¹³⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 15.

¹³¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 15.

¹³² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 17.

¹³³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 18 (citas internas omitidas); *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 259-261, RL-41.

¹³⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 22; *Eco Oro Minerals Corp. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños, 9 de septiembre de 2021, ¶ 328, CL-50.

¹³⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 22; *Eco Oro Minerals Corp. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños, 9 de septiembre de 2021, ¶ 328, CL-50.

formulados en una solicitud de arbitraje, al momento de determinar violaciones a los tratados, incluso hechos que se formularon por primera vez “en etapas muy posteriores del arbitraje, como en el memorial sobre la cuestión de fondo”¹³⁶.

149. Según las Demandantes, *Glencore c. Colombia* es improcedente, en tanto, a diferencia del TBI Colombia-Suiza, el APC Colombia-EE. UU. no incluye una disposición que exija a la demandante agotar los recursos administrativos locales antes de iniciar el arbitraje¹³⁷. Por lo tanto, afirman las Demandantes, una disposición que exija el agotamiento de los recursos locales debe entenderse como la imposición de requisitos adicionales a una demandante¹³⁸. El hecho de que el APC Colombia-EE. UU. no incluya ningún requisito expreso de que deban agotarse los recursos administrativos locales brinda sustento a la alegación de madurez de las Demandantes¹³⁹.
150. Sobre este punto, las Demandantes también indican que el texto de la disposición de TJE en el Artículo 10.5.2(a) del APC Colombia-EE. UU. “incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos adjudicatorios penales, civiles o administrativos”¹⁴⁰. Las Demandantes sostienen que, al analizar una disposición idéntica, el tribunal en *TECO Guatemala Holdings c. La República de Guatemala* “identific[ó] reclamos fundándose exclusivamente en la madurez de los actos administrativos”¹⁴¹.
151. Por lo tanto, si bien el rechazo del recurso de apelación de la Decisión de la CGR y los esfuerzos de ejecución aumentaron el daño ocasionado a las Demandantes, sus reclamaciones eran maduras mucho antes de que dicho recurso fuera rechazado¹⁴².
152. Las Demandantes observan además que Colombia se basa en “más de 20 presentaciones de EE. UU. como parte no contendiente”, de las cuales solo tres se refieren al APC

¹³⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 23.

¹³⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 26-27.

¹³⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 27.

¹³⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 27.

¹⁴⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 28.

¹⁴¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 28; véase *TECO Guatemala Holdings, LLC c. La República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶¶ 457-465, 471-484, CL-61.

¹⁴² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 31.

Colombia-EE. UU.¹⁴³. Las Demandantes argumentan que el Artículo 31(3) de la CVDT no reconoce “la interpretación de una parte no contendiente de un tratado diferente [como] el posterior acuerdo” en relación con el APC Colombia-EE. UU.¹⁴⁴. Asimismo, para demostrar la práctica ulterior, la Demandada tendría que probar que “tanto Estados Unidos como Colombia interpretan repetidamente el APC [Colombia-EE. UU.] de un modo sistemático, lo que no es así”¹⁴⁵.

(ii) *Incumplimiento Prima Facie de Obligaciones Sustantivas*

153. Las Demandantes alegan que Colombia no ha demostrado que “los hechos alegados por el demandante, de establecerse, no pueden constituir un fundamento para la violación de un tratado”. En esta etapa del procedimiento, al Tribunal “ha de bastarle solamente con que, *prima facie*, el reclamo, según lo formulan los Demandantes al iniciar este arbitraje” se encuentre dentro de la jurisdicción del CIADI y de este Tribunal¹⁴⁶. Las Demandantes también alegan que la Demandada está abusando del procedimiento de objeciones preliminares y que, para que las reclamaciones de las Demandantes sean desestimadas, estas deben considerarse, al comienzo del arbitraje, “con ‘altas probabilidades – y no tan solo con alguna probabilidad – de fracasar’”¹⁴⁷. La Demandada no cumple este estándar¹⁴⁸. Las opiniones de la Demandada sobre el fondo son irrelevantes a efectos de evaluar la cuestión preliminar y deberían desestimarse¹⁴⁹.

¹⁴³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 59; véanse *Ángel Samuel Seda y otros c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021, RL-54; *Astrida Benita Carrizosa c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020, RL-206; *Alberto Carrizosa Gelzis et al. c. La República de Colombia*, Caso CPA No. 2018-56, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020, RL-207.

¹⁴⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 59.

¹⁴⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 60.

¹⁴⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 33.

¹⁴⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 35; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 56-58; Michele Potestà y Marija Sobat, *F 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), pág. 22, CL-67.

¹⁴⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 35; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 58.

¹⁴⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 36.

- *Trato Justo y Equitativo*

154. Las Demandantes alegan que su reclamación cumple el criterio *prima facie* relativo al estándar de TJE. En primer lugar, las Demandantes sostienen que la protección del estándar de TJE se concede no solo a las inversiones cubiertas, sino también a los inversionistas¹⁵⁰. En sustento de su posición, las Demandantes citan los casos *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. Egipto* y *Lion Mexico c. México*, y añaden que su opinión también ha sido reconocida por diversos tribunales en virtud del TLCAN¹⁵¹. Desde el punto de vista de las Demandantes, ninguna de las autoridades presentadas por la Demandada es pertinente: no abordan expresamente la cuestión que consiste en determinar si el estándar de TJE debe concederse únicamente a las inversiones y no a los inversionistas¹⁵². En opinión de las Demandantes, “no queda del todo claro cómo puede ser posible prever inversiones con un TJE sin ofrecer protección similar a los propietarios de esas inversiones”¹⁵³.
155. Las Demandantes también se oponen a la opinión de la Demandada sobre el alcance del estándar de TJE¹⁵⁴. Las Demandantes argumentan que “un gran número de autoridades ha concluido que el [NMT] no es diferente de la regla de trato justo y equitativo incluida en otros tratados de inversión, o que es sustancialmente idéntica a dicha regla”¹⁵⁵ y que “[un] requisito de que se trate a los extranjeros de manera justa y equitativa en lo que hace a los negocios, el comercio y las inversiones ha pasado a formar una parte suficiente tal de la práctica generalizada y sistemática como para demostrar que se ve reflejado hoy en día en el derecho internacional consuetudinario como *deber jurídico*”¹⁵⁶.
156. Las Demandantes afirman además que el contenido del NMT consuetudinario evoluciona

¹⁵⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 37, 39.

¹⁵¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 37-38; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 72.

¹⁵² Véase Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 73-74.

¹⁵³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 75-76; véase *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. La República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Definitivo, 23 de diciembre de 2019, ¶ 185, CL-52.

¹⁵⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 42-43.

¹⁵⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 44; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 63.

¹⁵⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 45; véase *Merrill & Ring Forestry L.P. c. El Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 210, RL-105.

constantemente y no está “congelado en el tiempo”¹⁵⁷. Sobre este punto, las Demandantes señalan que la formulación adoptada en *Neer* “ya no refleja el derecho internacional consuetudinario”¹⁵⁸ y que la Demandada no ha logrado probar que *Neer* “establece la norma aplicable ni que las afirmaciones de los Demandantes no la cumplen”¹⁵⁹. Por el contrario, las Demandantes están de acuerdo con la definición de los requisitos del NMT establecida en *Waste Management c. México* que exige una conducta que sea “arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria [...] o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial”¹⁶⁰. Las Demandantes señalan que esta formulación ha sido ampliamente aceptada por tribunales posteriores¹⁶¹. Por ende, “[n]o hay bases jurídicas para aplicar el nivel de TJE anticuado que invoca Colombia”¹⁶².

157. Las Demandantes sostienen además que el incumplimiento de las expectativas legítimas del inversionista puede constituir la base del incumplimiento del NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario¹⁶³. En la decisión *Bolivia c. Chile*¹⁶⁴, la CIJ excluyó

¹⁵⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 46; véanse *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶ 179, CL-82; *Eco Oro Minerals Corp. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños, 9 de septiembre de 2021, ¶ 744, CL-50; Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP 2017), ¶¶ 7.05, 7.10, RL-42; Christoph Schreuer y August Reinisch, *International Protection of Investments: Substantive Standards* (Cambridge 2020), ¶ 314, CL-83.

¹⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 48-49; Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, *Neer-ly Mised?*, 32 Miami Law Research Paper Series 242 (2010), págs. 247, 250 (citas omitidas), CL-88.

¹⁵⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 64.

¹⁶⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 50; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98, RL-96.

¹⁶¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 50; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 65-66; véase, por ejemplo, *Eco Oro Minerals Corp. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños, 9 de septiembre de 2021, ¶ 744, CL-50.

¹⁶² Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 68.

¹⁶³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 69; véanse *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009, ¶¶ 620-621, RL-40; *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98, RL-96; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo Arbitral, 26 de enero de 2006, ¶ 147, RL-225; véase también *Eco Oro Minerals Corp. c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Cuantificación de Daños, 9 de septiembre de 2021, ¶¶ 804, 820, CL-50.

¹⁶⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 135; véase *Obligación de Negociar Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia de 1 de octubre de 2018, 507 I.C.J. REPORTS 2018, ¶ 162, RL-71.

el concepto de expectativas legítimas entre los Estados¹⁶⁵. Sin embargo, según las Demandantes, “[n]o surge de la opinión de la CIJ que dicho concepto no exista entre inversionistas extranjeros y Estados”¹⁶⁶. Por lo tanto, la objeción de Colombia de que las Demandantes tienen en cuenta el estándar incorrecto en materia de TJE y no cumplen con el estándar que se expone en *Neer* debe ser desestimada¹⁶⁷.

158. Las Demandantes recuerdan que su reclamación también incluye la denegación de justicia y del debido proceso¹⁶⁸. Cuando se trata del debido proceso y del criterio aplicable para establecer un incumplimiento¹⁶⁹, las Demandantes argumentan que ellas “pueden entablar un reclamo por violación del trato que se funde directamente en los alegatos de acto ilícito administrativo”, y el inversionista puede hacerlo “sin perjuicio de si ha solicitado una reparación ante los tribunales locales”¹⁷⁰. Las Demandantes alegan varios incumplimientos del estándar de TJE relacionados con la conducta de la CGR y la administración del Proceso de Responsabilidad Fiscal¹⁷¹. La Demandada no ha cumplido con la carga de probar que las alegaciones de las Demandantes no pueden prosperar¹⁷².
159. En cuanto al argumento de Colombia de que, para que prospere una reclamación de denegación de justicia, es necesario que se hayan agotado los recursos judiciales, las Demandantes sostienen que los procesos de la CGR se encuentran dentro de la definición de “procedimientos contencioso administrativos” conforme al Artículo 10.5.2(a) del APC

¹⁶⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 69; véase *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012, ¶¶ 160-162, RL-171.

¹⁶⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 69.

¹⁶⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 71.

¹⁶⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 51; véase Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 77.

¹⁶⁹ Véanse Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (CUP 2005), pág. 7, CL-89; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, ¶ 435, CL-90; *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. La República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II, 30 de agosto de 2018, ¶ 8.26, CL-42.

¹⁷⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 54 (comillas internas omitidas); véanse *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, ¶ 491, RL-157; Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP 2017), ¶¶ 7.104, 7.174, RL-42.

¹⁷¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 77-78; véase Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 55.

¹⁷² Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 79.

Colombia-EE. UU. Las Demandantes rechazan el argumento de la Demandada basado en la versión en español del APC, según el cual la referencia a “procedimientos contencioso administrativos” es una referencia a un proceso judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa. Según las Demandantes, no existe ninguna disposición en el texto en inglés del APC Colombia-EE. UU. (que reviste la misma autoridad que el texto en español¹⁷³) que indique que dichos procedimientos se limiten únicamente a procesos judiciales¹⁷⁴. Otros tribunales que interpretaron el mismo texto han llegado a la misma conclusión¹⁷⁵. En cuanto a las diferencias entre las versiones en ambos idiomas, la interpretación de las Demandantes debe prevalecer de conformidad con el Artículo 33(3) de la CVDT, puesto que “[l]a 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”¹⁷⁶. En consecuencia, el Artículo 10.5.2(a) del APC Colombia-EE. UU. debe “interpretarse [...] en el sentido de que contempla la reclamación de denegación de justicia derivada de un procedimiento contencioso administrativo”, como el Proceso de Responsabilidad Fiscal¹⁷⁷.

160. Las Demandantes también sostienen que, en esta etapa del procedimiento, no están obligadas a respaldar con pruebas su alegación sobre la inutilidad de solicitar la revisión judicial del Fallo con Responsabilidad Fiscal¹⁷⁸. Su reclamación ya estaba madura cuando se interpuso, y las acciones posteriores de Colombia no hicieron más que confirmarlo¹⁷⁹. Concretamente, desde que iniciaron el arbitraje, las Demandantes han agotado sus recursos administrativos, y la Decisión de la CGR se ha tornado definitiva¹⁸⁰. Estos hechos no son controvertidos por la Demandada¹⁸¹.

¹⁷³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 83; Tratado, Artículo 23.6.

¹⁷⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 81-83.

¹⁷⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 83; *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 251, 253, RL-41.

¹⁷⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 84-87.

¹⁷⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 86.

¹⁷⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 88.

¹⁷⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 89.

¹⁸⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 89.

¹⁸¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 89, n. 174.

