

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

En el procedimiento de arbitraje entre

**GLENCORE INTERNATIONAL A.G. Y
C.I. PRODECO S.A.**

(Demandantes)

y

REPÚBLICA DE COLOMBIA

(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/16/6

**LAUDO
[Traducción]**

Miembros del Tribunal

Juan Fernández-Armesto, Presidente del Tribunal
Oscar M. Garibaldi, Árbitro
J. Christopher Thomas QC, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Alicia Martín Blanco

Asistente del Tribunal

Krystle M. Baptista

Fecha de envío a las Partes: 27 de agosto de 2019

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A.:

Sr. Nigel Blackaby
Sra. Caroline Richard
Sr. Alex Wilbraham
Sr. Gustavo Topalian
Sra. Ankita Ritwik
Sra. Jessica Moscoso
Sra. Amy Cattle
Sr. Diego Rueda
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
700 13th Street, NW
10th Floor
Washington, D.C. 20005-3960
Estados Unidos de América

Sr. José Manuel Álvarez Zárate
Álvarez Zárate & Asociados
Calle 82 No. 11-37, Oficina 501
Bogotá D.C.
Colombia

En representación de la República de Colombia:

Sr. Nicolás Palau Van Hissenhoven
Dirección de Inversión Extranjera, Servicios, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Calle 28 No.13A-15, piso 5
Bogotá D.C.
Colombia

Sra. Ana María Ordóñez Puentes
Sr. César Augusto Méndez Becerra
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Carrera 7 No. 75-66, pisos 2 y 3
Bogotá D.C.
Colombia

Prof. Eduardo Silva Romero
Sr. José Manuel García Represa
Dechert (París) LLP
32 rue de Monceau
París, 75008
Francia

Sr. Álvaro Galindo Cardona
Sr. Juan Felipe Merizalde Urdaneta
Dechert LLP
1900 K Street, NW
Washington, D.C. 20006
Estados Unidos de América

Prof. Pierre Mayer
20 rue des Pyramides
París, 75001
Francia

TABLA DE CONTENIDOS

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES.....	1
TABLA DE CONTENIDOS.....	2
GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIACIONES.....	6
LISTA DE CASOS	14
I. INTRODUCCIÓN.....	19
(1) Las Partes.....	19
(2) El Tratado	21
II. ANTECEDENTES PROCESALES	23
(1) Cronología del procedimiento	23
(2) Determinados incidentes procesales	34
(2.1) Resolución Procesal No. 2	34
(2.2) Resolución Procesal No. 3	40
(2.3) Resolución Procesal No. 4	41
(2.4) Resolución Procesal No. 6	45
III. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS.....	49
(1) El Contrato Minero: Suscripción, ejecución y otrosíes	49
(2) El Otrosí No. 8: Etapas preliminares	61
(3) El Contrato 3ha	67
(4) El Otrosí No. 8: Negociaciones	74
(5) El Otrosí No. 8: Suscripción.....	81
(6) Ejecución del Otrosí No. 8	92
(7) El Proceso de Responsabilidad Fiscal.....	96
(8) Inicio del Proceso de Nulidad Contractual	125
(9) Consultas amigables y arbitraje.....	126
(10) Denuncia Penal en contra de Prodeco	126
(11) Aplicación provisional del Otrosí No. 8.....	127
IV. PETITORIOS DE LAS PARTES.....	128

(1) Petitorio de las Demandantes	128
(2) Petitorio de la Demandada	130
V. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD	133
V.1. EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD	134
(1) Posición de la Demandada.....	134
(2) Posición de las Demandantes.....	139
(3) Corrupción.....	144
(3.1) Hechos probados	144
(3.2) El incidente procesal	154
(3.3) Decisión del Tribunal de Arbitraje	158
(4) Mala fe.....	174
(4.1) Hechos probados	174
(4.2) Decisión del Tribunal de Arbitraje	192
(5) Síntesis de las decisiones	197
V.2. EXCEPCIÓN DE ELECCIÓN DE VÍA	198
(1) Posición de la Demandada.....	198
(2) Posición de las Demandantes.....	201
(3) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	205
V.3. EXCEPCIÓN DE CLÁUSULA PARAGUAS	215
(1) Posición de la Demandada.....	215
(2) Posición de las Demandantes.....	219
(3) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	223
(3.1) Disposiciones pertinentes.....	224
(3.2) Interpretación del Art. 11(3) del Tratado	225
(3.3) Competencia respecto de la “Reclamación contra la ANM”	231
V.4. EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD	235
(1) Posición de la Demandada.....	235
(2) Posición de las Demandantes.....	238
(3) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	241
VI. FONDO DE LAS RECLAMACIONES	252
VI.1. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES	253
(1) Frustración de las Expectativas Legítimas	254

(2) Falta del entorno de inversion requerido por el TJE.....	256
(3) Denegación del debido proceso	260
VI.2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA	264
(1) Ausencia de incumplimiento de expectativas legítimas	265
(2) Colombia adoptó medidas legales, regulatorias y de control ordinarias	270
(3) El Proceso de Responsabilidad Fiscal respetó el debido proceso	276
VI.3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE	281
(1) Excepciones procesales de la Demandada.....	281
(2) La supuesta responsabilidad de Colombia derivada de la conducta de la Contraloría.....	284
(2.1) Incumplimiento del Estándar de TJE	285
(2.2) Medidas no razonables.....	308
(3) La supuesta responsabilidad de Colombia emergente de la conducta de SGC/ANM	329
VII. REPARACIÓN.....	332
(1) Posición de las Demandantes.....	332
(2) Posición de la Demandada.....	332
(3) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	333
VIII. INTERESES	339
(1) Posición de las Demandantes.....	339
(2) Posición de la Demandada.....	340
(3) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	340
IX. TRIBUTACIÓN	345
(1) Posición de las Partes	345
(2) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	345
X. COSTAS.....	348
(1) Posición de las Demandantes.....	348
(2) Posición de la Demandada.....	349
(3) Decisión del Tribunal de Arbitraje.....	350
(4) Intereses.....	353

XI. SÍNTESIS.....	354
(1) Petitorios de las Demandantes	354
(2) Petitorios de la Demandada.....	358
XII. DECISIÓN.....	361

GLOSARIO DE TÉRMINOS Y ABREVIACIONES

Acuerdo de Compromiso	Acuerdo de Compromiso suscrito el 21 de mayo de 2009, en virtud del cual Prodeco e Ingeominas se comprometieron a negociar formalmente un otrosí No. 8 al Contrato Minero
Acuerdo de Uso Integrado	Acuerdo de Uso Integrado de Infraestructura Minera suscrito por las Sociedades Relacionadas de Prodeco en enero de 2008 para el uso integrado de infraestructura minera en el proyecto La Jagua
ANDJE	Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
ANM	Agencia Nacional de Minería
Art.	Artículo
Artículos de la CDI	Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con Comentarios (2001) (Doc. CL-24)
Audiencia	Audiencia sobre Jurisdicción y Fondo, celebrada entre 28 de mayo – 2 de junio de 2018
Auto de imputación	Auto de imputación de responsabilidad fiscal, emitido por la Contraloría, de 30 de agosto de 2013
Brattle I	Primer informe pericial del perito en materia de daños de Colombia, the Brattle Group, de 17 de julio de 2017
Brattle II	Segundo informe pericial del perito en materia de daños de Colombia, the Brattle Group, de 2 de abril de 2018
C I	Memorial de las Demandantes, de fecha 16 de diciembre de 2016
C II	Memorial de Réplica de las Demandantes, de fecha 29 de enero de 2018
C III	Dúplica de las Demandantes sobre Excepciones Preliminares, de fecha 4 de mayo de 2018
C IV	Escrito de las Demandantes sobre costos, de fecha 24 de septiembre de 2018
Carbocol	Carbones de Colombia, S.A., una empresa estatal con la cual Prodeco celebró el Contrato Minero
Carbón Mezclado	Carbón de la Mina Calenturitas mezclado con carbón de otras minas, a saber, La Jagua
CDJ	Carbones de la Jagua, S.A., una de las Sociedades Relacionadas de Prodeco
CEO	Director Ejecutivo
CET	Carbones El Tesoro, S.A., una de las Sociedades Relacionadas de Prodeco
CIADI o Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIB	<i>Compensación por Ingresos Brutos</i>
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cláusula de Elección de Vía	Cláusula de elección de vía (<i>fork in the road</i>) contenida en el Artículo 11(4) del Tratado
Cláusula Paraguas	Cláusula paraguas contenida en el Art. 10(2) del Tratado
CMU	Consorcio Minero Unido, S.A., una de las Sociedades Relacionadas de Prodeco
Código de Minas de 1988	Código de Minas colombiano de 1988
Comité de Contratación	Comité de Contratación Minera de Ingeominas
Compass Lexecon I	Primer informe pericial del perito en materia de daños de las Demandantes, Compass Lexecon, de 16 de diciembre de 2016
Compass Lexecon II	Segundo informe pericial del perito en materia de daños de las Demandantes, Compass Lexecon, de 29 de enero de 2018
Compensación Suplementaria	Compensación suplementaria prevista en virtud del Contrato Minero original, aplicable cuando el precio del carbón subiera por encima de USD 40 por tonelada
Conciliación	Audiencia de conciliación celebrada el 28 de marzo de 2016
Contraloría	Contraloría General de la República
Contrato 3ha	Contrato por 3 hectáreas de terreno otorgado a los Sres. Jorge Isaac Maldonado Mestre y César Augusto García Varga
Contrato de Cesión	Acuerdo de 4 de mayo de 2009 mediante el cual el Sr. Maldonado y el Sr. García cedieron el Contrato 3ha a CDJ, a cambio de una contraprestación de USD 1,75 M
Contrato Minero	Contrato 044/89 suscrito entre Prodeco y Carbocol el 21 de febrero de 1989 para la exploración, construcción y explotación de un proyecto carbonífero en la Mina Calenturitas
Convenio de Cooperación	Convenio para el intercambio de información entre la SIC y la ANDJE, firmado el 13 de junio de 2017
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de 14 de octubre de 1966
COP	Peso colombiano
Correos Electrónicos Confiscados	Correos electrónicos confiscados por la SIC de los computadores de Prodeco
Costos del Procedimiento	Derecho de registro y avances de los costos pagados por las Partes al CIADI
CPHB	Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, de 8 de agosto de 2018
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

Demandada o la República o Colombia	La República de Colombia
Demandantes	Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A.
Denuncia Penal	“Denuncia penal en averiguación de responsables por la presunta comisión de delitos contra la administración pública”, presentada por la ANDJE el 10 de septiembre de 2017 en contra de Prodeco y Glencore
Disputa de Inversión	Carta de las Demandantes al Presidente de Colombia, notificándolo formalmente de una disputa conforme al Tratado, de fecha 28 de agosto de 2015
Doc. C-#	Anexo documental de las Demandantes
Doc. CL-#	Autoridad legal de las Demandantes
Doc. H-1	Discurso de Apertura de las Demandantes de 28 de mayo de 2018
Doc. R-#	Anexo documental de la Demandada
Doc. R-100	Anexo documental R-100 de la Demandada dentro de los Documentos en Disputa
Doc. RL-#	Autoridad legal de la Demandada
Documentos con Supresiones	Documentos con supresiones presentados por las Demandantes el 5 de febrero de 2018
Documentos de la FGN	Documentos recolectados de la FGN
Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados	Documentos que fueron sujetos a privilegio legal o a un privilegio de negociación
Documentos del Anexo A	Lista de documentos que acompañaba la comunicación de la Demandada de 11 de mayo de 2018
Documentos en Disputa	41 anexos documentales que acompañaban el Memorial de Contestación de la Demandada
Documentos Privilegiados	Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados y Documentos con Supresiones
Ecocarbón	Empresa Colombiana de Carbón Ltda. – Ecocarbón
Equipo de Reacción Inmediata	Equipo Especial de Reacción Inmediata creado por la Contralora General de la República, la Sra. Sandra Morelli, el 8 de octubre de 2010
Esquema de Contraprestación	Esquema general de contraprestación que se aplicaría en virtud del Contrato Minero
Estudio de Viabilidad	Estudio de la “Viabilidad para la suscripción del Otrosí No. 8 modificadorio del Contrato 044-89” preparado por Ingeominas en enero de 2010
Excepción de Elección de Vía	Objeción a la jurisdicción de la Demandada con base en la Cláusula de Elección de Vía

Excepción de Cláusula Paraguas	Objeción a la jurisdicción de la Demandada basada en la Cláusula Paraguas
Excepción de Ilegalidad	Objeción a la jurisdicción de la Demandada en relación con la legalidad del Otrosí No. 8
Excepción de Inadmisibilidad	Objeción a la jurisdicción de la Demandada basada en la supuesta inadmisibilidad de las pretensiones de las Demandantes
Fallo de Apelación	Fallo del Contralor General de la República de 21 de agosto de 2015 relativo al recurso de apelación de Prodeco, mediante el cual se confirmó el Fallo de la Contraloría
Fallo de la Contraloría	Fallo no. 00482 de 30 de abril de 2015, por medio del cual se falla con responsabilidad fiscal respecto de unos implicados y sin responsabilidad fiscal en relación con otro dentro del proceso de responsabilidad fiscal CD-000244 (Doc. C-32) – fallo mediante el cual la Contraloría declaró a Prodeco responsable del Monto de Responsabilidad Fiscal
Fallo de Reposición	Fallo de la Contralora Delegada de julio de 2015 mediante el cual se rechazó el recurso de reposición de Prodeco en contra del Fallo de la Contraloría
Fenoco	Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.
FGN	Fiscalía General de la Nación
FOB	Libre a bordo
Gastos de Defensa	Gastos incurridos por las Partes para presentar su posición en el arbitraje
Gastos de Defensa Razonables	Gastos de Defensa en los que un demandante estándar incurriría para presentar su caso y defender sus pretensiones apropiadamente
Glencore	Glencore International A.G.
ICR	“ <i>International Coal Report</i> ” de Platts
IFE	Informe Final de Exploración
Indagación Preliminar	Indagación preliminar a Ingeominas, abierta por la Contraloría el 19 de octubre de 2010
Informe	Informe Técnico sobre la Mina Jerritt Canyon, preparado para Queenstake Resources, Ltd., de fecha 20 de abril de 2017
Informe de Apoyo Técnico	Informe del grupo de apoyo técnico de la <i>Contraloría</i> , de fecha 20 de mayo de 2013
Informe Tovar Silva	Informe técnico sobre Prodeco emitido por uno de los miembros del Equipo de Reacción Inmediata de la <i>Contraloría</i> , la Sra. Johanna Tovar Silva, el 2 de marzo de 2011
Ingeominas	Instituto Colombiano de Geología y Minería
Lista de Documentos Privilegiados	Lista de documentos privilegiados que acompañaba la carta de las Demandantes de 5 de febrero de 2018