161. Las Demandantes tenían una expectativa legítima de contar con un marco jurídico estable y de que Colombia respetaría sus derechos contractuales¹⁸². En cuanto a la primera, las Demandantes alegan que la estabilidad jurídica es un factor decisivo al momento de realizar una inversión extranjera¹⁸³. En opinión de las Demandantes, Colombia ha violado la expectativa legítima de las Demandantes mediante “[l]a aplicación errónea de Colombia de sus propias leyes para asistir a CGR en sus esfuerzos por mantener la jurisdicción sobre FPJVC”; “[l]a aplicación discriminatoria de Colombia de esas leyes a favor de ciudadanos colombianos”; “[l]a omisión de Colombia de proteger los derechos al debido proceso de las Demandantes”; “[l]a evaluación de Colombia de daños gravemente desproporcionados y determinados de forma irracional”; “[l]os cambios introducidos por Colombia en sus teorías de los daños durante el procedimiento de la CGR, sin brindarles a las Demandantes la oportunidad de abordarlas”; “[l]a aplicación retroactiva de parte de Colombia a las Demandantes de una ley que amplía la definición de ‘administrador fiscal’”, y “la omisión de Colombia de respetar y proteger los derechos contractuales de las Demandantes”¹⁸⁴.
162. En cuanto a la segunda expectativa, las Demandantes esperaban que se respetaran los compromisos contraídos por Colombia o su dependencia¹⁸⁵. En particular, las Demandantes esperaban que Colombia y Reficar, “un brazo del Estado colombiano”¹⁸⁶, respetaran sus derechos en virtud del Contrato de Servicios, en particular, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]¹⁸⁷.
Por lo tanto, las Demandantes afirman que su reclamación de TJE cumple efectivamente con el criterio *prima facie*¹⁸⁸ y las objeciones de la Demandada a la reclamación de TJE deben ser desestimadas¹⁸⁹.

¹⁸² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 56.

¹⁸³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 57.

¹⁸⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 59; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 70.

¹⁸⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 60-61.

¹⁸⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 61.

¹⁸⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 61.

¹⁸⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 63.

¹⁸⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 90.

- *Expropiación*

163. Al abordar la reclamación de expropiación, las Demandantes sostienen que su inversión en Colombia consiste en “la celebración de un Contrato [de Servicios] y cumpliendo con este, incluido el establecimiento de una presencia significativa en Colombia a través de la cual se proporcionaron esos servicios”¹⁹⁰. Las Demandantes alegan que la Demandada ha expropiado dos de sus derechos centrales en virtud del Contrato de Servicios, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] ¹⁹¹.

164. Las Demandantes sostienen que el APC Colombia-EE. UU. incluye la protección de la expropiación tanto directa como indirecta¹⁹² y que es posible expropiar derechos contractuales específicos¹⁹³. Las Demandantes recuerdan que otros tribunales han resuelto que “los derechos contractuales [...] pueden expropiarse [...] mediante una serie de actos soberanos concebidos ilegítimamente para dar por concluida la concesión”¹⁹⁴. En la presente controversia, la expropiación se llevó a cabo mediante “la imposición de un decreto ilícito” que les exigía a las Demandantes pagarle a la Demandada “muchas veces [...] los ingresos que percibían por llevar a cabo su trabajo, precisamente de acuerdo con el

¹⁹⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 64.

¹⁹¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 65; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 116.

¹⁹² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 66-68.

¹⁹³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 69; véanse *Caso relativo a determinados intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, Sentencia, 25 de agosto de 1925, ¶ 168, CL-104; *Phillips Petroleum Company Iran c. La República Islámica de Irán, The National Iranian Oil Company*, Caso IUSCT No. 39, Laudo No. 425-39-2, 29 de junio de 1989, ¶ 76, CL-105; *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el Fondo, 20 de mayo de 1992, ¶ 165, RL-168; véanse también *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, ¶ 7.5.4, CL-106; *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, ¶ 271, CL-107; *Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Decisión sobre Jurisdicción y Recomendación sobre Medidas Provisionales, 21 de marzo de 2007, CL-108, donde el tribunal afirmó que “[e]s ampliamente aceptado en el derecho internacional general que los derechos inmateriales pueden ser objeto de expropiación” [Traducción del Tribunal]; *European Media Ventures S.A. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Responsabilidad, 8 de julio de 2009, ¶¶ 64-65, CL-109.

¹⁹⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 70 (comillas internas omitidas); *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007, ¶ 271, CL-107.

Contrato”¹⁹⁵.

165. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], queda claro que esta alegación se basa en hechos que ocurrieron después de la Notificación de Arbitraje, lo que implica el reconocimiento por parte de Colombia de que este Tribunal puede considerar también hechos posteriores a la interposición de la reclamación¹⁹⁶. Por lo tanto, la reclamación de expropiación también cumple el criterio *prima facie*¹⁹⁷.

- *Trato Nacional*

166. En cuanto a la reclamación de trato nacional, las Demandantes sostienen que los integrantes de la junta directiva de Ecopetrol deberían haber estado sujetos al proceso de la CGR, ya que eran “administradores fiscales” de conformidad con el derecho colombiano¹⁹⁸, mientras que las Demandantes no encuadraban en la definición de “administrador fiscal” y, sin embargo, fueron imputadas por la CGR¹⁹⁹. Las Demandantes explican que esta decisión se basó en un sesgo en contra de los ciudadanos no colombianos y derivó en una violación del trato nacional y de las obligaciones de TJE en virtud del APC Colombia-EE. UU.²⁰⁰. Las Demandantes reafirman que, de conformidad con el Artículo 10.20.4(c) del APC Colombia-EE. UU., en esta etapa, el Tribunal “ha de asumir como ciertos” los hechos presentados por las Demandantes²⁰¹.

167. El argumento de la Demandada relativo al hecho de que tanto personas naturales como jurídicas de nacionalidad colombiana y extranjera fueron acusadas por la CGR no es

¹⁹⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 70; véase *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo, 30 de octubre de 2017, ¶ 7.49, CL-110.

¹⁹⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 115.

¹⁹⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 70; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 116.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 95.

¹⁹⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 95; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 92.

²⁰⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 95.

²⁰¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 96.

procedente, dado que ignora “la desestimación desigual con base en la nacionalidad”²⁰². Las Demandantes sostienen que Reficar era la propietaria del Proyecto y lo gestionaba, mientras que las Demandantes brindaban apoyo y recomendaciones, a solicitud de Reficar²⁰³. Por consiguiente, las dos entidades no se encontraban “en las mismas circunstancias”²⁰⁴. En cualquier caso, los argumentos de la Demandada no pueden constituir fundamento para dar por terminado el caso antes de avanzar a la fase de fondo²⁰⁵.

168. Según las Demandantes, la alegación de la Demandada de que, en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, las Demandantes recibieron un trato más favorable que los nacionales colombianos, porque la CGR no ha emitido ninguna medida cautelar contra las Demandantes, tampoco es relevante²⁰⁶. La CGR no emitió medidas cautelares en contra de las Demandantes tan solo porque no pudo identificar ningún activo²⁰⁷. De hecho, 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”²⁰⁸. Por consiguiente, el hecho de que la CGR no haya podido embargar ningún activo no equivale a un trato más favorable²⁰⁹.
169. El solo hecho de “que los colombianos que no eran responsables fiscales, pues se determinó que carecían de autoridad respecto de los gastos, fueron desvinculados [del Proceso de Responsabilidad Fiscal]; en tanto que los Demandantes, que no eran responsables fiscales, según la misma prueba, no lo fueron” es lo que constituye una violación del estándar de trato nacional en el presente caso²¹⁰. La jurisprudencia citada por la Demandada respalda el argumento de que “la discriminación basada en la nacionalidad no necesariamente debe

²⁰² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 97; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 94.

²⁰³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 94.

²⁰⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 94.

²⁰⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 98; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 91; véase también Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 95.

²⁰⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 97.

²⁰⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 97; Respuesta de la Demandada a la Solicitud de Medidas Provisionales Temporales de Emergencia de las Demandantes, 30 de septiembre de 2021, ¶ 33.

²⁰⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 98.

²⁰⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 98.

²¹⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 99.

ser *de derecho*, sino que también puede ser *de hecho*”²¹¹. Por lo tanto, las Demandantes han demostrado que ha existido un incumplimiento *prima facie* del estándar de trato nacional²¹².

- NMF

170. Al abordar la reclamación de NMF, las Demandantes observan, en primer lugar, que, si bien el APC Colombia-EE. UU. explica expresamente que el “trato” a efectos de la cláusula de NMF “no incluye mecanismos de solución de controversias” de otros tratados, no existe en el Tratado ninguna cláusula que excluya las disposiciones sustantivas²¹³. Por ende, las Demandantes argumentan que la cláusula de NMF incluida en el APC Colombia-EE. UU. permite la importación de derechos sustantivos receptados en otros tratados celebrados por Colombia²¹⁴. Esto resulta más evidente tras interpretar esta disposición según la presunción de que la exclusión expresa de importar un tipo de disposición “debe leerse como una inclusión” de otros tipos de disposiciones²¹⁵. Por ende, en tanto el APC Colombia-EE. UU. no excluyó expresamente la importación de disposiciones sustantivas de la cláusula de NMF, es posible importar tales disposiciones, y la objeción de la Demandada debe ser desestimada²¹⁶.
171. Las Demandantes también alegan que varios tribunales han permitido la importación de una cláusula paraguas de otro tratado²¹⁷. Asimismo, las Demandantes sostienen que los

²¹¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 100; *Ángel Samuel Seda y otros c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021, ¶ 50, RL-54; Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, pág. 152, RL-296; *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo Arbitral, 16 de diciembre de 2002, ¶¶ 166, 184, RL-102; *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de junio de 2018, ¶ 249, RL-111.

²¹² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 94.

²¹³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 72-73.

²¹⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 74-75; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 102.

²¹⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 76-79 (énfasis omitido).

²¹⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 80-81.

²¹⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 82; *Consutel Group S.P.A. in Liquidazione c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Definitivo, 3 de febrero de 2020, ¶¶ 358-359, RL-131; *EDF International S.A. SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo, 11 de junio de 2012, ¶ 933, CL-128; *Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldova*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, ¶ 396, CL-129; *MTD Equity Sdn.*

argumentos de la Demandada en el sentido de que una disposición como una cláusula paraguas no existe en virtud del APC Colombia-EE. UU. son erróneos; el APC Colombia-EE. UU. incluye una disposición similar a una cláusula paraguas en el Artículo 10.16.1(a)(i)(C)²¹⁸. Además, en opinión de las Demandantes, la importación de una cláusula paraguas no es contraria al orden público como argumenta la Demandada²¹⁹. Por el contrario, no perjudica el equilibrio negociado en el APC Colombia-EE. UU., ya que “logra exactamente el resultado que las partes deseaban al incorporar una cláusula de nación más favorecida en el TBI”²²⁰.

172. Las Demandantes sostienen que no es necesario un comparador *de hecho* del trato otorgado en circunstancias similares para establecer la protección de NMF²²¹. Según las Demandantes, “[e]l beneficiario de la cláusula de nación más favorecida, no obstante, no necesita mostrar que el Estado tercero (o sus ciudadanos) hayan invocado, en efecto, los beneficios del tratado con el tercero. La sola existencia del tratado con el tercero resulta suficiente”²²². Las Demandantes citan *ATA Construction c. Jordania*²²³, *Bayindir c. Pakistán*²²⁴ y *Rumeli c. Kazajstán*²²⁵ en sustento de su posición. Por el contrario, *Ickale c. Turkmenistán* y *Muhammet Cap c. Turkmenistán*, citados por la Demandada, son improcedentes e incongruentes con la jurisprudencia en la materia²²⁶, y la fundamentación

Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, ¶ 104, CL-125.

²¹⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 106.

²¹⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 85; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 108.

²²⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 85; *White Industries Australia Limited c. La República de India*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 30 de noviembre de 2011, ¶¶ 11.2.3-11.2.4, CL-209; véase Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 107.

²²¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 86-88.

²²² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 88; Cohen Smutny, Petr Poláček y 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), ¶ 23.20, CL-135.

²²³ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. El Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010, ¶ 125, n. 16, CL-134.

²²⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 230-232, CL-33; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, ¶ 153, CL-126.

²²⁵ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, ¶¶ 558, 575, CL-70.

²²⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 104-106.

de los dos tribunales ha sido calificada como “sumamente problemática”²²⁷. De manera similar, agregan las Demandantes, el argumento de la Demandada de que el TBI Colombia-Suiza no contiene un consentimiento para someter a arbitraje controversias relacionadas con violaciones de la cláusula paraguas también es improcedente, porque el consentimiento a arbitrar sigue teniendo su base en el APC Colombia-EE. UU., y no en el TBI Colombia-Suiza²²⁸.

173. Por último, las Demandantes sostienen que el TBI Colombia-Japón también contiene una cláusula paraguas que no excluye las violaciones de la cláusula paraguas del ámbito del consentimiento al arbitraje²²⁹. Por lo tanto, el TBI Colombia-Japón se erige como un fundamento alternativo sobre la base del cual las Demandantes tienen derecho a invocar la violación de una cláusula paraguas²³⁰.

(iii) *Incumplimiento Prima Facie de un Acuerdo de Inversión*

174. Las Demandantes señalan, en primer lugar, que el Contrato de Servicios se celebró entre un inversionista extranjero y Reficar, una “entidad estatal” conforme al derecho colombiano y una “autoridad nacional de una Parte” conforme al APC Colombia-EE. UU.²³¹. Las Demandantes también recuerdan que el Contrato de Servicios tiene el carácter de “Contrato Estatal” conforme al derecho colombiano y que se celebró con el objetivo de renovar infraestructura de Colombia²³². Las Demandantes argumentan que no solo el Contrato de Servicios es una inversión cubierta, sino que las Demandantes también invirtieron “una cantidad importante de tiempo, capital, personal y mano de obra en [el] territorio colombiano” apoyándose en el Contrato de Servicios, lo que lo convierte en un

²²⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 89; Stephan W. Schill, *MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath*, 111 Am. J. Int'l L. 914 (2017), pág. 930, CL-114.

²²⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 90; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 109; *Siemens A.G. c. La 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.

²²⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 91-92; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 109.

²³⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 93.

²³¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 104.

²³² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 104.

acuerdo de inversión²³³. Las reclamaciones y los daños de las Demandantes se relacionan con una inversión cubierta (tiempo, capital, personal, mano de obra) suministrada en razón de un acuerdo de inversión (es decir, del Contrato de Servicios)²³⁴.