M	Millón
McManus I	Primera declaración testimonial del Sr. Mark McManus de 16 de diciembre de 2016
McManus II	Segunda declaración testimonial del Sr. Mark McManus de 29 de enero de 2018
Mina Calenturitas o Mina	Mina de tajo abierto de más de 6.600 hectáreas conocida como Calenturitas, ubicada en los municipios de La Jagua de Ibirico, El Paso y Becerril
Minercol	Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol Ltda.
MM	Mil millones
Monto de Responsabilidad Fiscal	Monto de COP 60 MM (aproximadamente USD 25 M a la tasa de cambio vigente en el momento) que se ordenó pagar a Prodeco en virtud del Fallo de la <i>Contraloría</i>
MT	Millón de toneladas
MTA	Millón de toneladas por año
n.	Nota al pie
Nagle I	Primera declaración testimonial del Sr. Nagle de 16 de diciembre de 2016
Nagle II	Segunda declaración testimonial del Sr. Nagle de 29 de enero de 2018
Nagle III	Tercera declaración testimonial del Sr. Nagle de 4 de mayo de 2018
Otrosí No. 3	Otrosí No. 3 al Contrato Minero, suscrito por Prodeco y Minercol el 6 de marzo de 2001
Otrosí No. 5	Otrosí No. 5 al Contrato Minero, suscrito por Prodeco e Ingeominas el 15 de diciembre de 2004
Otrosí No. 6	Otrosí No. 6 al Contrato Minero, suscrito por Prodeco e Ingeominas el 15 de diciembre de 2005
Otrosí No. 7	Otrosí No. 7 al Contrato Minero, suscrito por Prodeco e Ingeominas el 15 de febrero de 2007
Otrosí No. 8	Otrosí No. 8 al Contrato Minero, suscrito por Prodeco e Ingeominas el 22 de enero de 2010
Paredes I	Primera declaración testimonial del Sr. Paredes de 15 de junio de 2017
Paredes II	Segunda declaración testimonial del Sr. Paredes de 28 de marzo de 2018
Párr.	Párrafo
Partes	Demandantes y Demandada
Período de Transición	Período de transición previsto en la Cláusula 3 del Otrosí No. 8

Precio de Referencia del Carbón	Precio del carbón para calcular la contraprestación de conformidad con el Contrato Minero
Precio Definitivo	Término empleado en el Otrosí No. 7 al Contrato Minero, en relación con el pago de las Regalías y la CIB
Precio FOB	El precio FOB en el puerto colombiano para el carbón térmico colombiano durante la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico
Primera Sesión	Primera sesión y consulta procesal llevada a cabo por el Tribunal con las Partes el 28 de septiembre de 2016
Primera Solicitud de las Demandantes	Carta de las Demandantes de 22 de agosto de 2017
Primera Versión del Otrosí No. 8	Primera versión del otrosí No. 8 al Contrato Minero, suscrita entre Prodeco e Ingeominas el 9 de diciembre de 2009
Proceso de Nulidad	Proceso de nulidad iniciado por Prodeco ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con el fin de obtener la nulidad del Fallo de la Contraloría
Proceso de Nulidad Contractual	Proceso judicial iniciado por la ANM para la nulidad del Otrosí No. 8
Proceso de Responsabilidad Fiscal	Proceso administrativo iniciado por la <i>Contraloría</i> en contra de Prodeco y otras personas
Prodeco	C.I. Prodeco S.A.
Protocolo	Protocolo del Tratado
PTI	Programa de Trabajos e Inversiones
PTI 2003	Programa de Trabajos e Inversiones de largo plazo entregado por Prodeco en diciembre de 2003
PTI 2006	Programa de Trabajos e Inversiones de largo plazo entregado por Prodeco en noviembre de 2006
PTI 2010	Programa de Trabajos e Inversiones de largo plazo entregado por Prodeco en junio de 2010
PTI Anual	Programa de Trabajos e Inversiones para cada año de la fase de producción, que sigue la secuencia de explotación definida en el PTI principal y contiene una proyección de producción para los 10 años siguientes
Puerto de Prodeco	Instalaciones portuarias de Prodeco para la exportación de carbón, ubicadas en Santa Marta
R I	Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad y Memorial de Contestación de Colombia, de fecha 16 de noviembre de 2017
R II	Réplica sobre Excepciones Preliminares y Dúplica sobre el Fondo de Colombia, de fecha 2 de abril de 2018
R III	Escrito de Colombia sobre costos, de fecha 24 de septiembre de 2018
Regalía Adicional	Regalía adicional acordada en el Otrosí No. 3 al Contrato Minero

Regalía Básica	Regalía prevista en el Contrato Minero, que consistía en una regalía básica del 5% por cada tonelada de carbón vendida, que aumentaba de manera progresiva hasta el 7,6% para el quinto año de producción en adelante
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI
RP No. 2	Resolución Procesal No. 2, de fecha 4 de noviembre de 2017
RP No. 3	Resolución Procesal No. 3, de fecha 4 de enero de 2018
RP No. 4	Resolución Procesal No. 4, de fecha 24 de abril de 2018
RP No. 5	Resolución Procesal No. 5, de fecha 17 de mayo de 2018
RP No. 6	Resolución Procesal No. 6, de fecha 31 de julio de 2018
RPHB	Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada de 8 de agosto de 2018
SdA o la Solicitud	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de 4 de marzo de 2016
Segunda Solicitud de las Demandantes	Carta de las Demandantes de 20 de septiembre de 2017
SGC	Servicio Geológico Colombiano
SIC	<i>Superintendencia de Industria y Comercio</i>
Sociedades Relacionadas de Prodeco	Empresas que son propiedad de Prodeco (CDJ, CMU y CET)
Solicitud de Conciliación	Solicitud de Conciliación presentada por Prodeco el 30 de diciembre de 2015
Solicitud de la Demandada de la Lista de Documentos Privilegiados	Solicitud de la Demandada a las Demandantes para la exhibición de Documentos Privilegiados, de fecha 23 de febrero de 2018
Solicitud de la Demandada de los Documentos de la FGN	Carta de la Demandada de 15 de mayo de 2018
Sr. Ballesteros	Sr. Mario Ballesteros, Director General de Ingeominas entre 2 de marzo de 2007 y 7 de septiembre de 2010
Sr. Maldonado	Sr. Jorge Maldonado, empleado del Ministerio de Minas y de los antecesores de Ingeominas
Sr. McManus	Sr. Mark McManus, Presidente y CEO de Prodeco desde abril de 2013
Sr. Nagle	Sr. Gary Nagle, Director de Prodeco desde mayo de 2005 hasta julio de 2013 y CEO desde enero de 2008 hasta abril de 2013
TA, Día #, pág. #, l. #	Transcripción de la Audiencia, Día, página y línea

Testigos del Tribunal	Personas llamadas por el Tribunal a declarar como testigos durante la Audiencia
TJE	Tratamiento justo y equitativo
Tratado/TBI	Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 (Doc. C-6)
TRM	Tasa Representativa del Mercado
USD	Dólar estadounidense
Vargas I	Primera declaración testimonial de la Dra. Soraya Vargas, testigo de la Demandada
VPN	Valor presente neto

LISTA DE CASOS

AES	<i>AES Summit Generation Limited y AES- Tisza Eröbü Kft. c. República de Hungría</i> , Caso CIADI No. ARB/07/22, Laudo de 23 de septiembre de 2010 (Doc. RL-68).
Alghanim & Sons	<i>Fouad Alghanim & Sons Co. for General Trading & Contracting, W.L.L. y Fouad Mohammed Thunyan Alghanim c. Reino Hachemita de Jordania</i> , Caso CIADI No. ARB/13/38, Laudo de 14 de diciembre de 2017 (Doc. RL-176).
Al Warraq	<i>Hesham Talaat M. Al-Warraq c. Indonesia</i> , CNUDMI, Laudo de 15 de diciembre de 2014 (Doc. RL-41).
Ampal-American Israel Corp	<i>Ampal-American Israel Corp. y otros c. República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/12/11, Decisión sobre Responsabilidad y Conceptos de Daños de 21 de febrero de 2017 (Doc. RL-158).
Apotex	<i>Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo de 25 de agosto de 2014 (Doc. CL-140).
Arif	<i>Sr. Franck Charles Arif c. República de Moldavia</i> , Caso CIADI No. ARB/11/23), Laudo de 8 de abril de 2013 (Doc. CL-93).
Azinian	<i>Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2, Laudo de 1 de noviembre de 1999 (Doc. RL-60).
Azurix	<i>Azurix Corp. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo de 14 de julio de 2006 (Doc. CL-44).
Bayindir	<i>Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. República Islámica de Pakistán</i> , Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo de 27 de agosto de 2009 (Doc. RL-52).
Bureau Veritas	<i>Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay</i> , Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de 29 de mayo de 2009 (Doc. RL-8).
Cargill	<i>Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo de 18 de septiembre de 2009 (Doc. RL-65).
Cervin	<i>Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c. República de Costa Rica</i> , Caso CIADI No. ARB/13/2, Laudo de 7 de marzo de 2017 (Doc. RL-177).
Fábrica de Chorzów	<i>Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)</i> , CPJI, Pretensión Indemnizatoria (Jurisdicción), 26 de julio de 1927, Series A, No. 9 (1927).
CMS	<i>CMS Gas Transmission Company c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo de 12 de mayo de 2005 (Doc. CL-41).
Clayton et al.	<i>William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá</i> , Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad de 17 de marzo de 2015 (Doc. CL-141).

Convial Callao	<i>Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú</i> , Caso CIADI No. ARB/10/2, Laudo de 21 de mayo de 2013 (Doc. CL-135).
Crystalex	<i>Crystalex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2), Laudo de 4 de abril de 2016 (Doc. CL-95).
Deutsche Bank	<i>Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka</i> , Caso CIADI No. ARB/09/02, Laudo de 31 de octubre de 2012 (Doc. CL-92).
ECE	<i>ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft PANTA Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co c. República Checa</i> , Caso CPA No. 2010-5, Laudo de 19 de septiembre de 2013 (Doc. RL-59).
EDF	<i>EDF (Services) Limited c. Rumania</i> , Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo de 8 de octubre de 2009 (Doc. CL-113).
Eli Lilly and Co.	<i>Eli Lilly and Company c. Gobierno de Canadá</i> , Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Definitivo de 16 de marzo de 2017 (Doc. RL-62).
ELSI	<i>Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)</i> , Fallo de 20 de julio de 1989, Informes C.I.J. 1989 (dOC. Cl-10).
EnCana	<i>EnCana Corporation c. República del Ecuador</i> , Caso LCIA No. UN3481, CNUDMI, Laudo de 3 de febrero de 2006, párr. 194 (Doc. CL-131).
Feldman	<i>Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos</i> (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1), Laudo de 16 de diciembre de 2002, párr. 197 (Doc. CL-30).
Flughafen	<i>Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo de 18 de noviembre de 2014 (Doc. RL-42).
Frontier Petroleum	<i>Frontier Petroleum Services Ltd. c. República Checa</i> , CNUDMI, Laudo Final de 12 de noviembre de 2010 (Doc. CL-134).
Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros	<i>Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)</i> , CIJ, Fallo, Informes CIJ. 1997 de 25 de septiembre de 1997, párr. 79 (Doc. RL-17).
Garanti Koza	<i>Garanti Koza LLP c. Turkmenistán</i> , Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016 (Doc. RL-73).
Generation Ukraine	<i>Generation Ukraine Inc. c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo de 16 de septiembre de 2003, párr. 20.30 (Doc. RL-172).
Glamis	<i>Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América</i> , CNUDMI, Laudo de 8 de junio de 2009 (Doc. RL-18).
Grynberg et al.	<i>Rachel S. Grynberg y otros c. Granada</i> , Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo de 10 de diciembre de 2010 (Doc. RL-159).
Hamester	<i>Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana</i> , Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo de 18 de junio de 2010 (Doc. RL-9).
H&H Enterprises	<i>H&H Enterprises Investment Inc. c. República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo de 6 de mayo de 2014 (Doc. RL-2).

Impregilo	<i>Impregilo S.p.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo de 21 de junio de 2011 (Doc. CL-84).
Inceysa	<i>Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador</i> , Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo de 2 de agosto de 2006 (Doc. RL-13)
Investmart, B.V.	<i>Investmart, B.V. c. República Checa</i> , caso CNUDMI, Laudo de 26 de junio de 2009 (Doc. CL-150)
Jan de Nul	<i>Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. c República Árabe de Egipto</i> , Caso CIADI No. ARB/04/13, Laudo de 6 de noviembre de 2008. (Doc. RL-70).
Lauder	<i>Ronald S. Lauder c. República Checa</i> , CNUDMI, Laudo de 3 de septiembre de 2001.
Lemire	<i>Joseph Charles Lemire c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad de 14 de enero de 2010 (Doc. CL-74).
Lemire (Laudo)	<i>Joseph Charles Lemire c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo de 28 de marzo de 2011 (Doc. CL-83).
LG&E	<i>LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina</i> (Caso CIADI No. ARB/02/1), Decisión sobre Responsabilidad de 3 de octubre de 2006 (Doc. CL-46).
Loewen	<i>Loewen Group Inc y Raymons L. Loewen c. Estados Unidos de América</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)98/3, Laudo de 26 de junio de 2003.
Mamidoil Jetoil Greek Petroleum	<i>Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société Anonyme S.A. c. República de Albania</i> , Caso CIADI No. ARB/11/24, Laudo de 30 de marzo de 2015 (Doc. CL-125).
Metalclad	<i>Metaclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo de 30 de agosto de 2000 (Doc. CL-19).
Metal-Tech	<i>Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán</i> , Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo de 4 de octubre de 2013 (Doc. RL-122).
Methanex	<i>Methanex Corporation c. Estados Unidos de América</i> , TLCAN-CNUDMI, Laudo Final sobre Jurisdicción y Fondo de 3 de agosto de 2005 (Doc. RL-126).
Mondev	<i>Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América</i> , Caso del Mecanismo Complementario del CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de 11 de octubre de 2002 (Doc. CL-28).
MTD	<i>MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo de 25 de mayo de 2004 (Doc. CL-36).
Murphy II	<i>Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador [II]</i> , Caso CPA No. 2012-16 (anteriormente AA 434), Laudo Final Parcial de 6 de mayo de 2016 (Doc. CL-145).
Noble Ventures	<i>Noble Ventures, Inc. c. Rumania</i> , Caso CIADI No. ARB/01/11, Laudo de 12 de octubre de 2005 (Doc. CL-130).
Occidental	<i>Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador</i> (CNUDMI), Laudo Final de 1 de julio de 2004 (Doc. CL-37).

OI European	<i>OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo de fecha 10 de marzo de 2015 (Doc. RL-61).
Pantechniki	<i>Pantechniki S.A. Contractors & Engineers c. República de Albania</i> , Caso CIADI No. ARB/07/21, Laudo de 30 de julio de 2009, (Doc. RL-3).
Parkerings	<i>Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania</i> , Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo de 11 de septiembre de 2007 (Doc. RL-57).
Philip Morris (Jurisdicción)	<i>Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República del Uruguay</i> , Caso CIADI No. ARB/10/7, Decisión sobre Jurisdicción de 2 de julio de 2013 (Doc. RL-4).
Philip Morris	<i>Philip Morris Brand Sarl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay</i> , Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo de 8 de julio de 2016 (Doc. RL-179).
Phoenix	<i>Phoenix Action, Ltd. c. República Checa</i> , Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo de 15 de abril de 2009 (Doc. RL-37).
Plama	<i>Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria</i> , Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo de 27 de agosto de 2008 (Doc. RL-36).
PSEG	<i>PSEG Global Inc. Et al. c. República de Turquía</i> , Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo de 19 de enero de 2007 (Doc. CL-48).
Rompetro	<i>The Rompetrol Goup N.V. c. Rumania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/3, Laudo de 6 de mayo de 2013, párr. 152 (Doc. RL-173).
Roussalis	<i>Spyridon Roussalis c. Rumania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo de 7 de diciembre de 2011 (Doc. RL-58).
Rusoro	<i>Rusoro Mining Limited c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo de 22 de agosto de 2016 (Doc. CL-147).
Rumeli	<i>Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán</i> , Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo de 29 de julio de 2008 (Doc. CL-60).
Salini	<i>Salini Impregilo S.p.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/15/39, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 23 de febrero de 2018 (Doc. RL-156).
Saluka	<i>Saluka Investments BV c. República Checa (CNUDMI)</i> , Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (Doc. CL-43).
SAUR	<i>SAUR International SA c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad de 6 de junio de 2012 (Doc. RL-14).
S.D. Myers	<i>S.D. Myers c. Canadá</i> , Laudo Parcial de 13 de noviembre de 2000 (Doc. RL-63).
Sempra	<i>Sempra Energy International c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo de 28 de setiembre de 2007.
SGS	<i>SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas</i> , Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción de 29 de enero de 2004 (Doc. RL-6).

SGS c. Paraguay	<i>SGS Société Générale de Surveillance SA c. República del Paraguay</i> , Caso CIADI No ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción de 12 de febrero de 2010 (Doc. CL-115).
Spentex	<i>Spentex Netherlands B.V. y República de Uzbekistán</i> , Caso CIADI No. ARB/13/26, Laudo de 27 de diciembre de 2016.
Suez (Opinión separada del Juez Nikken)	<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/19, Opinión Separada del Árbitro Pedro Nikken de 30 de julio de 2010 (Doc. RL-55).
Supervisión y Control	<i>Supervisión y Control, S.A. c. República de Costa Rica</i> , Caso CIADI No. ARB/12/4, Laudo de 18 de enero de 2017 (Doc. RL-43).
Swisslion	<i>Swisslion DOO Skopje c. Antigua República Yugoslava de Macedonia</i> , Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo de 6 de julio de 2012 (Doc. RL-74).
Tecmed	<i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003 (Doc. CL-32).
TECO Guatemala	<i>TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala</i> , Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo de 19 de diciembre de 2013 (CL-136).
Thunderbird	<i>International Thunderbird Gaming Corporation c. México, TLCAN</i> , Laudo de 26 de enero de 2006 (Doc. CL-107).
Tokios Tokelès	<i>Tokios Tokelès c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo de 26 de julio de 2007 (Doc. RL-69).
Total	<i>Total S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (Doc. CL-82).
Toto Costruzioni	<i>Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano</i> , Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo de 7 de junio de 2012 (Doc. CL-130).
UAB	<i>UAB E energija (Lituania) c. República de Letonia</i> , Caso CIADI No. ARB/12/33, Laudo de 22 de diciembre de 2017 (Doc. RL-174).
Unglaube	<i>Marion y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica</i> , Caso CIADI Nos. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo de 16 de mayo de 2012 (Doc. CL-87).
Urbaser	<i>Urbaser S.A. y otros c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/07/26, Laudo de 8 de diciembre de 2016 (Doc. RL-175).
Vivendi	<i>Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/97/3, Decisión sobre la Anulación de 3 de julio de 2002 (Doc. CL-99).
Waste Management II	<i>Waste Management, Inc. c. Estados Mexicanos Unidos ("Número 2")</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo de 30 de abril de 2004.
World Duty Free	<i>World Duty Free Company Limited c. República de Kenya</i> , Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo de 4 de octubre de 2006 (Doc. RL-11).

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente caso se refiere a una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [“**CIADI**” o el “**Centro**”] sobre la base de (i) el Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 [el “**Tratado**” o el “**TBI**”], y (ii) el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966 [el “**Convenio del CIADI**”], que entró en vigor para Suiza y para Colombia el 6 de octubre de 2009.

(1) LAS PARTES

A. Demandantes – Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A.

2. Las Demandantes son (i) Glencore International A.G. [“**Glencore**”], una sociedad constituida bajo las leyes de la Confederación Suiza y con sede en ella; y (ii) C.I. Prodeco S.A. [“**Prodeco**”], una subsidiaria de propiedad exclusiva de Glencore, constituida bajo las leyes de la República de Colombia. Glencore y Prodeco se denominan conjuntamente “**Demandantes**”. Glencore es una de las empresas diversificadas de recursos naturales más grandes del mundo, dedicada al comercio y a la minería de productos básicos¹.
3. Las Demandantes están representadas en el presente arbitraje por:

Sr. Nigel Blackaby
Sra. Caroline Richard
Sr. Alex Wilbraham
Sr. Gustavo Topalian
Sra. Ankita Ritwik
Sra. Jessica Moscoso
Sra. Amy Cattle
Sr. Diego Rueda

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER US LLP

700 13th Street, NW

10th Floor

Washington, D.C. 20005-3960

Estados Unidos de América

Tel.: +1 202 777 4500

Fax: +1 202 777 4555

Correo electrónico: nigel.blackaby@freshfields.com
 caroline.richard@freshfields.com
 alex.wilbraham@freshfields.com
 gustavo.topalian@freshfields.com

¹ C I, párr. 22.

ankita.ritwik@freshfields.com
jessica.moscoso@freshfields.com
amy.cattle@freshfields.com
diego.rueda@freshfields.com

Sr. José Manuel Álvarez Zárate
ÁLVAREZ ZÁRATE & ASOCIADOS
Calle 82 No. 11-37, Oficina 501
Bogotá D.C.
Colombia
Tel.: +57 1 691 5110
Fax: +57 1 1617 0299
Correo electrónico: josealvarez.zarate@hotmail.com

B. Demandada – La República de Colombia

4. La Demandada es la República de Colombia [“Colombia”, la “República” o “Demandada”].
5. La Demandada está representada en el presente arbitraje por:

Sr. Nicolás Palau Van Hissenoven
DIRECCIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA, SERVICIOS,
MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
Calle 28 No.13A-15, piso 5
Bogotá D.C.
Colombia
Tel.: +57 1 606 7676
Fax: +57 1 606 7676 / ext. 1323
Correo electrónico: npalau@mincit.gov.co

Sra. Ana María Ordóñez Puentes
Sr. César Augusto Méndez Becerra
AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA
JURÍDICA DEL ESTADO
Carrera 7 No. 75-66, pisos 2 y 3
Bogotá D.C.
Colombia
Tel.: +57 1 255 8955 / ext. 777
Fax: +57 1 255 8933
Correo electrónico: ana.ordonez@defensajuridica.gov.co
cesar.mendez@defensajuridica.gov.co

Prof. Eduardo Silva Romero
Sr. José Manuel García Represa
DECHERT (PARÍS) LLP
32 rue de Monceau
París, 75008

Francia

Tel.: +33 1 5757 8014

Fax: +33 1 5757 8081

Correo electrónico: eduardo.silvaromero@dechert.com

jose-manuel.garciarepresa@dechert.com

Sr. Álvaro Galindo Cardona

Sr. Juan Felipe Merizalde

DECHERT LLP

1900 K Street, NW

Washington, D.C. 20006-1110

Estados Unidos de América

Tel.: +1 202 261 3396

Fax: +1 202 261 3333

Correo electrónico: alvaro.galindo@dechert.com

juanfelipe.merizalde@dechert.com

Prof. Pierre Mayer

20 rue des Pyramides,

París, 75001

Francia

Tel.: +33 1 8509 0158

Fax: +33 1 0871 5178

Correo electrónico: mayer@pierremayer.com

6. Las Demandantes y la Demandada se denominarán conjuntamente las “**Partes**”.

(2) EL TRATADO

7. El Art. 11 del Tratado regula la resolución de disputas entre una Parte y un inversionista de la otra Parte del Tratado²:

“(1) Si un inversionista de una Parte considera que alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente.

(2) Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un periodo de seis meses desde la fecha de la solicitud escrita para consultas, podrá ser remitido a las cortes o tribunales administrativos de la Parte concerniente o al arbitraje internacional. En el último caso, el inversionista tendrá la opción de escoger entre alguno de los siguientes:

(a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros

² Doc. C-6.

Estados, abierto para firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (“Convenio de Washington”); y

(b) Un tribunal ad-hoc que, a menos de un acuerdo distinto entre las partes de la disputa, deberá establecerse bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

(3) Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior, excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 de este Acuerdo.

(4) Una vez que el inversionista haya remitido la disputa, ya sea a un tribunal nacional o a cualquier mecanismo de arbitraje internacional previsto en el párrafo 2 anterior, la escogencia del procedimiento será definitiva.

(5) Un inversionista no podrá remitir una disputa para su solución de acuerdo a este artículo si ha transcurrido más de cinco años desde la fecha en que el inversionista adquirió por primera vez, o debió adquirir, conocimiento de los eventos que llevaron a dicha disputa.

(6) La Parte que sea parte en una disputa no podrá en ningún momento durante el proceso afirmar como defensa su inmunidad, o el hecho de que el inversionista haya recibido, por virtud de un contrato de seguro, una compensación que cubra el total o parte de los daños en que se incurrió.

(7) Ninguna de las Partes podrá promover por los canales diplomáticos una disputa remitida al arbitraje internacional, a menos que la otra Parte no se atenga a la sentencia arbitral ni la cumpla.

(8) La sentencia arbitral deberá ser definitiva para las partes en la disputa y deberá ser ejecutada sin demora alguna, de acuerdo a la ley de la Parte concerniente”.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

8. El procedimiento que nos ocupa ha estado plagado de incidentes procesales. A fin de presentar una correcta descripción de los antecedentes del presente arbitraje, el Tribunal presentará en primer lugar una cronología del procedimiento (1.) y luego expondrá en detalle los incidentes procesales principales (2.).

(1) CRONOLOGÍA DEL PROCEDIMIENTO

9. El 4 de marzo de 2016, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de la misma fecha de Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. contra la República de Colombia, junto con los Anexos Documentales C-1 a C-66 [“**Solicitud**”].
10. El 16 de marzo de 2016, la Secretaría General del CIADI registró la Solicitud de conformidad con el Art. 36(3) del Convenio del CIADI y notificó a las Partes el acto de registro. En la Notificación del Acto de Registro, la Secretaría General invitó a las Partes a que procedieran a constituir un tribunal de arbitraje lo más pronto posible, conforme a la Regla 7(d) de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.
11. Las Partes acordaron constituir el Tribunal de acuerdo con el Art. 37(2)(a) del Convenio del CIADI de la siguiente manera: el Tribunal estaría compuesto por tres árbitros, uno nombrado por cada Parte y el tercero, el árbitro presidente, nombrado de común acuerdo.
12. El 4 de mayo de 2016, las Demandantes nombraron al Sr. Oscar M. Garibaldi, nacional de los Estados Unidos de América y también nacional de la República Argentina, como árbitro en el presente caso. El Sr. Garibaldi aceptó su nombramiento el 6 de mayo de 2016.
13. El 3 de junio de 2016, la Demandada nombró al Sr. Christopher Thomas, nacional de Canadá, como árbitro en el presente caso. El Sr. Thomas aceptó su nombramiento el 7 de junio de 2016.
14. El 29 de julio de 2016, las Partes nombraron al Prof. Juan Fernández-Armesto, nacional del Reino de España, como Presidente del Tribunal. El Prof. Fernández-Armesto aceptó su nombramiento el 3 de agosto de 2016.
15. El 4 de agosto de 2016, la Secretaría General, conforme a la Regla 6(1) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI [“**Reglas de Arbitraje**”], notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado su nombramiento y que, por ende, se entendía que el Tribunal se había constituido en esa fecha. La Sra. Alicia Martín Blanco, Consejera Jurídica del CIADI, fue designada para actuar como Secretaria del Tribunal.
16. El 28 de septiembre de 2016, conforme a la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal celebró una primera sesión y consulta procesal preliminar con las Partes mediante conferencia telefónica [“**Primera Sesión**”].