175. Asimismo, las Demandantes rechazan el argumento de Colombia (basado principalmente en las definiciones del Anexo 9.1 del APC Colombia-EE. UU.) de que Reficar no es una “autoridad nacional”, ya que no es una “autoridad del nivel central de gobierno” conforme a la definición del Artículo 10.28. Sin embargo, afirman las Demandantes, este Anexo no hace referencia alguna al Capítulo Diez (Inversión), y el texto del Capítulo Nueve limita la aplicación del Anexo 9.1 a las “entidades contratantes”. Por lo tanto, según las Demandantes, el Anexo 9.1 “no consigna de qué manera una ‘autoridad nacional’ califica como tal conforme al Capítulo Diez”²³⁵.
176. Además, las Demandantes explican que “autoridad nacional” en el APC Colombia-EE. UU. se refiere a “una autoridad del nivel central de gobierno”, que el Tratado define, “en el caso de Colombia, [como] el nivel nacional de gobierno”²³⁶. Sobre este punto, las Demandantes explican que “Colombia, a través de su legislación interna, delegó a Ecopetrol y a su subsidiaria de propiedad absoluta, Reficar, la signataria del Contrato, ‘autoridad gubernamental’, que incluye la capacidad de ‘aprobar transacciones comerciales’”²³⁷. Asimismo, a través de Ecopetrol, Colombia es propietaria del 88 % de las acciones de Reficar, que de este modo está controlada mayoritariamente por el Estado²³⁸. Por lo tanto, las Demandantes sostienen que el Contrato de Servicios con Reficar debe atribuirse a Colombia²³⁹.
177. En cualquier caso, prosiguen las Demandantes, no corresponde analizar la compleja cuestión de la atribución en la etapa jurisdiccional del procedimiento; tal asunto se trata

²³³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 106; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 114.

²³⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 107.

²³⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 113.

²³⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 108.

²³⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 108.

²³⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 109.

²³⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 109.

mejor en la etapa de fondo²⁴⁰, salvo que exista una falta “manifiesta” de cualquier vínculo con los hechos en cuestión²⁴¹. Este umbral no se cumple en la presente controversia y, por ende, las Demandantes han establecido que, *prima facie*, el comportamiento de Reficar es atribuible a Colombia. En consecuencia, las Demandantes afirman que celebraron el Contrato de Servicios con una autoridad nacional de una Parte²⁴².

178. Por último, las Demandantes aclaran que “no solicitan al Tribunal determinar si Reficar incumplió el Contrato [de Servicios]”²⁴³. Más bien, las reclamaciones de las Demandantes se relacionan con las acciones de la CGR y, por consiguiente, de Colombia, las cuales constituyen incumplimientos del Contrato de Servicios por [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]²⁴⁴. Por lo tanto, las Demandantes han demostrado un incumplimiento *prima facie* de un acuerdo de inversión²⁴⁵.

(iv) *Pérdidas o Daños como Resultado de los Supuestos Incumplimientos*

179. Según las Demandantes, el argumento de la Demandada de que las pérdidas o los daños deben afectar a la inversión cubierta y no al inversionista se basa en una interpretación errónea del APC Colombia-EE. UU.²⁴⁶.

²⁴⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 111; véanse *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶ 144, RL-128; *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, ¶ 85, CL-172; Csaba Kovács, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer 2018), pág. 297, CL-148.

²⁴¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 111; véanse *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS y Rox Holding AS c. República de Letonia*, Caso CIADI No. ARB/16/38, Laudo, 28 de febrero de 2020, ¶ 303, CL-149; *Consutel Group S.P.A. in Liquidazione c. República Argelina Democrática y Popular*, Caso CPA No. 2017-33, Laudo Definitivo, 3 de febrero de 2020, ¶ 316, RL-131; *Noble Energy, Inc. y Machalapower Cia. Ltda. c. La República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008, ¶ 166, CL-150.

²⁴² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 111-112.

²⁴³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 114. [REDACTED]

²⁴⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 114; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 114.

²⁴⁵ Véase Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 115.

²⁴⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 116-117. Véanse también ¶¶ 154-162 *supra* donde se incorporan los argumentos de las Demandantes en relación con el incumplimiento del TJE.

180. Como señalaran previamente las Demandantes, su inversión cubierta consiste no solo en el Contrato de Servicios, sino también en activos adicionales que han sido desplegados en Colombia “para ejecutar el proyecto según las indicaciones de Reficar”²⁴⁷. Las Demandantes también se oponen a la alegación de la Demandada de que no se puede incurrir en pérdidas o daños hasta que las Demandantes realicen el pago exigido por la Decisión de la CGR²⁴⁸. Las Demandantes afirman que ya han sufrido daños a su reputación por haber sido nombradas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y afrontado “importantes erogaciones en concepto de honorarios por asesoramiento jurídico para su defensa en ese procedimiento”²⁴⁹. Además, en opinión de las Demandantes, el “principio básico de reparación total por daños y perjuicios [...] sería imposible si solo se tuvieran en cuenta los daños incurridos al comienzo del arbitraje y no se reconocieran o consideraran los daños en curso o ulteriores que son típicos de casi todos los arbitrajes entre un inversor y un Estado”. Según las Demandantes, “la prueba de los daños no constituye un requisito previo para establecer la existencia de un reclamo en un arbitraje del CIADI”²⁵⁰.
181. En cuanto a los honorarios de los abogados, las Demandantes sostienen que la invocación por parte de la Demandada del derecho colombiano en este punto carece de fundamento. A efectos del APC Colombia-EE. UU., los daños y perjuicios se determinan conforme al derecho internacional. En virtud del derecho internacional, “los honorarios de abogados incurridos a raíz de procesos por violaciones a obligaciones de tratados constituyen una base apropiada para el cálculo de daños y perjuicios”²⁵¹.
182. Las Demandantes también argumentan que no están obligadas a demostrar sus daños y perjuicios morales, ya que esto es una cuestión para una etapa posterior del procedimiento²⁵². Las alegaciones de las Demandantes deben ser tomadas como ciertas por el Tribunal, y la Demandada no ha proporcionado sustento legal para que se desestimen los argumentos de las Demandantes de que han sufrido daños en su reputación debido a las

²⁴⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 119.

²⁴⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 121.

²⁴⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 121; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 117.

²⁵⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 24-25.

²⁵¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 124.

²⁵² Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 125.

falsas declaraciones de la CGR acusándolas de fraude y corrupción²⁵³. La Demandada tiene la carga de probar esta alegación y no lo ha logrado²⁵⁴.

183. En *Mobil Investments c. Canadá*, el tribunal afirmó que “[una] orden de pago puede ser suficiente” para establecer un daño que pueda compensarse²⁵⁵. Dicho tribunal también afirmó que gozaba de jurisdicción para compensar “los daños y perjuicios acumulados tras la Notificación de Arbitraje durante el curso del procedimiento [...]”²⁵⁶. Contrariamente a lo que sostiene la Demandada, el caso *Mobil Investments c. Canadá* es pertinente para el presente caso, ya que aquí también “[l]os daños y perjuicios de los Demandantes comenzaron durante el transcurso del proceso de la CGR y continuaron hasta hoy”²⁵⁷.
184. Por lo tanto, las Demandantes han establecido que ya han sufrido pérdidas y daños como resultado de las acciones de Colombia “que continúan acumulándose”²⁵⁸. Además, es posible que este Tribunal considere no solo los incumplimientos ocurridos a partir del día de la Notificación de Arbitraje, sino también aquellos que han surgido en el transcurso de este procedimiento²⁵⁹. Por último, el Tribunal puede dictar “un laudo ordenando que se realice un pago compensatorio por todo activo secuestrado por Colombia”²⁶⁰.

(2) Las Reclamaciones de las Demandantes No se Encuentran Incluidas Dentro de las Facultades del Tribunal Conforme al Artículo 10.26 del Tratado

a. Posición de la Demandada

185. La Demandada argumenta que el Tribunal no se encuentra facultado conforme al Artículo 10.26 del APC Colombia-EE. UU. para otorgar la reparación que solicitan las

²⁵³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 125.

²⁵⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 126.

²⁵⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 122; *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012, ¶ 428, CL-151. Las Demandantes agregan que el tribunal en *Mobil Investments c. Canadá* se basó en el caso *Grand River*.

²⁵⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 122; *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012, ¶ 430, CL-151.

²⁵⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 118-121.

²⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 123.

²⁵⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 123.

²⁶⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 130.

Demandantes. En particular, Colombia alega que (i) el Tribunal no puede otorgar daños morales; (ii) el Tribunal no puede otorgar órdenes no pecuniarias o *injuncti*ons; y (iii) el Tribunal no puede otorgar un laudo compensatorio (“*offsetting award*”) ²⁶¹.

186. En primer lugar, de conformidad con el Artículo 10.26 del APC Colombia-EE. UU., el Tribunal se encuentra facultado para otorgar “daños pecuniarios” (“*monetary damages*”) y tiene expresamente prohibido otorgar “daños que tengan carácter punitivo” ²⁶². La Demandada argumenta que los daños morales son considerados “daños no pecuniarios” en virtud del derecho internacional ²⁶³, y cita los casos *Daillo* ²⁶⁴ y *Cantoral Benavides c. Perú* ²⁶⁵, *inter alia*, en sustento de esta posición ²⁶⁶. Por ende, la Demandada afirma que el Tribunal no puede otorgar a las Demandantes daños morales ²⁶⁷, sea que se consideren daños “no pecuniarios” o “punitivos” ²⁶⁸. El principio de reparación plena no puede dejar sin efecto el lenguaje expreso del APC Colombia-EE. UU. ²⁶⁹.

187. En segundo lugar, el Artículo 10.26 del APC Colombia-EE. UU. permite al Tribunal otorgar “únicamente daños pecuniarios o disponer la restitución de la propiedad” ²⁷⁰. Por lo tanto, el Tribunal no puede admitir la solicitud de las Demandantes de que el Tribunal emita una orden que prohíba a la CGR u otro órgano de Colombia embargar cualquier activo de los Demandantes ²⁷¹.

188. En tercer lugar, la Demandada recuerda que las Demandantes aún no han sufrido ningún

²⁶¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 262; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 216.

²⁶² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 264; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 217, 219.

²⁶³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 265.

²⁶⁴ *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia – Indemnización debida por la República del Congo a la República de Guinea, I.C.J. REPORTS 324, 19 de junio de 2012, ¶¶ 24-25, RL-144.

²⁶⁵ *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas), ¶ 53, RL-148.

²⁶⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 265-266.

²⁶⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 268.

²⁶⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 220.

²⁶⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 223.

²⁷⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 269 (énfasis y cita interna omitidos); Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 226.

²⁷¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 269; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 226.

daño cierto que pueda ser compensado (*offset*) por el Tribunal²⁷². El APC Colombia-EE. UU. exige que se haya incurrido en daños o pérdidas como requisito para que se pueda someter a arbitraje una reclamación válida²⁷³. Colombia sostiene que será solo luego de que las Demandantes efectúen el pago ya sea en forma voluntaria o compulsiva del monto de la Decisión de la CGR que, en principio, se configuraría un daño pecuniario cierto susceptible de ser reparado por el Tribunal en virtud del Artículo 10.26 del Tratado²⁷⁴.

189. Por último, la Demandada recuerda que la Decisión de la CGR “establece la responsabilidad solidaria” de las Demandantes, así como de los demás responsables fiscales, por lo que no está claro si las Demandantes deberán realizar el pago total o parcial del monto de la Decisión de la CGR²⁷⁵. La referencia de las Demandantes a *Glencore c. Colombia* es improcedente, dado que, en ese caso, la demandante había pagado de conformidad con el fallo con responsabilidad fiscal²⁷⁶.
190. Por último, la Demandada señala que las Demandantes también solicitan un laudo declarativo, “mediante el cual se le ordene al Demandado compensar cualquier daño futuro que [...] pudiesen sufrir los Demandantes frente a cualquier pago que eventualmente tuvieran que realizar [...], para satisfacer todo o parte del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal”. Según la Demandada, el Tribunal tampoco puede otorgar ese tipo de reparación, ya que el APC Colombia-EE. UU. solo le permite al Tribunal otorgar daños pecuniarios²⁷⁷. Por lo tanto, el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar el laudo compensatorio (*offsetting award*) que las Demandantes reclaman²⁷⁸.

b. Posición de las Demandantes

191. Las Demandantes alegan que, contrariamente a lo que sostiene la Demandada, los daños morales no están comprendidos en la categoría de daños punitivos²⁷⁹ y que ninguna de las

²⁷² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 272; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 229.

²⁷³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 273.

²⁷⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 276; véase Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 231.

²⁷⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 231 (énfasis omitido).

²⁷⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 233.

²⁷⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 234.

²⁷⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 278; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 236.

²⁷⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 125; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 127.

autoridades de la Demandada sugiere lo contrario²⁸⁰. Los daños morales son indemnizatorios y pecuniarios, por lo que este Tribunal está facultado para concederlos²⁸¹. Las Demandantes están de acuerdo en que el otorgamiento de daños punitivos no está reconocido en el derecho internacional y en que la indemnización debe tener carácter reparador²⁸². Sin embargo, sostienen que los daños morales no revisten carácter punitivo²⁸³. Por el contrario, argumentan las Demandantes, los daños morales tienen “carácter indemnizatorio y monetario y, por lo tanto, está[n] absolutamente permitido[s] por el APC [Colombia-EE. UU.]”²⁸⁴. Asimismo, “el principio de reparación integral no podría lograrse sin el reconocimiento del daño moral”²⁸⁵.

192. Además, la alegación de la Demandada de que este Tribunal no puede otorgar un laudo compensatorio no está respaldada por la jurisprudencia²⁸⁶. La CGR ha emitido una decisión definitiva y está “está tratando activamente de cobrar ese monto”²⁸⁷. No existe nada que sea “meramente hipotético” o “indeterminado” sobre los daños sufridos por las Demandantes²⁸⁸. Las Demandantes señalan que Colombia ha cuantificado el monto de bienes o dinero que pretende tomar de las Demandantes, y sería “perverso” permitir a las Demandantes presentar una reclamación recién una vez que la Demandada las haya llevado a la quiebra²⁸⁹. En consecuencia, “[u]n laudo compensatorio por cualquier monto efectivamente cobrado constituye una reparación adecuada”²⁹⁰.