17. El 4 de noviembre de 2016, luego de la Primera Sesión, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 que plasma el acuerdo de las Partes en cuestiones procesales y las decisiones del Tribunal en lo que respecta a cuestiones controvertidas. La Resolución Procesal No. 1 dispone, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían las que entraron en vigor el 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serían español e inglés, que el lugar del procedimiento sería Washington, D.C., y que la Sra. Krystle M. Baptista actuaría como Asistente del Tribunal. La Resolución Procesal No. 1 también propone tres calendarios procesales que contemplan tres escenarios diferentes para la fase escrita.
18. El 16 de diciembre de 2016, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el Fondo, junto con lo siguiente:
 - las Declaraciones Testimoniales de:
 - o el Sr. Gary Nagle
 - o el Sr. Mark McManus
 - el Informe Pericial de Compass Lexecon
 - los Anexos Documentales C-67 a C-184
 - las Autoridades Legales CL-1 a CL-95
19. La presentación fue enviada a la Demandada y al Tribunal el 2 de enero de 2017, de conformidad con el párrafo 15.2 de la Resolución Procesal No. 1.
20. El 2 de febrero de 2017, la Demandada presentó su Solicitud de Bifurcación, junto con los Anexos Documentales R-1 a R-25 y las Autoridades Legales RL-1 a RL-4.
21. El 2 de marzo de 2017, las Demandantes presentaron su Contestación a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, junto con los Anexos Documentales C-185 a C-194 y las Autoridades Legales CL-96 a CL-127.
22. El 3 de abril de 2017, el Tribunal emitió su decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada. El Tribunal resolvió no bifurcar el procedimiento y abordar las excepciones jurisdiccionales planteadas por la Demandada junto con el fondo, siguiendo el calendario procesal establecido como Escenario 3 en la Resolución Procesal No. 1.
23. El 17 de julio de 2017, la Demandada presentó sus Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad y Memorial de Contestación, junto con:
 - las Declaraciones Testimoniales de:
 - o el Sr. Oscar Paredes
 - o la Sra. Soraya Vargas

- el Informe Pericial de los Sres. Frank Graves y John Dean de The Brattle Group, conjuntamente con los Anexos Documentales BR-1 a BR-124
 - los Anexos Documentales R-26 a R-203
 - las Autoridades Legales RL-35 a RL-114
24. Mediante carta de 26 de julio de 2017, las Demandantes señalaron que 41 de los anexos documentales que acompañaban al Memorial de Contestación de la Demandada eran cadenas de correos electrónicos privados e internos intercambiados internamente entre la gerencia de las Demandantes y sus abogados internos y externos [“**Documentos en Disputa**”]. Las Demandantes solicitaron, *inter alia*, que el Tribunal ordenara a Colombia que proporcionara información respecto del momento y la forma en la cual se habían obtenido estos documentos, así como una lista completa de las comunicaciones, documentos y datos privados de Prodeco en poder de Colombia, sus abogados internos y externos, y sus testigos y peritos, indicando la cadena de custodia y las fechas de acceso. Las Demandantes solicitaron además una resolución “que declarara inadmisibles todos los documentos obtenidos o exhibidos irregularmente por Colombia en violación de su obligación de buena fe y de las reglas de privilegio, y una orden que eliminara cualquier afirmación contenida en el Memorial de Contestación y/o en las declaraciones testimoniales e informes periciales de Colombia que se basaran en dichos documentos”.
25. El 3 de agosto de 2017, la Demandada presentó su contestación, junto con los Anexos Documentales R-204 a R-214 y las Autoridades Legales RL-115 a RL-120. La Demandada (i) explicó que los Documentos en Disputa habían sido obtenidos legalmente por la Superintendencia de Industria y Comercio [“**SIC**”] en el contexto de una indagación preliminar sobre prácticas abusivas por parte de Prodeco y sus sociedades relacionadas y (ii) solicitó que el Tribunal declarara la admisibilidad de los Documentos en Disputa.
26. Mediante carta de 22 de agosto de 2017, las Demandantes presentaron su réplica a la carta de la Demandada, junto con los Anexos Documentales C-195 a C-228, y modificaron ligeramente su petitorio [“**Primera Solicitud de las Demandantes**”]. El 11 de septiembre de 2017, la Demandada presentó una carta de dúplica, reiterando su solicitud inicial.
27. El 20 de septiembre de 2017, las Demandantes presentaron una nueva carta [“**Segunda Solicitud de las Demandantes**”] en la que abordaron las siguientes cuestiones:
- la interposición, el 11 de septiembre de 2017, de una denuncia penal por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [“**ANDJE**”] ante el despacho de la Fiscalía General de la Nación que solicitaba, *inter alia*, la declaración de dos de los empleados de las Demandantes;
 - la aparente filtración de los Documentos en Disputa a la prensa colombiana; y la intención de Colombia de procurar obtener órdenes del Tribunal para la

exhibición de comunicaciones entre Prodeco y su anterior abogado externo, así como una orden que obligara a este último a comparecer como testigo en la audiencia.

A la espera de la consideración por parte del Tribunal de su primera solicitud, en la Segunda Solicitud de las Demandantes, éstas solicitaron una medida urgente para proteger el *statu quo*.

28. El 2 de octubre de 2017, la Demandada presentó su contestación a la Segunda Solicitud de las Demandantes, junto con los Anexos Documentales R-214 a R-230 y las Autoridades Legales RL-121 a RL-143, solicitando que el Tribunal la rechazara.
29. El 26 de septiembre de 2017, luego de intercambios entre las Partes, el Centro transmitió las respectivas solicitudes de exhibición de documentos de las Partes. El 11 de octubre de 2017, el Tribunal pospuso su decisión sobre las solicitudes de exhibición de los Documentos en Disputa, a la espera de una revisión exhaustiva y de las deliberaciones sobre las solicitudes de las Demandantes.
30. El 4 de noviembre de 2017, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 en la que decidía, *inter alia* que debían excluirse los Documentos en Disputa del expediente del presente arbitraje, ordenaba a la Demandada a que presentara nuevamente sus Excepciones a la Jurisdicción y Admisibilidad y su Memorial de Contestación sin adjuntar ni hacer referencia a los Documentos en Disputa, les daba a las Partes una oportunidad de presentar nuevas solicitudes de exhibición de documentos que sustituirían y reemplazarían las solicitudes originales que aún se encontraban ante el Tribunal pendientes de resolución, y proponía un nuevo calendario procesal. Las Partes aceptaron el nuevo calendario procesal el 10 de noviembre de 2017.
31. Mediante carta de 14 de noviembre de 2017, la Demandada presentó observaciones a la Resolución Procesal No. 2, junto con los Anexos Documentales R-231 a R-235 y las Autoridades Legales RL-145 a RL-147. El Tribunal invitó a las Demandantes a que realizaran comentarios sobre la carta de la Demandada en su Memorial de Réplica.
32. El 16 de noviembre de 2017, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción Revisados, junto con:
 - la Declaración Testimonial Revisada del Sr. Oscar Paredes
 - el Informe Pericial Revisado de los Sres. Frank Graves y John Dean de The Brattle Group, junto con el Anexo Documental Revisado BR-118
 - los nuevos Anexos Documentales R-236 y R-237
33. De acuerdo con el calendario procesal modificado, el 14 de diciembre de 2017, las Partes presentaron sus respectivas solicitudes de exhibición de documentos para la decisión del Tribunal, incluyendo las contestaciones y réplicas correspondientes.

34. El 4 de enero de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 con su decisión sobre la solicitud de exhibición de documentos de las Partes en sus respectivos Cronogramas Redfern. El 11 de enero de 2018, después de una solicitud de las Demandantes y de la respuesta de la Demandada, el Tribunal otorgó a las Demandantes una prórroga para presentar los documentos cuya exhibición había sido ordenada en la Resolución Procesal No. 3.
35. El 30 de enero de 2018, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el Fondo junto con:
 - las Segundas Declaraciones Testimoniales de:
 - o el Sr. Gary Nagle
 - o el Sr. Mark McManus
 - el Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon
 - los Anexos Documentales C-229 a C-294, y presentaron nuevamente los Anexos Documentales C-50, C-56 y C-103
 - las Autoridades Legales CL-127.1 a CL-149
36. El 23 de febrero de 2018, la Demandada presentó una carta, junto con los Anexos Documentales R-238 a R-240, solicitando al Tribunal, *inter alia*:
 - que ordenara a las Demandantes que exhibieran copias sin supresiones de los documentos que habían exhibido con supresiones,
 - que exhibieran los documentos incluidos en la lista de documentos privilegiados presentada por las Demandantes, con supresiones solo en aquellos documentos intercambiados con los abogados externos en las partes pertinentes en las que se hubiera solicitado o brindado asesoría legal,
 - que completaran su exhibición de documentos de conformidad con la Resolución Procesal No. 3 y que así lo confirmaran.
37. El 2 de marzo de 2018, las Demandantes presentaron su contestación a la carta de la Demandada, en la que solicitaban que el Tribunal desestimara la solicitud de la Demandada de 23 de febrero de 2018, y confirmaban que habían exhibido y/o registrado todos los documentos en su poder, custodia o control en respuesta a las órdenes del Tribunal, y que exhibirían cualquier otro documento que llegara posteriormente a su poder, custodia o control.
38. El 6 de marzo de 2018, el Tribunal respondió a las comunicaciones de las Partes de 23 de febrero y 2 de marzo de 2018, afirmando que la impugnación de los documentos relevantes debía hacerse documento por documento y que el Tribunal no podía considerar la solicitud general de Colombia. En aras de resolver este incidente de la forma más eficiente, el Tribunal sugirió que las Partes deliberaran y

trataran de llegar a un acuerdo respecto de cualquier documento controvertido. En caso de que no pudieran llegar a un acuerdo, el Tribunal resolvería cualquier solicitud documento por documento.

39. Mediante carta de 9 de marzo de 2018, la Demandada presentó comentarios acerca de la decisión del Tribunal y solicitó instrucciones del Tribunal para reunir y aportar al expediente las pruebas recopiladas de la SIC por el Fiscal General, en el contexto de una indagación penal doméstica sobre las ilegalidades en torno al Otrosí No. 8. Mediante carta de 12 de marzo de 2018, las Demandantes presentaron observaciones sobre la carta de la Demandada y solicitaron al Tribunal que rechazara el procedimiento propuesto por la Demandada para abordar su solicitud.
40. El 17 de marzo de 2018, el Tribunal escribió a las Partes impariéndole instrucciones a la Demandada sobre los pasos a seguir para reunir las pruebas recopiladas por el Fiscal General y aportarlas al expediente, y recomendando que las Partes procuraran llegar a un acuerdo sobre el aporte de todos o de algunos de los documentos antes de presentar cualquier solicitud al Tribunal.
41. El 26 de marzo de 2018, en vista de comunicaciones de las Partes, el Tribunal les notificó de su decisión de otorgar a la Demandada una prórroga de cuatro días para presentar su Réplica sobre Excepciones Preliminares y Dúplica sobre el Fondo, y afirmó que a las Demandantes también se les concedería una prórroga de cuatro días respecto de su plazo para presentar su Dúplica sobre Excepciones Preliminares.
42. Mediante carta de 27 de marzo de 2018, la Demandada le informó al Tribunal de la incapacidad de las Partes de llegar a un acuerdo sobre la exhibición de los documentos sin supresiones y los documentos de la lista de documentos privilegiados y, de conformidad con las comunicaciones del Tribunal de los días 6 y 17 de marzo de 2018, solicitó al Tribunal que ordenara a las Demandantes que exhibieran los documentos incluidos en su solicitud documento por documento, enviada a las Demandantes el 12 de marzo de 2018.
43. El 2 de abril de 2018, la Demandada presentó su Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción, junto con:
 - las Segundas Declaraciones Testimoniales de:
 - o el Sr. Oscar Paredes
 - o la Sra. Soraya Vargas
 - el Segundo Informe Pericial de los Sres. Frank Graves de The Brattle Group, John Dean de JD Energy y Landy Stinnet de FGM Consulting Group, Inc., junto con los Anexos Documentales BR-125 a BR-190
 - los Anexos Documentales R-241 a R-348
 - las Autoridades Legales RL-148 a RL-186

44. Mediante carta de 3 de abril de 2018, las Demandantes presentaron sus observaciones a la carta de la Demandada de 27 de marzo de 2018, solicitándole al Tribunal que rechazara la solicitud de la Demandada.
45. Mediante carta de 20 de abril de 2018, las Demandantes solicitaron la intervención del Tribunal respecto de una notificación que Prodeco había recibido de la Agencia Nacional de Minería [“ANM”] que indicaba que una comisión conformada por los abogados externos internacionales de Colombia en el presente arbitraje, los peritos en materia económica de Colombia, los abogados internos de Colombia para este arbitraje (ANDJE) y varios funcionarios de la ANM, visitarían la mina Calenturitas entre el 30 de abril y el 2 de mayo de 2018. Las Demandantes alegaron que la visita no tenía un propósito regulatorio de buena fe, sino que estaba destinada a recabar información adicional para este arbitraje, y solicitaron que el Tribunal ordenara a Colombia que se abstuviera de imponer una visita al sitio de manera unilateral para efectos de este arbitraje y que se abstuviera de visitar el sitio de la mina sin la autorización del Tribunal.
46. El 24 de abril de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 relativa a la exhibición de los documentos con supresiones y de los documentos de la lista de documentos privilegiados solicitados inicialmente por la Demandada en su comunicación de 23 de febrero de 2018. El Tribunal determinó, *inter alia*, que si bien las Demandantes no habían cumplido estrictamente con las instrucciones del Tribunal en la Resolución Procesal No. 2 respecto de las objeciones basadas en el privilegio, esta desviación del procedimiento establecido no le había causado un daño irreparable a la Demandada. En consecuencia, el Tribunal decidió no desestimar *in limine* las objeciones de las Demandantes basadas en privilegio. En cuanto al fondo de las objeciones, el Tribunal concluyó que el privilegio abogado-cliente se extiende no solo a los abogados externos, sino también a los abogados internos y no halló prueba alguna que sugiriera que las Demandantes habían renunciado al privilegio abogado-cliente o, en la medida pertinente, al privilegio de negociación. El Tribunal también instruyó al abogado principal de las Demandantes a presentar una declaración jurada que confirmara que cada uno de los documentos relevantes cumple con todos los requisitos de privilegio identificados por el Tribunal en la resolución y a exhibir todos los documentos relevantes que no cumplieran con dichos requisitos. Debido a la proximidad de la audiencia, el Tribunal aprovechó también la oportunidad para convocar a una serie de personas para que declararan como testigos en la audiencia.
47. El 25 de abril de 2018, la Demandada presentó sus comentarios sobre la carta de las Demandantes relativa a la visita del sitio, y solicitó que el Tribunal rechazara las alegaciones de las Demandantes y no interviniere de manera alguna en relación con la visita planeada a la mina Calenturitas.
48. El 27 de abril de 2018, el Tribunal emitió su decisión respecto de la visita al sitio. El Tribunal no halló motivo alguno para denegar la visita, siempre que las fechas precisas fueran acordadas debidamente por las Partes, con el fin de facilitar el acceso de la Demandada y minimizar los inconvenientes a las Demandantes.

49. El 30 de abril de 2018, y en respuesta a la convocatoria del Tribunal a determinadas personas para que prestaran declaración en calidad de testigos en la audiencia [“**Testigos del Tribunal**”] en la Resolución Procesal No. 4, las Partes presentaron una propuesta consensuada respecto de esos testigos.
50. El 30 de abril de 2018, el abogado principal de las Demandantes presentó una certificación y una declaración jurada de conformidad con la Resolución Procesal No. 4 y exhibió, sin supresiones, los documentos que no cumplían con los requisitos de privilegio establecidos por el Tribunal en esa resolución. El 1 de mayo de 2018, las Partes acordaron que la declaración jurada del Sr. Blackaby de 30 de abril de 2018 debería presentarse al Tribunal sin sus anexos, de acuerdo con la Resolución Procesal No. 2.
51. El 4 de mayo de 2018, las Demandantes presentaron su Duplica sobre Jurisdicción, junto con:
 - la Tercera Declaración Testimonial del Sr. Gary Nagle
 - los Anexos Documentales C-295 a C-327, y presentaron nuevamente los Anexos Documentales C-90 y C-260
 - la Autoridad Legal CL-150
52. Los días 9 y 10 de mayo de 2018 respectivamente, las Partes confirmaron los testigos y peritos que deseaban contrainterrogar durante la audiencia.
53. El 11 de mayo de 2018, las Demandantes solicitaron autorización para incluir un informe técnico como un documento nuevo en el expediente.
54. El 11 de mayo de 2018, la Demandada solicitó que se admitieran al expediente los documentos que se habían recopilado de la Fiscalía General de la Nación [“**FGN**”] y que habían sido filtrados por el Sr. Camilo Enciso, de conformidad con las instrucciones del Tribunal [“**Documentos de la FGN**”]. La Demandada hizo además referencia a una lista de documentos en el Anexo A de dicha comunicación [“**Documentos del Anexo A**”] que respondían a las solicitudes de exhibición de documentos de Colombia y que no se encontraban protegidos por el privilegio abogado-cliente ni por el privilegio de negociación, y solicitó que el Tribunal revisara estos documentos, ordenara a las Demandantes que los exhibieran y los admitiera en el expediente. En subsidio, la Demandada indicó que no se opondría a que el Tribunal designara a un abogado especializado en conflictos para que analizara dichos documentos.
55. El 14 de mayo de 2018, las Demandantes presentaron su contestación a la solicitud de la Demandada de 11 de mayo y solicitaron al Tribunal que denegara la solicitud de admisión de los Documentos de la FGN, dado que éstos no equivalían a pruebas reunidas por los juzgados penales colombianos y/o debido a que Colombia no había demostrado su relevancia y sustancialidad para la resolución de la controversia. Las Demandantes solicitaron además que el Tribunal rechazara la solicitud de Colombia de que se admitieran los Documentos del Anexo A porque éstos no respondían a

sus solicitudes de documentos o se encontraban sujetos al privilegio abogado-cliente o al privilegio de negociación.

56. El 15 de mayo de 2018, la Demandada le escribió al Tribunal desarrollando su solicitud de 11 de mayo relativa a los Documentos de la FGN y a los Documentos del Anexo A, y solicitándole al Tribunal que rechazara la solicitud de las Demandantes de 11 de mayo de que se incluyera un documento nuevo en el expediente. Las Demandantes respondieron a esta comunicación el 18 de mayo de 2018. Ese mismo día, la Demandada presentó el memorando enviado al Sr. Enciso el 5 de abril de 2018 en relación con los Documentos de la FGN, así como la comunicación de Colombia al Sr. Enciso de 3 de mayo de 2018.
57. El 14 de mayo de 2018, el Tribunal celebró una reunión organizativa preliminar con las Partes mediante conferencia telefónica.
58. El 17 de mayo de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 relativa a la organización de la audiencia.
59. El 18 de mayo de 2018, el Tribunal notificó a las Partes su decisión de no admitir en el expediente ninguno de los documentos solicitados por las Partes e indicó que emitiría una decisión completa posteriormente. En particular, el Tribunal rehusó admitir los siguientes documentos: (i) el informe técnico identificado por las Demandantes en su correo electrónico de 11 de mayo de 2018; (ii) los Documentos de la FGN; y (iii) los Documentos del Anexo A.
60. Una audiencia sobre jurisdicción y fondo se celebró en Washington D.C. del 28 de mayo al 2 de junio de 2018 [la “**Audiencia**”]. Las siguientes personas estuvieron presentes en la Audiencia:

Tribunal:

Prof. Juan Fernández-Armesto	Presidente
Sr. Oscar M. Garibaldi	Árbitro
Sr. J. Christopher Thomas QC	Árbitro

Asistente del Tribunal:

Sra. Krystle M. Baptista	Asistente del Tribunal
--------------------------	------------------------

Secretariado del CIADI:

Sra. Alicia Martín Blanco	Secretaria del Tribunal
---------------------------	-------------------------

Por las Demandantes:

Abogados:

Sr. Nigel Blackaby	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Caroline Richard	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Alex Wilbraham	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sr. Gustavo Topalian	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Ankita Ritwik	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sra. Jessica Moscoso	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Sra. Amy Cattle
Sr. Diego Rueda
Sra. Brianna Gorence
Sra. Roopa Mathews
Sra. Sandra Diaz
Sr. Israel Guerrero
Sr. Joe Arias Tapia
Sr. Reynaldo Pastor
Sr. José Manuel Álvarez Zárate

Partes:

Sr. Jonathan Vanderkar
Sr. Oscar Gómez
Sra. Natalia Anaya
Sr. Jader Yubrán

Por la Demandada:

Abogados:

Prof. Eduardo Silva Romero
Prof. Pierre Mayer
Sr. José Manuel García Represa
Sr. Juan Felipe Merizalde
Sr. David Attanasio
Sr. Luis Miguel Velarde Saffer
Sr. Javier Echeverri Díaz
Sra. Ana María Duran
Sra. Clara Francisca Peroni

Partes:

Sr. Luis Guillermo Vélez Cabrera
Sra. Ana María Ordóñez Puentes
Sra. María Camila Rincón Escobar
Sra. Angélica Perdomo
Sr. Nicolás Palau van Hissenoven
Sr. Juan Diego Díaz Echeverri
Sr. Javier García

Estenógrafos:

Sr. Dante Rinaldi
Sr. David Kasdan
Sr. Randy Salzman

Intérpretes:

Sr. Daniel Giglio
Sr. Charles Roberts
Sr. Luis Eduardo Arango

Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Álvarez Zárate & Asociados

Glencore International A.G.
C.I. Prodeco S.A.
C.I. Prodeco S.A.
C.I. Prodeco S.A.

Dechert (París) LLP
Pierre Mayer
Dechert (París) LLP
Dechert LLP
Dechert LLP
Dechert (París) LLP
Dechert (París) LLP
Dechert LLP
Dechert (París) LLP

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Agencia Nacional de Minería

D-R Esteno
Worldwide Reporting, LLP
Worldwide Reporting, LLP

61. Durante la Audiencia, las siguientes personas fueron interrogadas:

En nombre de las Demandantes:

Testigos:

Sr. Gary Nagle
Sr. Mark McManus

Glencore International A.G.
C.I. Prodeco S.A.

Peritos:

Sr. Pablo T. Spiller
Sr. Santiago Dellepiane
Sr. Mark Sheiness
Sr. Arun Parmar

Compass Lexecon
Compass Lexecon
Compass Lexecon
Compass Lexecon

En nombre de la Demandada:

Testigos:

Sr. Oscar Paredes Zapata
Sra. Soraya Vargas Pulido

Servicio Geológico Colombiano
Contraloría General de la República de Colombia

Peritos:

Sr. Frank Graves
Sr. Florin Dorobantu
Sr. Marty Turrin
Sr. Peter Cahill
Sr. John Dean
Sr. Landy Stinnet

The Brattle Group
The Brattle Group
The Brattle Group
The Brattle Group
JD Energy, Inc.
FGM Consulting Group, Inc.

Testigos del Tribunal:

Sr. Hernán Martínez Torres

Ex Ministro de Minas y Energía

62. El 8 de junio de 2018, el Tribunal distribuyó una serie de preguntas a las Partes y las invitó a indicar cualquier acuerdo al que hubieran podido llegar respecto de la presentación de los escritos posteriores a la audiencia. El 26 de junio de 2018, las Partes informaron al Tribunal de sus acuerdos respecto de los escritos posteriores a la audiencia y de los escritos de costos. En la misma comunicación, las Partes acordaron además que “el Laudo podrá dictarse solamente en inglés, siempre que se entregue a las partes una traducción oficial al español unos meses después”.
63. El 31 de julio de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 que contenía su decisión y razonamiento completos respecto de la admisibilidad de (i) el informe técnico identificado por las Demandantes en su correo electrónico de 11 de mayo de 2018; (ii) los Documentos de la FGN y (iii) los Documentos del Anexo A, tal como anticipara la comunicación del Tribunal a las Partes de 18 de mayo de 2018.
64. El 8 de agosto de 2018, las Partes presentaron simultáneamente una única ronda de escritos posteriores a la audiencia, con sus respectivas Autoridades Legales RL-187 a RL-236 y CL-151 a CL-173.
65. En respuesta a la confirmación del Tribunal de sus instrucciones en materia de costos, las Partes presentaron un nuevo acuerdo respecto de los parámetros de los

escritos de costos los días 18 y 19 de septiembre de 2018, y presentaron sus respectivos escritos de costos el 24 de septiembre de 2018.

66. El 7 de marzo de 2019, el Tribunal solicitó a las Demandantes que proporcionaran información adicional en aras de la exhaustividad e indicó el momento en el que la Demandada debía presentar cualquier comentario que pudiera tener sobre la información proporcionada por las Demandantes. Las Demandantes presentaron la información solicitada el 14 de marzo de 2019.
67. Siguiendo el acuerdo de las Partes de 26 de junio de 2018, relacionado, *inter alia*, con el idioma del Laudo, y las comunicaciones respectivas de las Partes de 16 de julio de 2019 en las que señalaban sus interpretaciones divergentes, el 30 de julio de 2019, el Tribunal decidió que el acuerdo de las Partes de 26 de junio de 2018 había reemplazado las provisiones relevantes de la Resolución Procesal No. 1, de tal forma que el Laudo sería dictado únicamente en inglés y que el Tribunal le solicitaría al Centro que preparara y entregara a las Partes una traducción oficial al español. El Tribunal aclaró que “[p]ara todos los efectos bajo el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI, la fecha de envío de las copias certificadas del Laudo en inglés será la fecha en la que se entenderá que el Laudo ha sido dictado”. El 15 de agosto de 2019, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento de conformidad con la Regla 38(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

(2) DETERMINADOS INCIDENTES PROCESALES

68. Las siguientes secciones del laudo sintetizan y ponen en contexto determinados incidentes procesales:
 - RP No. 2 (2.1);
 - RP No. 3 (2.2);
 - RP No. 4 (2.3);
 - RP No. 6 (2.4).

(2.1) RESOLUCIÓN PROCESAL No. 2

69. En pos de comprender el contexto de la RP No. 2, el Tribunal, en primer lugar, describirá los antecedentes procesales y de hecho que condujeron a su emisión (A.) para, luego, sintetizar la decisión (B.) y explicar sus consecuencias (C.). El Tribunal agregará una sección final sobre los comentarios de las Partes a la RP No. 2 (D.).

A. El camino hacia la RP No. 2

70. El camino hacia la RP No. 2 comenzó con la solicitud por parte de la Demandada de una prórroga del plazo para presentar su Memorial de Contestación. La presentación del Memorial de Contestación de la Demandada estaba programada para, a más tardar, el 3 de julio de 2017.