(3) Análisis del Tribunal

193. Los diversos aspectos asociados a los argumentos esgrimidos por las Demandantes y la

²⁸⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 127.

²⁸¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 125 y 128; véase *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/17, Laudo, 6 de febrero de 2008, ¶ 290, CL-156.

²⁸² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 127.

²⁸³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 128.

²⁸⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 128.

²⁸⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 129.

²⁸⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 130; *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019, ¶¶ 1473-1505, 1683, 1687, CL-5.

²⁸⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 130.

²⁸⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 132.

²⁸⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 132.

²⁹⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 130.

Demandada requieren que el Tribunal de Arbitraje los analice en conjunto de conformidad con el Tratado y en la medida en que estén entrelazados.

194. De conformidad con el Artículo 10.20.4 del APC, el Tribunal de Arbitraje conocerá y decidirá como una cuestión preliminar cualquier objeción de la Demandada de que, como cuestión de derecho, la reclamación sometida no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo favorable para las Demandantes de acuerdo con el Artículo 10.26 del APC.
195. El Artículo 10.20.4 del APC lleva al Tribunal de Arbitraje a analizar la reclamación planteada por las Demandantes a la luz de lo dispuesto en el Artículo 10.16 del APC. Esa disposición contiene los requisitos que deben cumplirse para que una reclamación pueda calificar como una reclamación respecto de la cual se puede dictar un laudo de conformidad con el Artículo 10.26 del APC.
196. Como paso inicial, el Artículo 10.15 del APC establece que, “[e]n caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes”.
197. En el presente caso, se informó al Tribunal que los esfuerzos de las Partes fueron infructuosos. La Demandante se mostró insatisfecha por la imposibilidad de arribar a una solución negociada y decidió seguir adelante de conformidad con las normas previstas en el APC.
198. Las Demandantes alegan en su Solicitud de Arbitraje que la Demandada, mediante sus organismos y/u otras autoridades de alto nivel —la CGR— al llevar a cabo la investigación en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal, ha avasallado los derechos de las Demandantes y violado disposiciones fundamentales del APC, del derecho internacional consuetudinario y del derecho colombiano, lo que da lugar a daños morales y pecuniarios para las Demandantes.
199. Tal como ha sido detallado anteriormente, las reclamaciones de las Demandantes en este caso se basan en el Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la CGR en Colombia

contra Foster Wheeler y Process Consultants entre otras personas naturales y jurídicas, tanto colombianas como extranjeras. Según la Demandante:

- (i) “El reclamo de trato nacional se basa en la negativa de la CGR a aplicarle a las Demandantes la misma norma legal que aplicó a los miembros colombianos de la junta directiva de Ecopetrol, situados en lugares similares, quienes fueron relevados de los procedimientos de la CGR a pesar de que, a diferencia de FPJVC, tenían efectivamente autoridad para tomar decisiones”.
- (ii) “La expropiación de las protecciones fundamentales de las Demandantes en el Contrato tuvo lugar cuando la CGR les quitó esos derechos al forzar la inclusión de FPJVC en los procedimientos, sin que mediaren fundamentos legales o fácticos legítimos”.
- (iii) “El reclamo de trato justo y equitativo se origina en los actos de la CGR que fueron contrarios a los derechos del debido proceso de las Demandantes, así como al incumplimiento de las expectativas legítimas de las Demandantes, como por ejemplo, que sus derechos contractuales se respetarían y que recibirían un trato justo de parte de las entidades gubernamentales colombianas como la CGR, de conformidad con el derecho colombiano y las disposiciones del Acuerdo de Promoción Comercial, entre otros actos y omisiones. Asimismo, el reclamo de trato justo y equitativo de las Demandantes se origina en la denegación de justicia que sufrieron las Demandantes, derivada, entre otros actos y omisiones, de las numerosas violaciones al debido proceso que abundaron en todos los procedimientos de la CGR”.
- (iv) “Los reclamos de la cláusula paraguas y del Acuerdo de Inversión de las Demandantes ocurrieron con los actos iniciales de la CGR respecto de privar a FPJVC de sus derechos contractuales al dar inicio a los procedimientos”²⁹¹.

200. Sobre la base de lo anterior, las Demandantes sostienen que no se requiere nada más que lo expuesto en la Solicitud de Arbitraje para que sus reclamaciones estén suficientemente “maduras” y que los acontecimientos más recientes en relación con el Proceso de

²⁹¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 13.

Responsabilidad Fiscal no han hecho sino exacerbar las violaciones del derecho cometidas por Colombia.

201. Colombia, sin embargo, argumenta que, conforme al Artículo 10.16.1 del APC, el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje requiere que se haya incumplido una obligación sustantiva en virtud del Tratado a la fecha del sometimiento. En el momento en que las Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje, las Demandantes no habían identificado ninguna medida adoptada en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que pudiera constituir tal incumplimiento, puesto que, en ese momento, solo se había emitido el Auto de Imputación, que es un acto administrativo de trámite que no definía ninguna situación jurídica.
202. Según la Demandada, a pesar del hecho de que la CGR dictó el Fallo con Responsabilidad Fiscal el 6 de julio de 2021, meses después del inicio del presente arbitraje, la reclamación de las Demandantes sigue siendo prematura, ya que cualquier acto administrativo que esté sujeto a control judicial posterior no puede constituir un incumplimiento en virtud del Tratado.
203. El Artículo 10.16.1(a) del APC dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:
 1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:
 - (a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue
 - (i) que el demandado ha violado
 - (A) una obligación de conformidad con la Sección A,
 - (B) una autorización de inversión, o
 - (C) un acuerdo de inversión;

(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta; [...].

204. Por lo tanto, para que una reclamación sea admisible, a la fecha de su sometimiento debe haber existido una medida capaz de constituir una violación del Tratado. Así pues, el Tribunal de Arbitraje analizará si, al día del sometimiento de la presente Solicitud de Arbitraje, existía una medida susceptible de constituir una violación del Tratado.
205. Incluso si las pruebas asociadas a las reclamaciones pueden, en ciertos casos, estar disponibles solo después de la presentación de la correspondiente solicitud de arbitraje, ello no se considerará un cheque en blanco que permita a un demandante introducir documentos periódicamente a lo largo del arbitraje. Asimismo, la presentación de pruebas luego del momento procesal inicial también está sujeta a un estándar de prueba elevado en cuanto al momento en que las pruebas se tornaron disponibles.
206. Esta posibilidad está limitada por el debido proceso legal y el derecho de defensa del demandado, los cuales deben preservarse en todo momento. En síntesis, aunque la prueba sea fundamental para la admisibilidad de la reclamación y se haya obtenido recién después de la presentación de aquella, su introducción podría no considerarse al momento de determinar el cumplimiento de los prerequisites previstos en el Tratado.
207. *En primer lugar*, el Tribunal de Arbitraje observa que no hay disputa entre las Partes respecto de que, al momento de iniciarse el arbitraje, solo se había emitido el Auto de Imputación y aún estaba pendiente una decisión administrativa definitiva.
208. *En segundo lugar*, el Tribunal acepta que, cuando la Sala Fiscal desestimó formalmente el recurso de apelación de FPJVC el 6 de julio de 2021 y confirmó el Fallo con Responsabilidad Fiscal en su totalidad, las Demandantes habían agotado sus recursos administrativos.
209. No obstante, el Fallo con Responsabilidad Fiscal sigue estando sujeto al control judicial posterior de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

210. El Tribunal toma nota del argumento de las Demandantes de que el Fallo con Responsabilidad Fiscal es el resultado de un procedimiento contencioso administrativo que se encuentra dentro del ámbito del Artículo 10.5.2(a) del Tratado, lo que permite una reclamación de denegación de justicia. Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje entiende que el procedimiento contencioso administrativo al que se refiere el Artículo 10.5.2(a) es un proceso judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y no un proceso administrativo como el Proceso de Responsabilidad Fiscal.
211. El recurso a la expresión utilizada en la versión en español del Tratado ayuda a confirmar tal entendimiento en la medida en que “*procedimiento contencioso administrativo*” significa inequívocamente un proceso iniciado ante un tribunal nacional.
212. A mayor abundamiento, el Artículo 10.5.2(a) dispone expresamente que “‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”. Del texto de este artículo se desprende claramente que la obligación de no denegar justicia comprende a todos los procedimientos criminales, civiles y contencioso administrativos.
213. Así lo confirma el análisis de otras disposiciones del Capítulo Diez del Tratado. Cuando el Tratado se refiere específicamente a procedimientos puramente administrativos, por oposición a procesos judiciales, alude a “procedimientos administrativos”²⁹² y a “proceso administrativo”²⁹³. El único caso en el que se utiliza la expresión “procedimientos contencioso administrativos” es en el Artículo 10.5.2(a) que, cuando se interpreta en conjunto con “criminales, civiles o”, debe aludir a procesos judiciales.

²⁹² Artículo 10.8.4(e) del Tratado, CL-1, RL-1: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 al 3, una Parte podrá impedir la realización de una transferencia por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas a: [...] (e) garantizar el cumplimiento de sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales o administrativos”.

²⁹³ Artículo 10.9.3(b)(ii) del Tratado, CL-1, RL-1: “[...] El párrafo 1(f) no se aplica: [...] cuando el requisito sea impuesto o el compromiso u obligación sea ordenado por un tribunal judicial o administrativo o una autoridad de competencia, para remediar una práctica que ha sido determinada después de un proceso judicial o administrativo como anticompetitiva conforme a las leyes de competencia de una Parte”.

214. Por ende, la obligación de no denegar justicia establecida en el Tratado se limita a los procesos de naturaleza judicial ante los tribunales nacionales y no comprende a los procedimientos puramente administrativos.
215. En el presente caso, teniendo en cuenta que el poder judicial aún no ha intervenido, no puede considerarse que se haya podido producir una denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario. Como decidió el tribunal en *Flughafen c. Venezuela*, “[n]o puede existir responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia si existe un remedio interno efectivo contra la decisión interna que es atacada”²⁹⁴.
216. Incluso si se pudiera argumentar que acontecimientos posteriores podrían hacer madurar una reclamación tras el inicio del arbitraje, en el presente caso, no existe ninguna decisión definitiva ante la jurisdicción contencioso administrativa. Teniendo en cuenta que el Fallo con Responsabilidad Fiscal podría ser revocado tras una revisión judicial, no puede constituir una denegación de justicia ni un incumplimiento de ninguna de las demás obligaciones sustantivas del Tratado alegados por las Demandantes.
217. *En tercer lugar*, como se señala en la Comunicación de PNC, con la que coincide el Tribunal, “[e]stá bien establecido que la responsabilidad internacional de los Estados no puede invocarse con respecto a actos judiciales no definitivos, a menos que el recurso a otros recursos internos sea obviamente inútil o manifiestamente ineficaz”.²⁹⁵ Sin embargo, las Demandantes no han aportado ninguna prueba en sustento de sus alegaciones de que sería obviamente inútil o manifiestamente ineficaz solicitar una revisión adicional del Fallo con Responsabilidad Fiscal. Por otro lado, la Demandada ha proporcionado al Tribunal varios ejemplos de fallos con responsabilidad fiscal dictados por la Contraloría Delegada

²⁹⁴ *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, ¶ 392, RL-83.

²⁹⁵ Presentación de PNC, ¶ 5 [Traducción del Tribunal].

que han sido dejados sin efecto o revocados, total o parcialmente, tras la interposición de recursos judiciales²⁹⁶.

218. *Por último*, la denegación de justicia, cuando se alega, tiene que ir acompañada de pruebas contundentes. La existencia de recursos de apelación o mecanismos de revisión tiene un efecto temporal. Una decisión de nivel inferior adoptada por un organismo de conformidad con las normas de procedimiento aplicables no puede considerarse una denegación de justicia, en tanto el recurso a una autoridad de nivel superior puede dar lugar a la revisión o anulación de la decisión. Las Demandantes tienen la posibilidad de interponer un recurso de apelación en la medida en que el debido proceso lo permita y como es coherente con el alcance del trato justo y equitativo esbozado en el Artículo 10.5.2(a) del APC.
219. Por lo tanto, la ausencia de una medida susceptible de constituir un incumplimiento de una obligación sustantiva en virtud del APC por parte de la Demandada en el momento en que se inició el arbitraje torna la reclamación de las Demandantes prematura e inadmisibile.
220. El hecho de que el Fallo con Responsabilidad Fiscal emitido por la CGR no sea un procedimiento contencioso administrativo tal como prevé el APC y contemple determinados recursos o defensas a nivel judicial administrativo es fatal para la admisibilidad de las reclamaciones de las Demandantes. A efectos del Tratado, un acto administrativo de la CGR no autoriza a una parte a iniciar un arbitraje basándose en el argumento de denegación de justicia susceptible de violar la obligación de TJE por parte de la Demandada. De la información facilitada por las Partes al Tribunal de Arbitraje se desprende que las Demandantes no han adoptado ninguna medida para iniciar un proceso judicial de impugnación del Fallo con Responsabilidad Fiscal.

²⁹⁶ Véanse, por ejemplo, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 20 de noviembre de 2014 (*Condor S.A. Compañía de Seguros c. Contraloría de Bogotá D.C.*), págs. 11-12, 33, RL-87; Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 22 de octubre de 2015 (*Marta Inés Martínez Arias c. Municipio de Armenia-Contraloría Municipal de Armenia*), págs. 9-10; 22-23, RL-88; Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta – Descongestión, Sentencia, 5 de julio de 2018 (*Ezequiel Paladines Cuellar c. Contraloría Departamental del Atlántico*), págs. 27-28, RL-89; Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 12 de noviembre de 2020 (*Ana María Piñeros Ricardo c. Contraloría General de la República*), págs. 108-109, RL-90; Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia, 18 de febrero de 2021 (*Aseguradora Colseguros S.A. c. Contraloría General de la República*), págs. 36-37, RL-91.