71. El 7 de junio de 2017, la Demandada solicitó una prórroga de un mes del plazo para presentar el Memorial de Contestación debido a:
 - una reorganización administrativa de la Oficina del Procurador General de Colombia (ANDJE), y
 - cuestiones de salud que afectaban a los abogados de Colombia.
72. Luego de oír a las Demandantes, el 12 de junio de 2017, el Tribunal de Arbitraje otorgó a la Demandada una prórroga de dos semanas para presentar su Memorial de Contestación.
73. Un día más tarde, el 13 de junio de 2017, la Autoridad de Protección de la Competencia de Colombia (SIC), la agencia administrativa que vela por el cumplimiento de la ley de protección de la competencia en Colombia³, y la ANDJE, agencia pública a cargo de la defensa jurídica del Estado y sus dependencias, suscribieron un convenio para el intercambio de información [el “**Convenio de Cooperación**”⁴]:

“PRIMERA. - OBJETO DEL CONVENIO: Aunar esfuerzos técnicos, administrativos y de apoyo logístico entre la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y la Superintendencia de Industria y Comercio para contribuir de manera eficaz y oportuna en el intercambio de información relacionada con la defensa jurídica de Colombia, de conformidad con las competencias de cada entidad” [Énfasis agregado].
74. En cumplimiento del Convenio de Cooperación, en una fecha indeterminada en junio o julio de 2017, la SIC entregó a la ANDJE ciertos documentos que había confiscado a Prodeco tres años antes, en agosto de 2014. En ese momento, la SIC había llevado a cabo una redada en las instalaciones de Prodeco en el contexto de una indagación preliminar en materia de protección de la competencia relacionada con Puerto Nuevo. Haciendo uso de sus potestades regulatorias, la SIC confiscó determinados documentos⁵ y descargó en bloque todos los correos electrónicos alojados en los computadores de determinados gerentes de Prodeco [los “**Correos Electrónicos Confiscados**”].
75. Luego de la entrega de los Correos Electrónicos Confiscados, la ANDJE y/o los abogados de la República revisaron dichos documentos e identificaron ciertos documentos que no guardaban relación con la protección de la competencia, pero que resultaban presuntamente relevantes para dirimir la presente controversia.

³ Doc. C-216, Art. 6.

⁴ Doc. R-221.

⁵ Doc. R-205, págs. 2-3.

Presentación del Memorial de Contestación de la Demandada

76. El 17 de julio de 2017, la Demandada presentó su Memorial de Contestación. Incluidos entre los anexos documentales adjuntos se encontraban algunos de los Correos Electrónicos Confiscados.
77. Diez días después, el 26 de julio de 2017, las Demandantes presentaron un escrito en el que alegaban que 41 de los anexos documentales eran cadenas de correos electrónicos privados e internos intercambiados internamente entre la gerencia de las Demandantes y sus abogados internos y externos [definidos anteriormente como los “**Documentos en Disputa**”]. En dicho escrito, las Demandantes solicitaron, *inter alia*, que el Tribunal:
 - Ordenara a Colombia que proporcionara:
 - información relacionada con el momento y la forma en que se habían obtenido estos documentos,
 - una lista completa de las comunicaciones, documentos y datos privados de Prodeco en poder de Colombia, sus abogados internos y externos, y sus testigos y peritos, indicando la cadena de custodia, así como la fecha de acceso.
 - Emitiera una orden que declarara inadmisibles todos los documentos obtenidos o exhibidos irregularmente por Colombia en violación de su obligación de buena fe y de las reglas de privilegio, y que eliminara cualquier afirmación contenida en el Memorial de Contestación y/o en las declaraciones testimoniales e informes periciales de Colombia que se basara en dichos documentos.
78. El 3 de agosto de 2017, la Demandada presentó su respuesta. La Demandada explicó que los Documentos en Disputa habían sido obtenidos legalmente por la SIC en el contexto de una indagación preliminar sobre prácticas abusivas por parte de Prodeco y sus sociedades relacionadas, y solicitó que el Tribunal declare la admisibilidad de los Documentos en Disputa.
79. Mediante carta de 22 de agosto de 2017, las Demandantes presentaron su réplica a la contestación de la Demandada y modificaron levemente su petitorio [“**Primera Solicitud de las Demandantes**”].

Denuncia Penal

80. El domingo, 10 de septiembre de 2017, la ANDJE interpuso una denuncia penal ante el despacho de la Fiscalía General de la Nación, con base en los Documentos en Disputa [la “**Denuncia Penal**”].
81. La Denuncia Penal, que fue registrada por la Fiscalía el día siguiente, denunciaba que determinadas personas mencionadas por nombre, en relación con la suscripción del Otrosí No. 8, podrían haber cometido los siguientes delitos:

- cohecho,
 - celebración de un contrato sin cumplimiento de requisitos legales,
 - concierto para delinquir, e
 - interés indebido de un servidor público en la celebración de contratos⁶.
82. La Denuncia Penal incluía una solicitud de que el Fiscal tomara la declaración de (*inter alia*):
- el Sr. Nagle, CEO de Prodeco desde el año 2008 y hasta el año 2013, y testigo de las Demandantes en este arbitraje, y
 - la Sra. Anaya, una de las abogadas internas de las Demandantes.
- B. Las decisiones adoptadas en la RP No. 2**
83. El 4 de noviembre de 2017, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2, en la que adoptaba las siguientes decisiones:
84. Primero, que los Documentos en Disputa debían excluirse del expediente de este arbitraje⁷. En consecuencia, el Tribunal ordenó a la Demandada que presentara nuevamente su Memorial de Contestación sin adjuntar y sin referirse a los Documentos en Disputa⁸.
85. Segundo, el Tribunal brindó a las Partes la oportunidad de presentar nuevas solicitudes de exhibición de documentos que sustituirían y reemplazarían las solicitudes originales que se encontraban pendientes de resolución por parte del Tribunal⁹.
86. Tercero, en lo que se refiere a la interposición de la Denuncia Penal por parte de la ANDJE, el Tribunal se negó a adoptar medidas, pero:
- Aclaró que las decisiones adoptadas por los juzgados penales colombianos, que pudieran incidir potencialmente en el presente procedimiento, podrían ser aportadas libremente por las Partes, con sujeción a la regla establecida en el párr. 17(3) de la Resolución Procesal No. 1¹⁰;
 - En lo que respecta al aporte de pruebas en materia penal, el Tribunal determinó que no había sido suficientemente instruido, pero, como medida precautoria,

⁶ Anexo A de la Segunda Solicitud de las Demandantes, 20 de septiembre de 2017, págs. 23-24.

⁷ RP No. 2, párr. 70.

⁸ RP No. 2, párr. 109.

⁹ RP No. 2, párr. 113.

¹⁰ RP No. 2, párr. 89.

impartió instrucciones a las Partes de solicitar la autorización del Tribunal antes de presentar cualquier prueba obtenida en un proceso penal en Colombia¹¹; e

- Impartió instrucciones a Colombia de implementar medidas apropiadas para garantizar que los abogados de Colombia en este arbitraje (incluidos los funcionarios de la ANDJE), no tuvieran acceso a las comunicaciones de carácter confidencial de los abogados emanadas de las indagaciones penales¹².
87. Por último, el Tribunal propuso un nuevo calendario procesal, que fue aceptado por las Partes el 10 de noviembre de 2017.
- La Lógica del Tribunal para Excluir los Documentos en Disputa
88. El Tribunal de Arbitraje resolvió el incidente con base en el derecho internacional, y solo recurrió al derecho interno para confirmar sus conclusiones¹³. Esto es coherente con los argumentos de las Partes¹⁴, el TBI y el Convenio del CIADI¹⁵.
89. El Tribunal determinó que tanto la obligación de arbitrar de manera justa y de buena fe, como el principio de igualdad de armas, impiden a la Demandada obtener pruebas de las Demandantes por la fuerza, mediante el empleo de sus potestades administrativas, y aportarlas posteriormente en un arbitraje de inversión¹⁶. El Tribunal hizo referencia al desequilibrio general entre demandantes, que son normalmente empresas privadas, y Estados demandados, y explicó que, si se permitiera a los Estados utilizar sus amplias potestades para obtener pruebas de los demandantes por la fuerza, se crearía un incentivo perverso: los Estados iniciarían toda clase de procesos administrativos contra posibles demandantes con el fin de mejorar sus posiciones en los litigios¹⁷.
90. De acuerdo con la legislación colombiana, el Tribunal confirmó que la SIC estaba autorizada a confiscar los Documentos en Disputa con el único propósito de una indagación en materia de protección de la competencia/competencia desleal – pero no con cualquier otro propósito, incluida la utilización de los Documentos en Disputa como prueba en este procedimiento. El Tribunal determinó que la SIC no había logrado demostrar que la entrega de los Documentos en Disputa a la ANDJE se había hecho con el único propósito para el cual se habían obtenido: garantizar el cumplimiento de la legislación en materia de protección de la competencia o competencia desleal¹⁸: al entregar los Documentos en Disputa a la ANDJE, aun en cumplimiento del Convenio de Cooperación, la SIC podría haber incurrido en una irregularidad administrativa conocida como desviación de poder¹⁹.

¹¹ RP No. 2, párr. 89.

¹² RP No. 2, párr. 92.

¹³ RP No. 2, párr. 52.

¹⁴ RP No. 2, párr. 50.

¹⁵ RP No. 2, párr. 51.

¹⁶ RP No. 2, párrs. 66-70.

¹⁷ RP No. 2, párr. 69.

¹⁸ RP No. 2, párrs. 70-73.

¹⁹ RP No. 2, párrs. 73-74.

C. Las consecuencias de la RP No. 2

91. La RP No. 2 tuvo dos consecuencias importantes para el procedimiento.
92. La primera consecuencia fue que el 16 de noviembre de 2017, la Demandada presentó su Memorial de Contestación Revisado, en el que eliminaba todas las referencias a los Documentos en Disputa. También presentó nuevamente todas sus pruebas y eliminó del expediente los Documentos en Disputa.
93. La segunda consecuencia de la RP No. 2 fue que se brindó a las Partes una nueva oportunidad para obtener y aportar pruebas mediante un nuevo proceso de exhibición de documentos. En particular, se permitió a la Demandada solicitar que las Demandantes entregaran los Documentos en Disputa en un contexto que preservara la igualdad de armas.
94. Las Partes ejercieron este derecho ampliamente: la Demandada realizó 39 solicitudes de exhibición de documentos y las Demandantes siete.

D. Observaciones de las Partes a la RP No. 2

95. Mediante carta de 14 de noviembre de 2017, la Demandada realizó observaciones a la RP No. 2 y alegó que el Tribunal:
 - Se estaba extralimitando en sus facultades²⁰;
 - No estaba expresando los motivos en que fundaba sus decisiones²¹;
 - Estaba quebrantando seriamente una norma fundamental de procedimiento, al infringir los derechos de debido proceso de Colombia²².
96. Las Demandantes respondieron a la carta de la Demandada en su Memorial de Réplica. Las Demandantes disintieron de las alegaciones de la Demandada y presentaron los siguientes argumentos principales:
 - Primero, que al emitir la RP No. 2, el Tribunal actuó completamente dentro del ámbito de sus facultades en virtud de los Arts. 44 y 46 del Convenio del CIADI y las Reglas 19 y 34(1) de las Reglas de Arbitraje en aras de proteger la integridad del procedimiento²³;
 - Segundo, que incluso si la decisión del Tribunal fuera deficiente desde el punto de vista del derecho colombiano (*quod non*), la Demandada no adujo ni podía

²⁰ Carta de la Demandada de 14 de noviembre de 2017, pág. 2.

²¹ Carta de la Demandada de 14 de noviembre de 2017, pág. 3.

²² Carta de la Demandada de 14 de noviembre de 2017, pág. 3.

²³ C II, párr. 363.

aducir que el razonamiento del Tribunal con base en los principios internacionales de justicia e igualdad de armas fuese erróneo²⁴;

- Por último, que la exclusión de documentos obtenidos en violación del derecho internacional por parte de Colombia no puede vulnerar los derechos de la parte que había actuado de manera ilícita; y, en cualquier caso, la RP No. 2 le daba a la Demandada los medios para obtener y aportar pruebas de conformidad con el derecho internacional, mediante el ejercicio de exhibición de documentos²⁵.

(2.2) RESOLUCIÓN PROCESAL No. 3

97. En la RP No. 3, el Tribunal de Arbitraje se pronunció sobre las solicitudes de exhibición de documentos impugnados por las Partes.
98. El Tribunal analizó cada una de estas solicitudes²⁶:
 - El Tribunal primero analizó si cada una de las solicitudes cumplía con los requisitos ordinarios de:
 - identificación de cada documento o descripción de la concreta y específica categoría de documentos;
 - relevancia y sustancialidad; y
 - que no se encontraran en poder de la parte solicitante;
 - Posteriormente, el Tribunal revisó si cada una de las solicitudes se encontraba afectada por alguna de las siguientes objeciones, siempre que fueran planteadas por las Partes:
 - privilegio abogado-cliente o privilegio de negociación;
 - la exhibición conlleva una carga excesiva;
 - pérdida o destrucción;
 - confidencialidad técnica o comercial;
 - sensibilidad política o institucional;
 - la exhibición afectaría la justicia e igualdad del procedimiento.
99. El Tribunal aceptó (en forma total o parcial)²⁷ 23 de las 39 solicitudes de la Demandada y cuatro de las siete solicitudes de las Demandantes.

²⁴ C II, párrs. 364-367.

²⁵ C II, párrs. 368-370.

²⁶ RP No. 2, párrs. 110-138.

²⁷ RP No. 3, Anexo B.

(2.3) RESOLUCIÓN PROCESAL No. 4

100. La RP No. 4 fue impulsada por el hecho de que la Demandada no obtuvo la totalidad de los Documentos en Disputa mediante la exhibición de documentos. El Tribunal primero explicará el camino que condujo a la decisión (A.), la resumirá brevemente (B.) y, por último, explicará sus consecuencias (C.).