221. El Tribunal retoma el análisis con respecto al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje y la inexistencia en ese momento de un acto administrativo firme. El Tribunal reitera que el acto administrativo firme debía existir al momento de la presentación de la Solicitud de Arbitraje, lo cual no fue así.
222. A la luz de las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que las Demandantes no cumplieron con el primer prerequisite para la admisión de sus reclamaciones en virtud del Tratado en la medida en que no existe prueba alguna de ninguna violación de una disposición del APC en el momento en que se presentó la Solicitud de Arbitraje. Por consiguiente, el Tribunal acepta la objeción preliminar formulada por la Demandada y, además, resuelve que las reclamaciones de las Demandantes no pueden ser admitidas, lo que da por terminado el arbitraje.
223. Por lo tanto, el Tribunal no necesita analizar si existía pérdida o daño al momento en que la reclamación fue sometida a arbitraje.
224. Finalmente, a la luz de la conclusión anterior, el Tribunal no necesita analizar sus facultades en virtud del Artículo 10.26 del Tratado para otorgar la reparación solicitada por los Demandantes.

B. OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN

(1) Las Demandantes No Tienen Una Inversión Protegida en Virtud del Tratado y del Convenio del CIADI

a. Posición de la Demandada

225. En primer lugar, Colombia argumenta que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae*, porque las Demandantes no poseen una “inversión” conforme al Artículo 10.28 del APC Colombia-EE.UU. Este Artículo exige que la “inversión” tenga ciertas características como, por ejemplo, la asunción de riesgo²⁹⁷. El Artículo 10.28(e) establece “contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares” entre las formas que puede

²⁹⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 281-282; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 244; véase Artículo 10.28 del APC Colombia-EE. UU., RL-1.

adoptar una inversión. Colombia argumenta que las Demandantes no tienen un contrato de gestión o de construcción, sino “simplemente un contrato de prestación de servicios de consultoría”²⁹⁸, y agrega que “[l]a doctrina concuerda en que el numeral (e) [...] excluye los contratos comerciales ordinarios que no presentan las características de una inversión”²⁹⁹.

226. Además, la asunción de riesgo es un requisito obligatorio que debe cumplir toda inversión de conformidad con el Artículo 10.28 del APC Colombia-EE. UU.³⁰⁰. La existencia de un “riesgo de inversión” es un “elemento fundamental del concepto de ‘inversión’ tanto bajo el Tratado como bajo el Convenio del CIADI”. El “riesgo de inversión” debe distinguirse de los riesgos genéricos que son propios de toda actividad económica y de los “riesgos comerciales”, que son inherentes a cualquier contrato y representan el riesgo de incumplimiento de obligaciones contractuales. La Demandada recuerda que el “riesgo de inversión” se distinguió del “riesgo comercial” en *Romak c. Uzbekistán y Poštová banka e Istrokapital c. Grecia*, entre otros casos. Contrariamente a lo alegado por las Demandantes, en todos los casos que cita la Demandada “se destaca la necesidad de que exista un riesgo de inversión para que exista una ‘inversión’ protegida”³⁰¹.
227. Colombia también sostiene que, para que el Tribunal tenga jurisdicción respecto de la controversia, “el activo de propiedad de los demandantes [...] también debe ser considerado objetivamente como una ‘inversión’ en los términos del Convenio CIADI”³⁰². El “*test Salini*” establece “una noción objetiva de lo que constituye una ‘inversión’ bajo el Convenio CIADI, y uno de los elementos esenciales de esa noción es la existencia de un

²⁹⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 241 (énfasis omitido).

²⁹⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 283; véase Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 241-243; véanse, por ejemplo, Lee M. Caplan y Jeremy K. Sharpe, Estados Unidos, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 755 (C. Brown (ed.) Oxford University Press 2013), n. 53, RL-37; Kenneth J. Vandavelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (Oxford University Press 2009), pág. 123, RL-121.

³⁰⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 244.

³⁰¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 248, 286.

³⁰² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 285; véase *Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011, ¶ 107, RL-186.

riesgo de inversión”³⁰³. El hecho de que una inversión califique como tal en virtud de un tratado no significa que también califique como inversión en virtud del Convenio del CIADI³⁰⁴. Este enfoque “doble” (*double-keyhole approach*) resulta aplicable en todos los arbitrajes del CIADI³⁰⁵.

228. Colombia recuerda que la “inversión” que reclaman las Demandantes es el Contrato de Servicios, porque “todas las demás ‘actividades’ y recursos descritos por los Demandantes sencillamente corresponden a la ejecución de sus obligaciones contractuales” conforme a dicho Contrato³⁰⁶. Sin embargo, el Contrato de Servicios no es más que un contrato comercial y no implica ningún “riesgo de inversión”³⁰⁷. [REDACTED]

[REDACTED]³⁰⁸. Si bien los hechos alegados podrían indicar “cierta contribución de recursos y una cierta duración”, no demuestran la asunción o existencia de un riesgo de inversión³⁰⁹.

229. Por lo tanto, el Contrato de Servicios no implica ningún “riesgo de inversión”³¹⁰. La remuneración periódica garantizaba que las Demandantes “nunca estuviera[n] en riesgo de perder los recursos humanos, financieros y técnicos que destinaba[n] a la ejecución del Contrato de Servicios y que no tuviera[n] incertidumbre alguna acerca de que obtendría[n]

³⁰³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 285; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 249; véanse *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, ¶ 52, RL-189; *Ulysseas, Inc. c. La República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012, ¶ 251, RL-190; *Electrabel S.A. c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012, ¶ 5.43, RL-100; *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012, ¶ 227, RL-191.

³⁰⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 249; Christoph Schreuer *et al.*, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2.^a ed., Cambridge University Press 2009), Artículo 25, ¶ 122, RL-187.

³⁰⁵ *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, 2 de julio de 2018, ¶ 243, CL-168; *Mytilineos Holdings SA c. La Unión Estatal de Serbia y Montenegro y República de Serbia*, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, ¶ 112, CL-184.

³⁰⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 292.

³⁰⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 293.

³⁰⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 293.

³⁰⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 253.

³¹⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 294.

una utilidad”³¹¹. El hecho de que los servicios de consultoría prestados por las Demandantes estuviesen relacionados con la construcción de una refinería no modifica la naturaleza del Contrato de Servicios, que no es otra que precisamente un contrato comercial ordinario de prestación de servicios³¹².

b. Posición de las Demandantes

230. Las Demandantes sostienen que el Artículo 10.28 del APC Colombia-EE. UU. refleja una formulación estándar de la definición del término “inversión”³¹³. Entre la lista no exhaustiva de ejemplos de inversión se encuentran los contratos “de construcción, de gestión [...] y otros contratos similares”³¹⁴. “Por lo tanto, los términos del Contrato [de Servicios] cumplen con la definición de inversión de conformidad con el [APC Colombia-EE. UU.]”³¹⁵. Las Demandantes agregan que el APC Colombia-EE. UU. “defin[e] ‘inversión’ de una manera que abarca cómodamente las llamadas transacciones comerciales ordinarias”³¹⁶.
231. Las Demandantes recuerdan que el Artículo 10.28 del APC Colombia-EE. UU. establece que la inversión debe tener “las características de una inversión, incluyendo [...] el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo”³¹⁷. No obstante, las Demandantes asumieron un riesgo³¹⁸ y esto está respaldado tanto por la decisión en *Salini c. Marruecos*³¹⁹ como por otros tribunales que determinaron que “incluso la mera existencia de una disputa constituye evidencia

³¹¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 294; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 253.

³¹² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 297; véase Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 247.

³¹³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 136; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge 2010), ¶ 142, RL-187; véase *Fedax N.V. c. La República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997, ¶ 34, CL-161.

³¹⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 137.

³¹⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 137; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 137.

³¹⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 138 (comillas internas omitidas).

³¹⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 139 (comillas internas omitidas) (énfasis agregado).

³¹⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 143.

³¹⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 143; *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de julio de 2001, ¶¶ 55-56, CL-226; véase también *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG, Hamburgo (Alemania) c. La República Checa*, Caso CPA No. 2017-15, Laudo Definitivo, 11 de mayo de 2020, ¶ 475, CL-227.

suficiente de riesgo”³²⁰. Además, es indiscutible que las Demandantes habían destinado capital y otros recursos con la expectativa de obtener una ganancia. Concluyen que “está claro que el [APC Colombia-EE. UU.] no exige una asunción de riesgo”³²¹.

232. Sobre la base de *Garanti Koza c. Turkmenistán*³²², las Demandantes argumentan que, en la medida en que la definición de inversión conforme al tratado pertinente no exceda lo permitido por el Convenio del CIADI, la inversión que se ajuste a la definición en virtud del tratado “también será una inversión a los efectos del Artículo 25 del Convenio CIADI”³²³. Según las Demandantes, en esta controversia no se ha demostrado que la definición de inversión en el APC Colombia-EE. UU. exceda el alcance de lo permitido por el Convenio del CIADI. Por lo tanto, concluyen las Demandantes, el análisis sobre si las Demandantes han realizado una inversión calificada puede llegar a su fin si se cumplen los criterios de la definición del APC Colombia-EE. UU.³²⁴.
233. Las Demandantes sostienen además que, si el Tribunal adoptara el enfoque “doble” (*double-keyhole approach*), también cumplirían con la definición de inversión del Convenio del CIADI tal como ha sido desarrollada por los tribunales de inversión³²⁵. En primer lugar, las Demandantes señalan que el Convenio del CIADI no incluye una definición del término “inversión”³²⁶ y que los tribunales han analizado la existencia de una inversión mediante la aplicación de una serie de criterios como la contribución, una cierta duración y un elemento de riesgo³²⁷. Las Demandantes señalan que, como ha aclarado el Prof. Schreuer: “[e]stas características no deberían necesariamente considerarse

³²⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 143; *Deutsche Bank AG c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo, 31 de octubre de 2012, ¶ 301, CL-228; *Fedax N.V. c. La República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997, ¶ 40, CL-161.

³²¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 139.

³²² *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016, ¶¶ 238-242, CL-165.

³²³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 140.

³²⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 140.

³²⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 141.

³²⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 142.

³²⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 143; véanse *Mabco Constructions SA c. República de Kosovo*, Caso CIADI No. ARB/17/25, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de octubre de 2020, ¶ 96, CL-167; *Krederi Ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, 2 de julio de 2018, ¶ 237, CL-168.

como requisitos jurídicos sino simplemente como características típicas de las inversiones según el Convenio”³²⁸.

234. Ninguno de los casos que cita la Demandada es pertinente porque ninguno de ellos es análogo a la inversión del Contrato de Servicios³²⁹. El Contrato de Servicios era, al momento de su firma, un “contrato de gestión o construcción”³³⁰. El hecho de que Reficar modificara posteriormente el alcance del trabajo de las Demandantes no cambia el hecho de que, cuando se celebró, el Contrato de Servicios calificaba como una inversión³³¹. Las Demandantes también señalan que, tal como se indica en la Notificación de Arbitraje, el Contrato de Servicios no es la única base de su inversión “si bien sería suficiente”³³².
235. Las Demandantes también proporcionaron servicios, capital, mano de obra, tiempo y personal en relación con el Contrato de Servicios, y, aunque las partes del Contrato acordaron que los servicios de las Demandantes durarían aproximadamente 45 meses, duraron más de 6 años³³³. En sustento de su posición, las Demandantes citan el caso *Bayindir c. Pakistán*, en el cual el tribunal consideró que hubo “un compromiso sustancial” en la capacitación de más de 60 ingenieros, y en el suministro de equipamiento y personal significativos³³⁴. Para el tribunal en *Bayindir*, un contrato de tres años tenía la duración suficiente³³⁵. Con respecto a la asunción de riesgo, el tribunal en *Bayindir* consideró que “además del riesgo inherente a los contratos de largo plazo [...] la existencia misma de un período de responsabilidad por defecto de un año y de un período de mantenimiento de

³²⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 144; Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge 2010), ¶ 122, RL-187.

³²⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 147; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 144.

³³⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 135-136.

³³¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 136.

³³² Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 138-139.

³³³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 152-153.

³³⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 154; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶ 115, RL-52.

³³⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 154; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 132-133, RL-52.

cuatro años contra la cancelación del pago crea un riesgo evidente”³³⁶.

c. Análisis del Tribunal

236. No es necesario analizar esta objeción a la luz de la decisión con respecto a la inadmisibilidad de las reclamaciones adoptada por el Tribunal al evaluar la Objeción Preliminar.

(2) La Demandante FPJVC No Califica como “Persona Jurídica” conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI

a. Posición de la Demandada

237. La Demandada señala que la Demandante FPJVC es una “*joint venture* contractual”³³⁷ constituida con arreglo a la legislación del Estado de Nueva York y que “no tiene una personalidad jurídica independiente a la de sus miembros Foster Wheeler y Process Consultants”³³⁸. Por lo tanto, FPJVC no califica como persona jurídica conforme al Artículo 25(1) del Convenio del CIADI³³⁹. Colombia añade que, en el Acuerdo de Empresa Conjunta (*Joint Venture Agreement*), Foster Wheeler y Process Consultants acordaron expresamente que FPJVC sería una “entidad no constituida”³⁴⁰. Según la legislación de Nueva York, dichas entidades no son personas jurídicas independientes de sus miembros y con personalidad jurídica propia³⁴¹. Por el contrario, se consideran una “*partnership* con un propósito limitado” sin personalidad jurídica³⁴². Por este motivo, el Proceso de Responsabilidad Fiscal solo afecta a Foster Wheeler y a Process Consultants, no a FPJVC³⁴³. El hecho de que, de forma excepcional, una *partnership* pueda demandar o ser

³³⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 154-155; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.Ş. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶¶ 134-136, RL-52. Véase también *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, ¶ 92, CL-172.

³³⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 301; véase Notificación de Arbitraje, ¶¶ 1, 15. Véase también Notificación de Intención, ¶ 5, C-4-RFA.

³³⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 301.

³³⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 300-301; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 255.

³⁴⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 302 (énfasis omitido); Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 262 (énfasis omitido).

³⁴¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 302; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 256.

³⁴² Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 256.

³⁴³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 302; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 262.

demandada no la convierte en persona jurídica³⁴⁴. La Demandada se remite a la jurisprudencia neoyorquina en sustento de su posición³⁴⁵.

238. Además, según la legislación neoyorquina, una *partnership* no puede tener su propia “nacionalidad”. Según la Demandada, por esta razón, FPJVC no puede calificar como “nacional de otro Estado contratante” en virtud del Convenio del CIADI³⁴⁶.
239. En sustento de su posición, Colombia cita *Impregilo c. Pakistán*³⁴⁷, en cuyo caso el tribunal “concluyó que un *joint venture* contractual no constituía una ‘persona jurídica’ a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI”³⁴⁸ y señala que el Prof. Schreuer comparte esta posición³⁴⁹. Contrariamente a lo alegado por las Demandantes, el hecho de que la *joint venture* en *Impregilo* se rigiera por la legislación suiza no es relevante porque, en ambos casos, las *joint ventures* no tienen personalidad jurídica propia³⁵⁰.
240. Además, aunque el Tratado define el término “empresa”, *inter alia*, como una “empresa conjunta” [*joint venture*], no especifica si este término incluye a las empresas conjuntas no constituidas o solo a las que han sido constituidas³⁵¹. Sin embargo, incluso si FPJVC calificara como inversionista en los términos del APC Colombia-EE. UU., esto no sería suficiente para que el Tribunal ejerza jurisdicción *ratione personae* sobre él, porque también es necesario que el inversionista califique como “nacional de otro Estado Contratante” en virtud del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI³⁵².

³⁴⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 257.

³⁴⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 258-259; véanse *Niagara Mohawk Power Corp. c. Freed*, Tribunal Supremo de Nueva York, División de Apelaciones, Departamento Cuarto, 278 A.D.2d 839 (2000), pág. 2, RL-324; *Koons c. Kaiser*, Distrito Sur de Nueva York, 91 F. Supp. 511 (1950), pág. 6, RL-325.

³⁴⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 261.

³⁴⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 303; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, ¶¶ 131, 134, 137, 139, RL-129.

³⁴⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 303.

³⁴⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 304; Christoph Schreuer *et al.*, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2.^a ed., Cambridge University Press 2009), Artículo 25, ¶¶ 689-692, RL-187.

³⁵⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 263.

³⁵¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 306.

³⁵² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 307-308; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 264; Christoph Schreuer *et al.*, *THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY* (2.^a ed., Cambridge University Press 2009), Artículo 25, ¶¶ 693, RL-187.

241. En opinión de Colombia, la cuestión relevante no es si existe consentimiento al arbitraje del CIADI en virtud del APC Colombia-EE. UU., sino “si se cumplen todos los requisitos objetivos establecidos en el Convenio CIADI para que un tribunal del CIADI tenga competencia sobre la presente diferencia”³⁵³. En particular, la Demandada alega que “[e]l hecho que el consentimiento al CIADI pueda otorgarse mediante una oferta unilateral de un Estado en un tratado de inversiones no supe la necesidad de cumplir con los demás requisitos objetivos que requiere el Convenio CIADI para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción, entre los que se encuentran que la diferencia sea entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante”³⁵⁴.
242. En síntesis, la Demandante FPJVC no reúne los requisitos para ser considerada “nacional de otro Estado contratante”, ya que no es una persona jurídica, por lo que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* sobre la reclamación de FPJVC³⁵⁵.

b. Posición de las Demandantes

243. Las Demandantes sostienen que la objeción de Colombia carece de fundamento jurídico. Las Demandantes afirman que es bien sabido que la definición de “persona jurídica” es la que rige en virtud de la legislación de constitución de la entidad que, en el caso de FPJVC, es la legislación del Estado de Nueva York³⁵⁶. Acto seguido, las Demandantes señalan que, contrariamente a la posición adoptada en el caso *Impregilo c. Pakistán*, en el que la *joint venture* “no tenía personalidad jurídica según el derecho suizo”³⁵⁷, FPJVC es una persona jurídica con arreglo a la legislación de Nueva York³⁵⁸: “el derecho de Nueva York reconoce las joint ventures como personas jurídicas con capacidad de demandar y ser demandadas, y, sistemáticamente estas son parte en los litigios de Nueva York”³⁵⁹.
244. Según las Demandantes, de conformidad con la jurisprudencia neoyorquina “resulta

³⁵³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 267.

³⁵⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 267.

³⁵⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 268.

³⁵⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 157-158.

³⁵⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 158; *Impregilo S.p.A. c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, ¶¶ 118-119, RL-129.

³⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 158; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 150.

³⁵⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 159-160.

apropiado estudiar el Derecho Societario para resolver controversias relacionadas con las joint ventures”³⁶⁰. Y según la legislación de Nueva York, una *joint venture* no es más que un tipo particular de *partnership* [sociedad de personas], capaz de demandar o ser demandada con arreglo a la legislación aplicable³⁶¹. Una *partnership* también puede tener bienes en su propio nombre y se considera residente del país en el que tiene su oficina principal, no solo donde residen sus socios³⁶². Las Demandantes también recuerdan que fue FPJVC quien celebró el Contrato de Servicios y Colombia consideró que FPJVC era una entidad jurídica suficiente con capacidad de celebrar un contrato a largo plazo³⁶³. Además, las Demandantes señalan que “Colombia no presenta ninguna ley que indique que una joint venture contractual debe recibir un trato diferente a otras joint ventures” y que ellas no tuvieron voz en la selección de las partes que la CGR decidió nombrar en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, por lo que el argumento de la Demandada sobre este punto resulta irrelevante³⁶⁴.

245. Por último, en cuanto a los requisitos de consentimiento en virtud del Artículo 25 del Convenio del CIADI, en opinión de las Demandantes, Colombia no ha alegado ni explicado cómo un “inversionista de una Parte” en virtud del APC Colombia-EE. UU. sería diferente de “un nacional de otro Estado Contratante” en virtud del Convenio del CIADI. Según las Demandantes, la jurisprudencia que cita la Demandada no respalda su posición en este punto³⁶⁵.
246. En síntesis, las Demandantes sostienen que FPJVC califica como “nacional de otro Estado Contratante”³⁶⁶ y la objeción de Colombia debe ser desestimada³⁶⁷.

³⁶⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 159, 161; véase *Eskenazi c. Schapiro*, 27 A.D.3d 312, 315 (División Apelaciones de Nueva York, Departamento 1.º 2006), CL-173. Véase también *Deutsche Bank Natl. Trust Co. c. Bills*, 2012 N.Y. Misc. LEXIS 4842, en *10 (Tribunal Supremo de Nueva York. 15 de octubre de 2012), RL-201.

³⁶¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 159 y 162; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 147.

³⁶² Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 147.

³⁶³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 149.

³⁶⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 149.

³⁶⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 151.

³⁶⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 163, 171.

³⁶⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 152.

c. Análisis del Tribunal

247. No es necesario analizar esta objeción a la luz de la decisión con respecto a la inadmisibilidad de las reclamaciones adoptada por el Tribunal al evaluar la Objeción Preliminar.

(3) La Notificación de Intención Solo Fue Enviada por FPJVC y No por las Demás Demandantes

a. Posición de la Demandada

248. Colombia señala que el Artículo 10.16.2 del APC Colombia-EE. UU. exige que “cada demandante que someta una reclamación a arbitraje debe entregar una notificación de intención por lo menos noventa (90) días antes de que se someta dicha reclamación a arbitraje”³⁶⁸. La Demandada explica que, en este caso, la Notificación de Intención fue enviada el 26 de diciembre de 2018³⁶⁹, pero solo por la Demandante FPJVC en su propio nombre³⁷⁰. Por ese motivo, las Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants no se benefician de la Notificación de Intención enviada por FPJVC³⁷¹ e incumplen este requisito³⁷².

249. Según la Demandada, el hecho de que Foster Wheeler y Process Consultants no hayan entregado una notificación de intención tiene como consecuencia la falta de jurisdicción *ratione voluntatis* del Tribunal para conocer de las reclamaciones presentadas por estas Demandantes³⁷³. Ninguno de los argumentos de las Demandantes suple su incumplimiento de este requisito esencial, que forma parte del consentimiento de Colombia al arbitraje de las reclamaciones presentadas por demandantes en virtud del APC Colombia-EE. UU.³⁷⁴. En sustento de este argumento, Colombia cita presentaciones de los Estados Unidos como parte no contendiente en diversos procedimientos y jurisprudencia relevante, incluido el

³⁶⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 313 (énfasis omitido); Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 271.

³⁶⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 311.

³⁷⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 312.

³⁷¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 312.

³⁷² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 313; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 269.

³⁷³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 314; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 269.

³⁷⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 270.

caso *B-Mex c. México*³⁷⁵.

250. La Demandada señala además que las propias Demandantes han argumentado en este arbitraje que cada una de ellas califica independientemente como “empresa” e “inversionista” en virtud del APC Colombia-EE. UU.³⁷⁶. Por lo tanto, Foster Wheeler y Process Consultants no pueden beneficiarse de la Notificación de Intención presentada por FPJVC³⁷⁷. La Demandada también rechaza el argumento de las Demandantes de que el incumplimiento de los requisitos del Artículo 10.16.2 del APC Colombia-EE. UU. por parte de Foster Wheeler y Process Consultants “no es importante”, ya que la Demandada se encontraba supuestamente informada de sus reclamaciones por medio de la Notificación de Intención de FPJVC³⁷⁸.

b. Posición de las Demandantes

251. Las Demandantes señalan que Colombia no niega que recibió de FPJVC una Notificación de Intención por escrito con 90 días de antelación, de conformidad con el Artículo 10.16.2 del APC Colombia-EE. UU.³⁷⁹. Rechazan la alegación de Colombia de que los requisitos del Artículo 10.16.2 del APC Colombia-EE. UU. no son una formalidad, sino un requisito explícito³⁸⁰. Las Demandantes se remiten a la decisión en *B-Mex c. México* para justificar su posición³⁸¹.

252. En particular, las Demandantes recuerdan que, en *B-Mex c. México*, la notificación de intención “no incluyó los nombres y los domicilios de [...] 31 [de 69] Demandantes Adicionales ni de Operadora Pesa”³⁸². México había argumentado que estas omisiones

³⁷⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 317; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 276; *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 3, 41, 63, 70, 118, 134, RL-216.

³⁷⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 312; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 274.

³⁷⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 312; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 274.

³⁷⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 275.

³⁷⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 172-173.

³⁸⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 173.

³⁸¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 174; *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 54-139, RL-216.

³⁸² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 175; *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶ 65, RL-216.

privaban al tribunal de jurisdicción y tornaban inadmisibles las reclamaciones de los “Demandantes Adicionales”³⁸³. El tribunal en *B-Mex c. México* rechazó el argumento de la Demandada, señalando que otros tribunales “han rechazado el argumento de que la falta de cumplimiento [de los requisitos de la notificación de intención] debe resultar en la pérdida de jurisdicción”³⁸⁴, y que el tribunal “debe velar por los intereses de la justicia”³⁸⁵. Las Demandantes citan jurisprudencia adicional en sustento de su posición³⁸⁶.

253. Las Demandantes argumentan, además, que la Notificación de Intención efectivamente cursó notificación de las tres Demandantes³⁸⁷ porque la Notificación deja en claro que es presentada por una *joint venture* contractual y que sus dos socios son sociedades constituidas conforme a la legislación de EE. UU.³⁸⁸. Al mismo tiempo, la referencia a “FPJVC” en la Notificación de Intención se utiliza indistintamente para las tres Demandantes, en consonancia con la definición proporcionada al principio del Aviso³⁸⁹. Además, las Demandantes señalan que Colombia no niega que siempre ha tenido conocimiento de la existencia de otros socios de la *joint venture*³⁹⁰.
254. En síntesis, (i) Colombia sabía que FPJVC era una *joint venture* compuesta por sus dos socios, Foster Wheeler y Process Consultants, porque la Notificación de Intención así lo especificaba, al igual que la Decisión de la CGR³⁹¹; y (ii) Colombia no sufre, ni podría

³⁸³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 175; *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 72-73, RL-216.

³⁸⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 177; *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 118-119, RL-216.

³⁸⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 178; *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶ 128, nota 118, RL-216.

³⁸⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 154; *Ethyl Corporation c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998, ¶¶ 78-85, CL-56; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002, ¶¶ 42-44, CL-238; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶¶ 133-135, CL-82; *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo, 2 de agosto de 2010, ¶¶ 101-105, CL-212; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 154.

³⁸⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 155.

³⁸⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 155.

³⁸⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 156.

³⁹⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 157.

³⁹¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 179.

haber sufrido, perjuicio alguno por la presunta omisión en la que se basa su argumento³⁹².

c. Análisis del Tribunal

255. No es necesario analizar esta objeción a la luz de la decisión con respecto a la inadmisibilidad de las reclamaciones adoptada por el Tribunal al evaluar la Objeción Preliminar.

(4) Las Demandantes Han Optado, de Manera Definitiva, por Someter la Reclamación por Violación de Trato Justo y Equitativo a los Tribunales Colombianos

a. Posición de la Demandada

256. Colombia alega que el Anexo 10-G del APC Colombia-EE. UU. constituye una limitación al consentimiento de la Demandada al arbitraje al establecer “que una reclamación que Colombia ha violado una obligación sustantiva del Tratado no puede someterse a un arbitraje bajo el Tratado si el inversionista estadounidense ya ha alegado la violación en un procedimiento judicial o administrativo en Colombia”³⁹³.