A. El camino hacia la RP No. 4

101. Pocos días después de la emisión de la RP No. 3, que se pronunciaba sobre las solicitudes de exhibición de documentos de las Partes, las Demandantes solicitaron que el Tribunal extendiera el plazo para la exhibición de documentos que respondieran a las solicitudes de Colombia. El Tribunal otorgó la prórroga y ordenó que la entrega se realizara a medida que los documentos estuvieran disponibles y, en cualquier caso, a más tardar el 5 de febrero de 2018.
102. El 5 de febrero de 2018, las Demandantes exhibieron a la Demandada:
- 366 documentos, que comprendían más de 1GB de información en respuesta a las solicitudes de documentos de Colombia; y
 - una carta acompañada de una lista de documentos privilegiados [la “**Lista de Documentos Privilegiados**”], que identificaba los documentos que respondían a solicitudes de la Demandada que se encontraban sujetos a un privilegio abogado-cliente o a un privilegio de negociación [“**Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados**”], así como
 - documentos con supresiones [“**Documentos con Supresiones**”],
 - [los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados y los Documentos con Supresiones se denominan conjuntamente los “**Documentos Privilegiados**”].
103. El 23 de febrero de 2018, la Demandada solicitó [“**Solicitud de la Demandada de la Lista de Documentos Privilegiados**”] que el Tribunal ordenara a las Demandantes la exhibición de los Documentos Privilegiados en los siguientes términos:

“Que ordene a las Demandantes la exhibición, dentro del plazo de 48 horas, de copias sin supresiones de los Documentos con Supresiones;

Que ordene a las Demandantes la exhibición, dentro del plazo de 48 horas, de los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados, suprimiendo de los documentos intercambiados con abogados externos solo las partes pertinentes donde se solicitó u ofreció asesoría legal;

Si cualquiera de los Documentos estuviera disponible en formato nativo (como .msg para las comunicaciones por correo electrónico), que ordene su exhibición en dicho formato;

Que completen su exhibición de documentos de conformidad con la Resolución Procesal No. 3 y que confirmen que han completado la exhibición de todos los documentos que responden a las solicitudes de Colombia; y

Que ordene a las Demandantes el reembolso a Colombia de los costos y gastos en los que haya incurrido a causa de este incidente (cuantificados al momento en que se resuelva este incidente)”.

104. El 2 de marzo de 2018, las Demandantes respondieron a la Solicitud de la Demandada de la Lista de Documentos Privilegiados:

- explicando que habían exhibido 366 documentos, que comprendían más de 1GB de información, en respuesta a las solicitudes de documentos de Colombia; y
- confirmando que habían “exhibido y/o registrado todos los documentos en respuesta a las órdenes del Tribunal que se encontraban en poder, custodia y control de las Demandantes”²⁸.

Las Demandantes solicitaron que el Tribunal desestimara la Solicitud de la Demandada de la Lista de Documentos Privilegiados²⁹.

105. El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Arbitraje proporcionó los lineamientos sobre cómo proceder:

“[...] La impugnación de cualquier Documento con Supresiones o de cualquier Documento de la Lista de Documentos Privilegiados debe realizarse documento por documento. Por ende, el Tribunal no puede considerar la solicitud general de Colombia respecto de todos los Documentos con Supresiones o respecto de todos los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados.

Con el fin de resolver este incidente de la manera más rápida y eficiente posible, el Tribunal sugiere que las Partes consulten y procuren llegar a un acuerdo respecto de cualquier documento en disputa. Si luego de haber adoptado medidas de buena fe apropiadas para encontrar una solución, ello no fuera posible, el Tribunal no tendrá inconveniente alguno en resolver las solicitudes documento por documento [...]”.

106. El 9 de marzo de 2018, la Demandada presentó una carta al Tribunal de Arbitraje en la que observaba que al menos dos de los argumentos planteados por Colombia en su comunicación de 2 de marzo de 2018, no requerían que el Tribunal se pronunciara “documento por documento”. En particular, y según Colombia, no se requería una decisión documento por documento para resolver:

- Que las Demandantes ignoraron abiertamente las instrucciones del Tribunal en la RP No. 2; y

²⁸ Carta de las Demandantes de fecha 2 de marzo de 2018, pág. 2.

²⁹ Carta de las Demandantes de fecha 2 de marzo de 2018, pág. 12.

- Que los documentos enviados o recibidos por parte de abogados internos no son privilegiados.
107. Colombia se reservó todos sus derechos³⁰. Sin perjuicio de lo que antecede, Colombia se comprometió a cumplir con las instrucciones del Tribunal y consultar, de buena fe, con las Demandantes respecto de su Lista de Documentos Privilegiados. No obstante, sobre la base de que era probable que no obtuviera los Documentos Privilegiados antes de la presentación de su Dúplica, Colombia se reservó su derecho a presentar las pruebas en cuanto las tuviera en su poder, custodia o control³¹.
108. Las Demandantes presentaron una carta el 12 de marzo de 2018, en la que denunciaban, *inter alia*:
- El nuevo intento de la Demandada de reintroducir en el expediente los Documentos en Disputa, mediante la Solicitud de la Demandada de la Lista de Documentos Privilegiados;
 - La caracterización errónea por parte de la Demandada del correo electrónico del Tribunal de 6 de marzo de 2018.
109. En su comunicación de 17 de marzo de 2018, el Tribunal agradeció a las Partes sus esfuerzos para intentar llegar a un acuerdo, y aclaró que no había tomado ninguna decisión respecto a la admisibilidad de los Documentos Privilegiados:
- “El Tribunal de Arbitraje aprecia las medidas adoptadas de buena fe por las Partes para llegar a un acuerdo sobre la exhibición de los Documentos (tal como se definen en la carta de la Demandada de fecha 9 de marzo de 2018). Si las Partes no pudieran llegar a un acuerdo con respecto a la exhibición de algunos (o de la totalidad) de dichos Documentos, el Tribunal reitera su disposición para resolver la cuestión documento por documento. En aras de evitar toda duda, el Tribunal reitera que no ha tomado ninguna decisión con respecto a la admisibilidad de dichos Documentos”.
110. Despues de aproximadamente dos semanas, el 27 de marzo de 2018, la Demandada presentó una nueva carta al Tribunal en la que explicaba los pasos que había adoptado para cumplir con los lineamientos del Tribunal. Colombia solicitó que el Tribunal ordenara a las Demandantes la exhibición de los Documentos Privilegiados sin demora y, en cualquier caso, a más tardar el 2 de abril de 2018³².
111. El 2 de abril de 2018, las Demandantes respondieron, alegando que los comentarios de Colombia simplemente reiteraban las mismas dos alegaciones ya incluidas en su carta de 23 de febrero de 2018, a saber:

³⁰ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, pág. 1.

³¹ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, pág. 4.

³² Carta de Colombia de 27 de marzo de 2018, pág. 2.

- Que las invocaciones de privilegio por parte de las Demandantes eran extemporáneas; y
- Que el privilegio no es aplicable a las comunicaciones enviadas o recibidas por los abogados internos de Prodeco.

B. La decisión adoptada en la RP No. 4

112. El 24 de abril de 2018, el Tribunal emitió la RP No. 4.

113. Había tres cuestiones principales ante el Tribunal:

- Si las Demandantes no habían seguido los procedimientos apropiados para presentar su Lista de Documentos Privilegiados;
- Si el privilegio abogado-cliente se extendía a los abogados internos; y
- Si las Demandantes invocaron el privilegio de negociación correctamente respecto de los Documentos Privilegiados.

114. Para resolver dichas cuestiones, el Tribunal de Arbitraje aplicó el derecho internacional y, en subsidio, el derecho local, como había sido invocado por las Partes³³.

115. El Tribunal adoptó las siguientes decisiones:

116. Primero, decidió que si bien las Demandantes no habían cumplido estrictamente con las instrucciones que había dado el Tribunal en la RP No. 2 respecto de las objeciones basadas en el privilegio, esta desviación del procedimiento establecido no le había causado un daño irreparable a la Demandada³⁴. El Tribunal determinó que la Demandada había tenido amplias oportunidades para impugnar las objeciones de las Demandantes mediante la presentación de comentarios acerca de la Lista de Documentos Privilegiados de las Demandantes, que el Tribunal había analizado a efectos de adoptar su decisión³⁵. En consecuencia, el Tribunal decidió no desestimar *in limine* las objeciones de las Demandantes fundadas en privilegio³⁶.

117. Segundo, en cuanto al fondo de las objeciones, el Tribunal concluyó que el privilegio abogado-cliente se extendía no solo a las comunicaciones con los abogados externos, sino también a las comunicaciones con los abogados internos, y no encontró prueba alguna que sugiriera que las Demandantes habían renunciado al privilegio abogado-cliente o, en la medida pertinente, al privilegio de negociación³⁷.

³³ RP No. 4, párrs. 37-41.

³⁴ RP No. 4, párrs. 42-46.

³⁵ RP No. 4, párr. 46.

³⁶ RP No. 4, párr. 47.

³⁷ RP No. 4, párrs. 48-76, y 92-94.

118. Tercero, el Tribunal instruyó al abogado principal de las Demandantes (i) a presentar una declaración jurada que confirmara que cada uno de los Documentos Privilegiados cumplía con todos los requisitos de privilegio identificados por el Tribunal, y (ii) a exhibir de inmediato todos los documentos relevantes que no cumplieran con dichos requisitos³⁸.

C. Las consecuencias de la RP No. 4

119. El 30 de abril de 2018, el abogado principal de las Demandantes presentó una declaración jurada en la que declaraba que:
- Había revisado todos los documentos respecto de los cuales las Demandantes habían invocado un privilegio, tal como se identifica en la Lista de Documentos Privilegiados;
 - Confirmaba que todos los documentos respecto de los cuales las Demandantes habían invocado un privilegio, excepto dos de ellos, cumplían con los requisitos previstos en el párr. 54 de la RP No. 4;
 - Adjuntaba los dos documentos que no cumplían con los requisitos.

120. En síntesis, las Demandantes entregaron a la Demandada todos los documentos identificados en las solicitudes de la Demandada, a excepción de ciertos documentos que cumplían con los requisitos para invocar privilegios, tal como se establecía en el párr. 54 de la RP No. 4. El cumplimiento de estos requisitos quedó demostrado con una declaración jurada y firmada, bajo su responsabilidad personal, por el abogado principal de las Demandantes.

(2.4) RESOLUCIÓN PROCESAL No. 6

121. La Demandada realizó otros intentos de aportar ciertos Documentos en Disputa y ciertos Correos Electrónicos Confiscados adjuntos a la Denuncia Penal.
122. El Tribunal, en primer lugar, explicará el camino que condujo a la RP No. 6 (A.), la resumirá brevemente (B.) y, por último, explicará sus consecuencias (C.).

A. El camino hacia la RP No. 6

123. En la RP No. 4, el Tribunal de Arbitraje estableció una fecha límite para introducir pruebas adicionales o presentar escritos adicionales en este procedimiento:
- “98. Despues del 11 de mayo de 2018, no se admitirán escritos nuevos ni pruebas adicionales en el expediente, salvo por lo establecido en el siguiente párrafo.
99. Si, en circunstancias excepcionales y por motivos inesperados, cualquiera de las Partes considera que es de vital importancia que se haga una excepción a la regla, deberá presentar una petición, solicitando la

³⁸ RP No. 4, párr. 95.

autorización correspondiente, describiendo los fundamentos para ella y sin adjuntar el nuevo escrito o prueba. El Tribunal decidirá luego de oír a la otra Parte. Cualquier escrito presentado o prueba aportada en contravención de esta regla será ignorado”.

124. El 11 de mayo de 2018, las Demandantes solicitaron la introducción de un documento nuevo al expediente: NI 43-101 Informe Técnico sobre la Mina Jerritt Canyon, preparado para Queenstake Resources Ltd., de fecha 20 de abril de 2007 [el “**Informe**”].
125. Ese mismo día, la Demandada presentó una carta en la que solicitaba que los siguientes documentos se incorporaran al expediente:
 - Dos conjuntos de documentos identificados en el Anexo A de la carta: (i) documentos que Colombia alegaba que respondían a sus solicitudes de exhibición ordenadas en la RP No. 3; y (ii) documentos que Colombia alegaba que no cumplían con los requisitos acumulativos establecidos en la RP No. 4 para el privilegio abogado-cliente, y que no se encontraban protegidos por el privilegio de negociación [los “**Documentos del Anexo A**”³⁹]; ambos conjuntos de documentos (i) y (ii) pertenecían a los documentos excluidos por la RP No. 2, es decir, los Documentos en Disputa;
 - Ciertos documentos [los “**Documentos de la FGN**”], especificados en el Anexo C de la carta, que habían sido obtenidos por la Fiscalía General de la Nación (y seleccionados por el Sr. Camilo Enciso, abogado especial designado por Colombia, conforme a las instrucciones del Tribunal).
126. El 14 de mayo de 2018, las Demandantes presentaron una carta al Tribunal de Arbitraje en la que solicitaban que el Tribunal rechazara la solicitud de la Demandada y, en subsidio, ordenara a Colombia proporcionar a las Demandantes copias de los Documentos de la FGN, para que las Demandantes pudieran responder apropiadamente a la solicitud de la Demandada.
127. Ese mismo día, el Tribunal y las Partes celebraron la conferencia telefónica previa a la audiencia, en la que la Demandada se comprometió a proporcionar los Documentos de la FGN a las Demandantes. Además, El Tribunal y las Partes acordaron que:
 - La Demandada presentaría sus comentarios a la solicitud de las Demandantes, a más tardar el 15 de mayo de 2018;
 - Las Demandantes presentarían sus comentarios a la solicitud de la Demandada de incluir los Documentos de la FGN, a más tardar el 17 de mayo de 2018;

³⁹ Las Partes se refirieron a estos documentos como los Documentos en Disputa; no obstante, ambas Partes coincidieron en que todos los documentos comprendidos en dicha categoría habían sido excluidos por el Tribunal en la RP No. 2 (Carta de Colombia al Tribunal de 11 de mayo de 2018, pág. 1; Carta de las Demandantes al Tribunal de 14 de mayo de 2018, pág. 1).