257. Colombia argumenta que, a diferencia de otras disposiciones de *electa una via*, el Anexo 10-G “no requiere que se haya sometido la misma violación alegada ante el tribunal judicial o administrativo, sino simplemente que se haya alegado la violación de una obligación sustantiva del Tratado en un procedimiento judicial o administrativo local”³⁹⁴. Añade que eso es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso³⁹⁵.

258. La Demandada recuerda que, en la primera Acción de Tutela ante los tribunales colombianos, Foster Wheeler y Process Consultants alegaron que, durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal, se violaron sus derechos al debido proceso y, en especial, manifestaron que el debido proceso era un elemento de la obligación de TJE bajo el APC Colombia-EE. UU.³⁹⁶. Colombia sostiene que las alegaciones de las Demandantes en el

³⁹² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 180-181; véase *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 132-133, RL-216.

³⁹³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 320-321 (énfasis omitido).

³⁹⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 322 (énfasis en el original).

³⁹⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 323; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 280.

³⁹⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 323; véase también ¶ 324.

procedimiento local “se alinean perfectamente con las alegaciones por violación del TJE en este Arbitraje”³⁹⁷. De conformidad con el Anexo 10-G del APC Colombia-EE. UU., las Demandantes, al haber formulado tales alegaciones en un procedimiento local, ahora se ven impedidas de presentar la misma reclamación ante este Tribunal³⁹⁸.

259. Según Colombia, ninguno de los argumentos esgrimidos por las Demandantes puede impedir efectivamente la aplicación de la disposición de *electa una via* incluida en el Anexo 10-G del APC Colombia-EE. UU.³⁹⁹. El único requisito para la aplicación del Anexo 10-G es la alegación de incumplimiento de la obligación de TJE⁴⁰⁰ y es irrelevante si la primera Acción de Tutela fue interpuesta para preservar los derechos de las Demandantes⁴⁰¹.
260. Ninguna disposición del APC Colombia-EE. UU. impedía a las Demandantes iniciar acciones locales y luego renunciar a ellas antes de iniciar el Arbitraje⁴⁰². Al mismo tiempo, nada impedía a las Demandantes interponer la primera Acción de Tutela sin alegar el incumplimiento de la obligación de TJE en virtud del APC Colombia-EE. UU.⁴⁰³.
261. A mayor abundamiento, ninguno de los términos del Anexo 10-G exige “que haya una identidad entre el objeto, las partes y la causa de ambos procedimientos”⁴⁰⁴. Esta disposición simplemente exige que “el inversionista o la empresa haya alegado la violación de la misma obligación sustantiva del Tratado”⁴⁰⁵. La cita del Artículo 10.18.4 del APC Colombia-EE.UU. que realizan las Demandantes para sostener que las cláusulas de *electa una via* recogidas en ambas disposiciones tienen un lenguaje similar es improcedente. A diferencia del Artículo 10.18.4, el Anexo 10-G solo exige que se alegue el incumplimiento de una obligación sustantiva del Tratado (y no que ese mismo incumplimiento se someta

³⁹⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 326 (énfasis omitido).

³⁹⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 323, 327.

³⁹⁹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 279.

⁴⁰⁰ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 280.

⁴⁰¹ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 280.

⁴⁰² Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 283.

⁴⁰³ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 283.

⁴⁰⁴ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 284.

⁴⁰⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 284 (énfasis omitido).

ante un tribunal judicial o administrativo)⁴⁰⁶.

262. Por lo tanto, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* para conocer de la reclamación de las Demandantes por incumplimiento de la obligación de TJE en virtud del Tratado⁴⁰⁷.

b. Posición de las Demandantes

263. Las Demandantes plantean dos contraargumentos principales⁴⁰⁸. En primer lugar, (i) que la acción presentada en Colombia fue necesaria para preservar los derechos de las Demandantes y, en segundo lugar, (ii) que dicha acción no cumple con el *test* de la triple identidad que sería necesario para otorgarle carácter excluyente⁴⁰⁹.

264. En cuanto al primer argumento, las Demandantes sostienen que la primera Acción de Tutela solo tuvo por objeto la preservación de los derechos de las Demandantes ante la CGR y se interpuso conforme a la legislación colombiana⁴¹⁰. Una acción de tutela es un mecanismo “subsidiari[o] y residual” de “protección judicial inmediata de los derechos fundamentales”⁴¹¹ y no puede dar lugar a una cláusula de bifurcación de vías⁴¹².

265. Según las Demandantes, no tenían otra alternativa razonable más que presentar la primera Acción de Tutela si es que pretendían preservar sus derechos fundamentales en virtud de la legislación colombiana⁴¹³. En sustento de su posición, las Demandantes citan jurisprudencia en la que los tribunales han considerado que las acciones defensivas interpuestas para preservar los derechos del demandante no pueden dar lugar a la aplicación de una cláusula de bifurcación de vías⁴¹⁴.

⁴⁰⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 285.

⁴⁰⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 328; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 278, 286.

⁴⁰⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 183.

⁴⁰⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 183.

⁴¹⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 184.

⁴¹¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 185 (énfasis omitido); véase Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 136-283.

⁴¹² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 184.

⁴¹³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 186.

⁴¹⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 187-188; Christoph Schreuer, *Travelling the BIT*

266. En segundo lugar, las Demandantes aducen que la primera Acción de Tutela no cumple con el *test* de la triple identidad que requiere que “un reclamo con el mismo objeto, [las mismas] partes y [los mismos] antecedentes que justifican la acción ya se haya presentado ante otro foro judicial”⁴¹⁵. En primer lugar, el objeto es diferente, ya que, en este arbitraje, las Demandantes solicitan una indemnización por daños pecuniarios y costas adicionales, mientras que las acciones de tutela no pueden interponerse para reclamar daños monetarios⁴¹⁶. En segundo lugar, las partes son diferentes, pues mientras en este arbitraje las Partes son FPJVC y Colombia, las partes de la primera Acción de Tutela son FPJVC y la CGR, entre otros⁴¹⁷. Por último, los antecedentes que justifican la acción también son diferentes⁴¹⁸. En la primera Acción de Tutela, las reclamaciones se interponen al amparo de la Constitución colombiana⁴¹⁹, en contraposición al APC Colombia-EE. UU. o al Convenio del CIADI⁴²⁰. Las reclamaciones en virtud de la Constitución colombiana son “fundamentalmente diferentes” de las reclamaciones presentadas en virtud del APC Colombia-EE. UU.⁴²¹. Las Demandantes también sostienen que “[c]laramente el reclamo local no dio lugar al sometimiento de la controversia según el TBI a los tribunales [colombianos]”⁴²². Además, la primera Acción de Tutela de las Demandantes “expresamente negó estar pretendiendo una reparación conforme al APC [Colombia-EE. UU.]”⁴²³.
267. A mayor abundamiento, las Demandantes sostienen que la redacción del Anexo 10-G no brinda respaldo a las alegaciones de Colombia⁴²⁴. En particular, el segundo párrafo del

Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road, 9(2) Offprints of The Journal of World Investment & Trade, 241, 249 (2004), CL-193.

⁴¹⁵ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 190; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. La República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2009, ¶ 211, CL-194.

⁴¹⁶ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 191.

⁴¹⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 192.

⁴¹⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 193.

⁴¹⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 186.

⁴²⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 193.

⁴²¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 193.

⁴²² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 193; *Pan-American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶¶ 152, 157, RL-174.

⁴²³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 163.

⁴²⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 161.

Anexo 10-G establece claramente que “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...”⁴²⁵. Las Demandantes argumentan que la “presentación de [una] reclamación” es necesaria para que se active esta disposición, y que Colombia no argumenta que las Demandantes hubieran presentado su reclamación de TJE en la primera Acción de Tutela⁴²⁶. La interpretación del primer párrafo del Anexo 10-G por parte de Colombia en el sentido de que la mera alegación de incumplimiento es suficiente para aplicar la disposición no puede cuadrar con la redacción del segundo párrafo⁴²⁷. La afirmación de la Demandada de que la prueba de la triple identidad no resulta aplicable se basa en “la misma malinterpretación del Anexo 10-G”⁴²⁸. Las Demandantes añaden que tanto el Artículo 10.18.4 como el Anexo 10-G del APC Colombia-EE. UU. exigen la “presentación de una reclamación” y, por lo tanto, el argumento de la Demandada carece de fundamento jurídico⁴²⁹.

268. En síntesis, la objeción de Colombia carece de asidero en los términos del APC Colombia-EE. UU. o en el derecho y debe desestimarse⁴³⁰.

c. Análisis del Tribunal

269. No es necesario analizar esta objeción a la luz de la decisión con respecto a la inadmisibilidad de las reclamaciones adoptada por el Tribunal al evaluar la Objeción Preliminar.

(5) La Renuncia de las Demandantes es Inválida y, Por Tanto, No Hay Consentimiento para Someter su Reclamación a Arbitraje en Virtud del Tratado

a. Posición de la Demandada

270. La Demandada señala que el Artículo 10.18 del APC Colombia-EE. UU. establece que “no

⁴²⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 161 (énfasis omitido).

⁴²⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 161.

⁴²⁷ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 162.

⁴²⁸ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 163.

⁴²⁹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 164.

⁴³⁰ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 165.

podrá someterse una reclamación a arbitraje a menos que la notificación de arbitraje esté acompañada de una renuncia escrita del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje”⁴³¹. El consentimiento al arbitraje de las Partes Contratantes se encuentra sujeto al cumplimiento de este requisito previo, entre otros⁴³². Esto fue confirmado por el tribunal en *Renco c. Perú*⁴³³, cuando afirmó que “una renuncia efectiva es un prerrequisito fundamental para la existencia de un acuerdo de arbitraje”⁴³⁴.

271. En particular, la Demandada recuerda que, en *Renco c. Perú*, la demandante presentó una notificación de arbitraje que incluía una renuncia con reservas, la que fue replicada en su segunda notificación de arbitraje⁴³⁵. El tribunal consideró que tales renunciaciones no estaban permitidas por el tratado⁴³⁶. Colombia sostiene que el caso *Renco c. Perú* es análogo a la presente controversia, ya que en ambos casos las demandantes hicieron una reserva de derechos que excedía lo permitido por el Artículo 10.18.2(b) del APC Colombia-EE. UU. (o la disposición idéntica del APC Perú-EE. UU.)⁴³⁷.
272. Por último, la Demandada señala que, en su presentación como parte no contendiente en *Ángel Seda c. Colombia*, los Estados Unidos interpretaron el Artículo 10.18.2(b) del APC Colombia-EE. UU. como “condición del consentimiento al arbitraje, [y destacaron] la necesidad del cumplimiento de los requisitos formales y materiales para que esa renuncia sea válida y efectiva”⁴³⁸.

⁴³¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 330.

⁴³² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 331; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 289.

⁴³³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 332; *The Renco Group Inc. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶¶ 73, 138, 158, RL-218.

⁴³⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 332. Véase también Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 332-334.

⁴³⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 333.

⁴³⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 333; *The Renco Group Inc. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶ 81, RL-218.

⁴³⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 291.

⁴³⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 336; *Ángel Samuel Seda y otros c. La República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16, Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021, ¶¶ 9-13, RL-54. La Demandada argumenta que esta misma posición ha sido adoptada por los Estados Unidos en sus presentaciones como parte no contendiente en varios casos de inversión que involucraban disposiciones de renuncia idénticas o similares a aquella que se encuentra incluida en el Tratado. Véanse *Alberto Carrizosa Gelzis et al. c. La República de Colombia*, Caso CPA No. 2018-56, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020, ¶¶ 32-38, RL-207;

273. La Demandada señala además que, en su renuncia, las Demandantes se reservaron el derecho a continuar defendiéndose en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y en “cualquier procedimiento relacionado, incluyendo la interposición de cualquier apelación”⁴³⁹. En consecuencia, las Demandantes procuran seguir adelante con todos los procedimientos locales “donde se discuten las medidas que supuestamente alegan que constituyen violaciones de las obligaciones sustantivas del [APC Colombia-EE. UU.] [...], y a la vez proseguir el presente Arbitraje”⁴⁴⁰. Por lo tanto, las Demandantes tampoco han actuado de manera coherente con su renuncia, ya que las Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants no solo han apelado el Fallo con Responsabilidad Fiscal, sino que también han iniciado dos acciones de tutela adicionales ante los tribunales colombianos con posterioridad a la presentación de su Notificación de Arbitraje⁴⁴¹.
274. En cuanto al argumento de las Demandantes de que sería injusto exigirles que renunciaran al derecho a defenderse, la Demandada señala que el APC Colombia-EE. UU. no exige que las Demandantes abandonen sus actuaciones locales, pero sí les exige que lo hagan en caso de que deseen someter una reclamación a arbitraje en virtud del Tratado⁴⁴². Las Demandantes podrían haber esperado hasta que se dictara una decisión definitiva en los tribunales colombianos para luego someter sus reclamaciones a arbitraje, pero no pueden

Astrida Benita Carrizosa c. La República de Colombia, Caso CIADI No. ARB/18/05, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020, ¶¶ 32-38, RL-206; *The Renco Group Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Segunda Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015, ¶¶ 5-10, RL-219; *The Renco Group Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Tercera Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de octubre de 2015, ¶¶ 6, 8, RL-220; *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2, Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019, ¶¶ 10-17, RL-66; *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de marzo de 2016, ¶ 9, RL-64; *KBR, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/14/1, Presentación de los Estados Unidos de América, 14 de febrero de 2014, ¶¶ 2-3, RL-226; *Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-25, Presentación de los Estados Unidos de América, 14 de julio de 2008, ¶¶ 4-7, RL-227. Véanse también *The Renco Group Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Segunda Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de septiembre de 2015, ¶ 16, RL-219; *The Renco Group Inc. c. República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1, Tercera Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de octubre de 2015, ¶¶ 4-5, RL-220; *Bay View Group, LLC y The Spalena Company, LLC c. República de Rwanda*, Caso CIADI No. ARB/18/21 (TBI Rwanda-EE. UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 19 de febrero de 2021, ¶ 15, n. 23, RL-63; *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2 (APC Perú-EE. UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019, ¶ 17, RL-66.

⁴³⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 337, 339 (cita interna omitida); Notificación de Arbitraje, ¶ 25.

⁴⁴⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 339.

⁴⁴¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 340; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 292.

⁴⁴² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 341.

continuar un procedimiento local y someter una reclamación a arbitraje en relación con las mismas medidas que supuestamente constituyeron un incumplimiento de las obligaciones sustantivas del APC Colombia-EE. UU.⁴⁴³. En otras palabras, lo que pretenden las Demandantes al iniciar este Arbitraje es dar dos mordiscos a la misma manzana, que es exactamente lo que pretende evitar el Artículo 10.18.2(b) del APC Colombia-EE. UU.⁴⁴⁴.

275. En cuanto al argumento de las Demandantes de que Colombia inició múltiples procedimientos locales, la Demandada recuerda que las Demandantes iniciaron este Arbitraje incluso antes de que se hubiera emitido la Decisión de la CGR⁴⁴⁵. Contrariamente a lo dispuesto en el Artículo 10.18.2(b) del APC Colombia-EE. UU., las Demandantes no pueden interponer recursos de apelación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, iniciar acciones de tutela y “simultáneamente continuar este Arbitraje en donde cuestionan la misma medida”⁴⁴⁶.
276. Con respecto al argumento de las Demandantes en relación con la excepción prevista en el Artículo 10.18.3 del APC Colombia-EE. UU., que permite interponer acciones para solicitar medidas cautelares, Colombia señala que “ni las actuaciones de Foster Wheeler y Process Consultants en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, ni las acciones de tutela interpuestas ante los tribunales colombianos, pueden calificar como medidas cautelares”⁴⁴⁷, ya que ninguna de estas acciones, en caso de prosperar, tendría el efecto de preservar los derechos de las Demandantes mientras tramita este arbitraje⁴⁴⁸.
277. En síntesis, dado que las Demandantes no presentaron una renuncia efectiva a iniciar o continuar sus actuaciones en procedimientos locales en Colombia con respecto a la misma medida que alegan haber constituido una violación del Tratado, el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* para conocer de su reclamación⁴⁴⁹.

⁴⁴³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 341; Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 298.

⁴⁴⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 342.

⁴⁴⁵ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 294.

⁴⁴⁶ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 294.

⁴⁴⁷ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 296 (cita interna omitida).

⁴⁴⁸ Réplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 296.

⁴⁴⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 343.

b. Posición de las Demandantes

278. Las Demandantes manifiestan, con carácter preliminar, que la objeción de la Demandada debe desestimarse porque la parte que inició múltiples procedimientos paralelos fue Colombia⁴⁵⁰. No debe permitirse que una parte invoque las disposiciones de un tratado con el fin de evitar procedimientos paralelos, “cuando es precisamente dicha parte la causante de ese caos procesal”⁴⁵¹.
279. Además, las Demandantes recuerdan el Artículo 10.18.3 del APC Colombia-EE. UU., que permite a la demandante iniciar o continuar acciones interpuestas con el fin de preservar sus derechos⁴⁵². Las Demandantes aducen que las acciones de tutela se encuentran comprendidas dentro de esta excepción⁴⁵³. Asimismo, ninguna de las autoridades de la Demandada brinda respaldo al argumento de que “una solicitud de arbitraje debe ir acompañada de una renuncia a cualquier derecho a la defensa”⁴⁵⁴. La renuncia conforme al Artículo 10.18.2(b) del APC Colombia-EE. UU. exige que las Demandantes no interpongan las acciones⁴⁵⁵. La reserva que realizan las Demandantes del derecho a defenderse no es contraria a dicho requisito⁴⁵⁶.
280. Las Demandantes sostienen que la invocación por parte de la Demandada del caso *Renco c. Perú* es improcedente porque, en ese caso, la demandante se reservó el derecho a interponer “una acción ofensiva en un foro indeterminado luego de la resolución del arbitraje internacional”⁴⁵⁷. Esto es completamente diferente de lo que se plantea en el presente caso⁴⁵⁸. Además, ninguno de los casos adicionales que cita Colombia implica una renuncia que reserve al demandante el derecho a defenderse⁴⁵⁹. De hecho, sería injusto exigir dicha renuncia, ya que “[e]l inversor tendría que permanecer impassible y soportar

⁴⁵⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 200.

⁴⁵¹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 200.

⁴⁵² Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 201.

⁴⁵³ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 202; véanse también ¶¶ 72-75.

⁴⁵⁴ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 203.

⁴⁵⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 167.

⁴⁵⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 167.

⁴⁵⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 204 (énfasis omitido).

⁴⁵⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 204.

⁴⁵⁹ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 204; Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 168.

cualquier forma de injusticia so pena de perder la posibilidad de acceder a un procedimiento de arbitraje internacional”⁴⁶⁰.

281. La cita de *Commerce Group c. El Salvador* por parte de la Demandada tampoco es procedente. En ese caso, era indiscutible que la reparación solicitada en el procedimiento local era la misma que la solicitada en el arbitraje internacional⁴⁶¹. En el presente caso, sin embargo, Colombia interpuso la acción local y las Demandantes solo pretenden defenderse⁴⁶². La Segunda Tutela no buscaba una reparación pecuniaria. En la Tercera Tutela, se solicitaron medidas cautelares en aras de conceder a las Demandantes un plazo razonable para apelar la decisión de la CGR⁴⁶³.
282. En segundo lugar, en *Thunderbird c. México*, también citado por la Demandada, la demandante no presentó ninguna renuncia sino mucho después de que se había iniciado el arbitraje⁴⁶⁴. En el presente caso, las Demandantes presentaron una renuncia correcta y su defensa en los procedimientos locales “no creó riesgo alguno de inseguridad jurídica o de doble resarcimiento”⁴⁶⁵. Por último, en *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, estaba claro que la demandante había presentado un arbitraje nacional que se superponía con el arbitraje ante el CIADI. Es dable destacar que, en lugar de desestimar la reclamación en su totalidad, el tribunal solo desestimó las reclamaciones individuales que tramitaban en el arbitraje nacional⁴⁶⁶. Por último, en cuanto a la afirmación de Colombia de que las Demandantes deben abandonar todos los procedimientos locales, las Demandantes aseveran que no son ellas sino Colombia quien debe abandonarlos⁴⁶⁷. La reserva del derecho a la defensa necesariamente hace referencia a los procedimientos de

⁴⁶⁰ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 205.

⁴⁶¹ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 170; *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶¶ 104-107, RL-223.

⁴⁶² Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 170.

⁴⁶³ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 170.

⁴⁶⁴ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 172.

⁴⁶⁵ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 172.

⁴⁶⁶ Dúplica sobre Objeciones Preliminares, ¶ 173; *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Decisión sobre la Excepción a la Jurisdicción en virtud del Artículo 10.20.5 del CAFTA, 17 de noviembre de 2008, ¶¶ 72-75, RL-224.

⁴⁶⁷ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 206.

Colombia en los cuales las Demandantes se ven obligadas a defenderse⁴⁶⁸.

c. Análisis del Tribunal

283. No es necesario analizar esta objeción a la luz de la decisión con respecto a la inadmisibilidad de las reclamaciones adoptada por el Tribunal al evaluar la Objeción Preliminar.

VI. COSTOS

A. ALEGATOS SOBRE COSTOS DE LA DEMANDADA

284. La Demandada solicita una condena en costas por un importe total de USD 1.575.326⁴⁶⁹.

285. Según la Demandada, sus objeciones preliminares son “legítimas, sólidas, bien fundadas y admisibles en virtud del Artículo 10.20.4 del Tratado y de todas las demás disposiciones pertinentes”⁴⁷⁰ [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes, por otra parte, no solo presentaron un caso convincente sobre la jurisdicción, sino que además adoptaron una conducta cuestionable que incrementó los costos de este procedimiento. Por ejemplo, las Demandantes (i) incoaron este arbitraje de manera preventiva y prematura, (ii) se opusieron inicialmente a la solicitud de la Demandada de conocer su objeción preliminar como cuestión previa, a pesar del lenguaje expreso del Tratado, lo que obligó a las Partes a intercambiar varias comunicaciones para abordar la oposición infundada de las Demandantes, (iii) presentaron una Solicitud de Medidas Provisionales carente de fundamento jurídico y fáctico, (iv) modificaron sus argumentos en el curso del arbitraje, lo que obligó a Colombia a dedicar un tiempo considerable a abordarlos, (v) iniciaron varios procedimientos paralelos como las acciones de tutela, lo que requirió que la Demandada tuviera que defenderse simultáneamente en diferentes foros, y (vi) presentaron varias

⁴⁶⁸ Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares, ¶ 206.

⁴⁶⁹ Declaración de Costos de la Demandada, ¶ 7. Este monto se compone de USD 350.000 en pagos adelantados al CIADI y USD 1.225.326 en honorarios y gastos legales (USD 1.100.750 para honorarios y gastos legales de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, y USD 124.576 para honorarios y gastos legales de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia). El 18 de septiembre de 2024, la Demandada confirmó que no había incurrido en ningún costo adicional.

⁴⁷⁰ Declaración de Costos de la Demandada, ¶ 5.

solicitudes extemporáneas para incorporar nuevas pruebas al expediente. La Demandada afirma que todas estas tácticas y estrategias respaldan una condena en costas a su favor.

B. ALEGATOS SOBRE COSTOS DE LAS DEMANDANTES

286. Las Demandantes solicitan una condena en costas por un importe total de USD 2.413.233⁴⁷¹.
287. Las Demandantes alegan que las objeciones de la Demandada fueron frívolas y deben desestimarse. Por tanto, y de conformidad con el principio de que los costos siguen al evento, los costos de las Demandantes incurridos en su defensa contra esas objeciones deben ser sufragados por Colombia.
288. A mayor abundamiento, la Demandada hizo un uso indebido del procedimiento de objeciones preliminares y adoptó una conducta tendiente a encarecer el procedimiento, factor que debe ser tenido en cuenta por el Tribunal. Por ejemplo, Colombia (i) solicitó tardíamente al Tribunal que conociera de sus objeciones en virtud del Artículo 10.20.4 y sus objeciones jurisdiccionales como cuestiones preliminares, presentando su solicitud 20 días después de que venciera el plazo de 45 días para las objeciones preliminares expeditas de conformidad con el Artículo 10.20.5 del Tratado, (ii) impugnó hechos que deben asumirse como ciertos, planteó objeciones inapropiadas respecto de cuestiones complejas de hecho y de derecho, y abusó del proceso de objeciones preliminares para presentar su caso sobre el fondo, sin brindar a las Demandantes la oportunidad de presentar plenamente pruebas u obtener divulgaciones, (iii) insistió en la presentación de traducciones al español para la audiencia, pero luego insistió en que las transcripciones en español no formaran parte del expediente, y (iv) presentó una solicitud infundada para eliminar la respuesta de las Demandantes a la Comunicación de PNC.
289. Por último, las objeciones infundadas de la Demandada a la solicitud de la Demandante de introducir extractos del escrito de demanda y del informe pericial adjunto [REDACTED]

⁴⁷¹ Declaración de Costos de las Demandantes, pág. 3 y Declaración Suplementaria de Costos de las Demandantes, pág. 4. Este monto se compone de USD 375.000 en pagos adelantados al CIADI y USD 2.038.233 en honorarios y gastos legales (USD 1.897.406 para honorarios de abogados, USD 122.391 para honorarios suplementarios de abogados, y USD 18.436 en concepto de costos).

siguiente monto (en USD):

Honorarios y gastos del Tribunal

| | |
|-------------------------|----------------|
| José Emilio Nunes Pinto | USD 168,156.78 |
| John Beechey | USD 84,364.84 |
| Marcelo Kohen | USD 119,736.94 |

Honorarios y gastos de la asistente

| | |
|-------------------------|---------------|
| Maria Claudia Procopiak | USD 10,650.00 |
|-------------------------|---------------|

| | |
|---|----------------|
| Gastos administrativos del CIADI | USD 220,000.00 |
|---|----------------|

| | |
|------------------------|---------------|
| Gastos directos | USD 58,148.22 |
|------------------------|---------------|

| | |
|---------------------|------------------------------|
| <u>Total</u> | <u>USD 661,056.78</u> |
|---------------------|------------------------------|

295. Los costos mencionados *supra* han sido abonados con cargo a los anticipos realizados por las Partes en proporciones iguales⁴⁷³. Como resultado, la proporción de los costos del arbitraje de cada Parte asciende a USD US\$ 330,528.39.

VII. DECISIÓN

296. Por los motivos expuestos *supra*, el Tribunal, por unanimidad, decide lo siguiente:

- (1) ADMITE la Objeción Preliminar presentada por la Demandada y DECLARA que las reclamaciones de las Demandantes son inadmisibles y, por lo tanto, da por concluido el arbitraje.
- (2) CONDENA a las Demandantes a pagar a la Demandada la suma de USD 330.528,39 en concepto de honorarios y gastos del Tribunal de Arbitraje, los honorarios y gastos de la Asistente del Tribunal y los costos del CIADI, así como las costas legales de la Demandada por la suma de USD 1.225.326.
- (3) DESESTIMA todos los demás petitorios.

⁴⁷³ El saldo restante será reembolsado a las Partes en proporción a los pagos anticipados al CIADI.

[firmado]

Sr. John Beechey
Árbitro

Fecha: 19 de diciembre de 2024

Prof. Marcelo G. Kohen
Árbitro

Fecha:

Sr. José Emilio Nunes Pinto
Presidente del Tribunal

Fecha:

[firmado]

Sr. John Beechey
Árbitro

Prof. Marcelo G. Kohen
Árbitro

Fecha:

Fecha: 19 de diciembre de 2024

Sr. José Emilio Nunes Pinto
Presidente del Tribunal

Fecha:

Sr. John Beechey
Árbitro

Fecha:

Prof. Marcelo G. Kohen
Árbitro

Fecha:

[firmado]

Sr. José Emilio Nunes Pinto
Presidente del Tribunal

Fecha: 19 de diciembre de 2024