- En vista de que las solicitudes de las Partes requerían acción inmediata, el Tribunal emitiría una decisión, a más tardar, el viernes 18 de mayo y comunicaría la decisión y el razonamiento completos a las Partes con posterioridad a ello.
128. En consecuencia, el 15 de mayo de 2018, la Demandada presentó una carta [**“Solicitud de la Demandada de los Documentos de la FGN”**]:
- En la que reiteraba su solicitud de 11 de mayo de 2018; y
 - En la que solicitaba que el Tribunal desestimara la solicitud de las Demandantes.
129. El 17 de mayo de 2018, las Demandantes presentaron una carta al Tribunal en la que solicitaban que el Tribunal rechazara la Solicitud de la Demandada de los Documentos de la FGN.
- B. La decisión adoptada en la RP No. 6**

130. El Tribunal deliberó y decidió rechazar las solicitudes de las Partes para introducir documentos adicionales en el expediente. Esta decisión fue comunicada mediante una carta de fecha 18 de mayo de 2018:

“El Tribunal de Arbitraje ha decidido no admitir al expediente ninguno de los documentos solicitados por las Partes por las siguientes razones:

1. La petición de las Demandantes de que se admita el informe técnico identificado en su correo electrónico de 11 de mayo de 2018 es extemporánea, dado que las Demandantes fueron las últimas en presentar un escrito principal.
2. La petición de la Demandada de que se admitan los Documentos de la FGN: los Documentos de la FGN no fueron incorporados al expediente mediante la Exhibición de Documentos y no son parte de una acusación formal en un procedimiento que se tramite ante un tribunal penal colombiano. Por tanto, el Tribunal no encuentra motivo alguno para admitirlos al expediente.
3. La petición de la Demandada de que se admitan los Documentos del Anexo A: hay dos tipos de documentos que la Demandada desea que el Tribunal admita al expediente:
 - a. documentos que el abogado de las Demandantes ha confirmado que se encuentran sujetos a un privilegio; y
 - b. documentos que – según el abogado de las Demandantes – no responden a las decisiones del Tribunal en la RP No. 3.

El abogado de las Demandantes tiene la responsabilidad de determinar qué documentos responden a las peticiones de la Demandada (acotadas por el Tribunal) y cuáles se encuentran sujetos a un privilegio. El Tribunal no tiene motivos para cuestionar estas decisiones.

Se emitirá una decisión completa en los próximos días”.

131. El 31 de julio de 2018, el Tribunal emitió la RP No. 6 que contenía su decisión y razonamiento completos.

C. Las consecuencias de la RP No. 6

132. En la RP No. 6, el Tribunal de Arbitraje instruyó a las Partes a presentar argumentos si deseaban que el Tribunal realizara inferencias adversas fundadas en las decisiones de la contraparte respecto de la capacidad de respuesta y el privilegio de los documentos ordenados.
133. En su Duplicata⁴⁰, la Demandada solicitó al Tribunal de Arbitraje que realizara inferencias adversas respecto de la falta de exhibición por las Demandantes de prueba que respondiera a su solicitud. En particular, la Demandada solicitó que el Tribunal realizara ocho inferencias adversas específicas a partir de la conducta de las Demandantes. En la medida en que dichas solicitudes sean pertinentes, el Tribunal las abordará en las secciones ulteriores del presente Laudo.
134. En el curso de la Audiencia, la Demandada efectuó otra solicitud adicional para que se incorporaran ciertos Documentos en Disputa al expediente. Dicha solicitud derivó en la presentación del Doc. R-100. El incidente procesal se analiza en detalle en la Sección **V.1(3.3)C *infra***.

⁴⁰ R II, párrs. 983-1002. La solicitud fue reiterada en el RPHB, párrs. 163-177.

III. CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS

135. La diferencia entre las Partes surge de la suscripción del Otrosí No. 8 al Contrato Minero [el “**Otrosí No. 8**”] y los hechos en torno a dicha suscripción.
136. El Tribunal comenzará por describir la suscripción del Contrato Minero y el período posterior, durante el cual las Partes introdujeron siete otrosíes al Contrato Minero **(1.)**.
137. Luego, el Tribunal procederá a abordar las negociaciones en torno al octavo y más importante otrosí al Contrato Minero **((2), (4) y (5))**. El Tribunal también describirá los hechos relativos a la adquisición de una concesión minera por parte de Prodeco, que, según la versión de los hechos de la Demandada, sirvió de cohecho para la suscripción del Otrosí No. 8 por parte del Estado **(3)**.
138. Por último, el Tribunal analizará los eventos que tuvieron lugar con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 8, a saber, el cumplimiento del Otrosí No. 8 por las Partes **((6) y (11))** y los procesos que constituyen la base de las reclamaciones de las Demandantes en el presente arbitraje:
 - La investigación de la Contraloría General de la República [“**Contraloría**”] respecto de si el Otrosí No. 8 era perjudicial para el Estado colombiano, la que derivó en una decisión en la cual se declaraba a Prodeco responsable por los daños al patrimonio del Estado [el “Proceso de Responsabilidad Fiscal”] **(7)**; y
 - La reclamación presentada por la agencia minera responsable del Contrato Minero ante los tribunales administrativos colombianos mediante la cual se solicitaba una declaración de nulidad del Otrosí No. 8 [el “**Proceso de Nulidad Contractual**”] **(8.)**.
139. Luego del fracaso de las consultas amistosas, las Demandantes iniciaron el presente arbitraje en contra de Colombia **(9.)**. El Tribunal también abordará brevemente la denuncia penal incoada por Colombia luego del inicio del presente arbitraje **(10.)**.

(1) EL CONTRATO MINERO: SUSCRIPCIÓN, EJECUCIÓN Y OTROSÍES

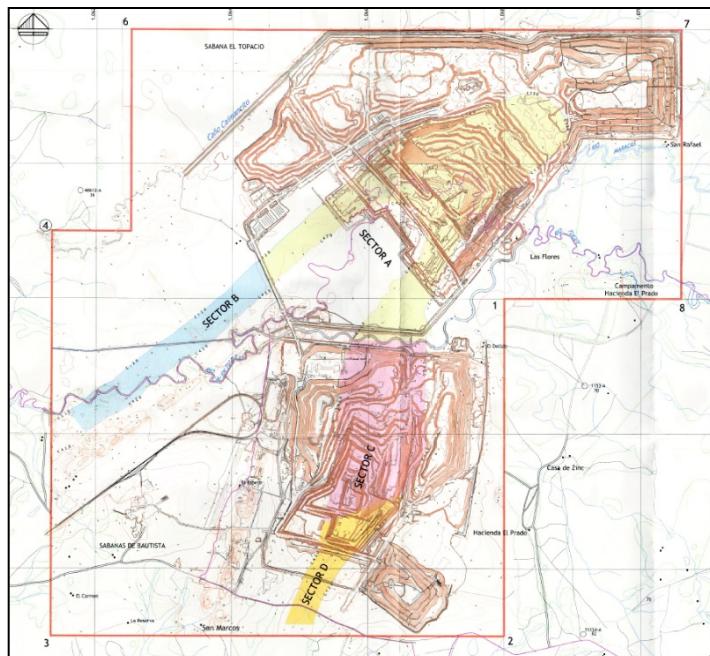
140. Colombia es uno de los productores de carbón más grandes del mundo. Como su segunda exportación más grande, el carbón es una de las principales fuentes de ingresos y empleo del país⁴¹.
141. A finales de los setenta, el Ministerio de Minas y Energía de Colombia otorgó a Carbones de Colombia, S.A. [“**Carbocol**”], empresa del estado⁴², derechos mineros

⁴¹ Nagle I, párr. 13. Véase también TA, Día 1, pág. 67, ll. 7-11.

⁴² Carbocol era una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Tal como explica la Demandada, la agencia estatal responsable de los contratos mineros carboníferos sufrió varias reorganizaciones y cambios de nombre a lo largo de los años: Carbocol fue reemplazada por Empresa Colombiana de Carbón, Ltda., que fue reemplazada por Empresa Nacional Minera Ltda. Minercol Ltda., que fue reemplazada por el Instituto

sobre una gran área⁴³, que comprendía una mina de tajo abierto de más de 6.600 hectáreas conocida como Calenturitas⁴⁴, ubicada en los municipios de La Jagua de Ibirico, El Paso y Becerril⁴⁵ [la “Mina Calenturitas” o la “Mina”].

142. En la actualidad, la Mina es una de las minas de carbón térmico más grandes de Colombia. Es atravesada por el Río Calenturitas y se divide en cuatro sectores, A a D⁴⁶:



A. 1989: Suscripción del Contrato Minero

143. En 1988, Colombia adoptó el Decreto 2655 mediante el cual promulgó el Código de Minas [“Código de Minas de 1988”]⁴⁷. En virtud del Art. 3 de dicho Código y de conformidad con la Constitución Política de Colombia, todos los recursos naturales no renovables pertenecen a la Nación colombiana en forma inalienable e imprescriptible; en ejercicio de su derecho de propiedad, Colombia podrá explorar y explotar estos recursos a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares o a entidades privadas el derecho de hacerlo⁴⁸.

Colombiano de Geología y Minería – Ingeominas. Este último fue eventualmente liquidado y transformado en el Servicio Geológico Colombiano y la Agencia Nacional de Minería (R I, n. 15).

⁴³ Doc. C-2, Cláusula 2: “[...] el Área Contratada descrita en la Cláusula Tercera de este contrato, la cual hace parte de un área mayor otorgada a CARBOCOL por el Ministerio de Minas y Energía, a título de Aporte, mediante la Resolución No. 002857 de fecha 10 de octubre de 1977, Aporte No. 871”.

⁴⁴ Doc. C-2, Cláusulas Segunda y Tercera.

⁴⁵ Nagle I, párr. 14; R I, párr. 19.

⁴⁶ Doc. R-55. Véanse también Nagle I, párrs. 14-15; TA, Día 1, pág. 67, l. 12 - pág. 68, l. 8.

⁴⁷ Doc. C-1; Doc. R-16.

⁴⁸ Doc. C-1, Art. 3: “**Propiedad de los recursos naturales no renovables.** De conformidad con la Constitución Política, todos los recursos naturales no renovables del suelo y del subsuelo pertenecen a la

144. En virtud del Art. 3 del Código de Minas de 1988, la Demandada, a través de Carbocol, decidió explorar y explotar los recursos del área de Calenturitas mediante un contrato con una entidad privada. Prodeco, empresa minera colombiana constituida en 1974⁴⁹, fue elegida a tales efectos.
145. Para ello, el 21 de febrero de 1989, Prodeco y Carbocol suscribieron un contrato para la exploración, construcción y explotación de un proyecto carbonífero en la Mina Calenturitas [definido como el “**Contrato Minero**”]⁵⁰.
146. El Contrato Minero fue celebrado inicialmente por un plazo de 30 años⁵¹ y comprendía tres etapas: exploración, construcción y explotación de la Mina Calenturitas.
147. En la fase de exploración, Prodeco debía realizar, por su cuenta y riesgo, estudios geológicos y de ingeniería para evaluar el potencial de la Mina Calenturitas, y presentar un estudio de factibilidad para el proyecto minero carbonífero⁵². Una vez que Carbocol aprobara el estudio de factibilidad, Prodeco podría iniciar la construcción⁵³ y, posteriormente, la operación de la Mina⁵⁴.
148. Desde el inicio de la fase de producción y hasta la extinción del Contrato Minero, Prodeco tuvo el derecho de realizar actividades de extracción, procesamiento, transporte, y comercialización del carbón extraído de la Mina⁵⁵. Prodeco podía producir hasta tres millones de toneladas [“MT”] de carbón por año [“MTA”], que se convertirían en su propiedad exclusiva. Prodeco podía disponer de ese carbón en la forma que considerara apropiada, sujeto a las leyes y disposiciones reglamentarias colombianas en materia de comercialización y transformación de minerales⁵⁶.
149. A cambio del otorgamiento de derechos de producción y comercialización, Prodeco debía pagar una contraprestación definida a Carbocol. Los términos acordados en 1989 fueron los siguientes:
 - Una regalía básica del 5% por cada tonelada de carbón vendida, que aumentaba progresivamente hasta el 7,6% a partir del quinto año de producción en adelante⁵⁷ [“**Regalía Básica**”];

Nación en forma inalienable e imprescriptible. En ejercicio de esa propiedad, podrá explorarlos y explotarlos directamente a través de organismos descentralizados, o conferir a los particulares el derecho de hacerlo, o reservarlos temporalmente por razones de interés público, todo de acuerdo con las disposiciones de este Código”.

⁴⁹ Doc. CLEX-15, pág. 9 de los Estados Financieros para 2015-2014.

⁵⁰ Doc. C-2, Cláusula 1. El Contrato Minero ostenta el número 044/89.

⁵¹ Doc. C-2, Cláusula 24.

⁵² Doc. C-2, Cláusulas 5.1, 5.2 y Anexo 3.

⁵³ Doc. C-2, Cláusulas 5.3, 8 y 9.1.

⁵⁴ Doc. C-2, Cláusula 13.

⁵⁵ Doc. C-2, Cláusula 11.

⁵⁶ Doc. C-2, Cláusulas 18 y 19.

⁵⁷ Doc. C-2, Cláusula 21.1: “Regalía Básica”.

- Una compensación suplementaria⁵⁸ equivalente a un porcentaje de los ingresos, y un monto fijo por tonelada de carbón vendida si el precio del carbón excedía los USD 40 por tonelada⁵⁹. En ese momento, el precio del carbón térmico colombiano era aproximadamente de USD 25 por tonelada⁶⁰; si este precio excedía los USD 40 por tonelada, Prodeco percibiría utilidades extraordinarias y tendría que pagar la compensación suplementaria⁶¹.
150. Otras contraprestaciones incluían la obligación de Prodeco de contribuir al desarrollo socioeconómico de la región de la Mina Calenturitas⁶², y conceder a Carbocol acceso a las facilidades portuarias de Prodeco [“**Puerto de Prodeco**”]⁶³ para la exportación de carbón⁶⁴.
151. Entre 1991 y 2007, las partes del Contrato Minero suscribieron siete “Otrosíes” al Contrato Minero, que modificaron el fundamento inicial de este acuerdo.
- B. 1991-2002: Otrosíes Nos. 1, 2, 3 y 4**
- Otrosí No. 1
152. En julio de 1989, Prodeco comenzó a explorar la Mina y a trabajar en la preparación de un estudio de factibilidad⁶⁵.
153. Dos años más tarde, en 1991, Prodeco y Carbocol suscribieron el Otrosí No. 1 al Contrato Minero, que aumentaba el tamaño del área de la Mina Calenturitas y definía las normas aplicables a la producción de prueba⁶⁶.
154. En 1992, Carbocol aprobó el estudio de factibilidad preparado por Prodeco. Ese mismo año, Prodeco inició la construcción en la Mina⁶⁷.

⁵⁸ Esta compensación suplementaria se convertirá luego en la Compensación por Ingresos Brutos o CIB. Véase párr. 164 *infra*.

⁵⁹ Doc. C-2, Cláusula 22.1: “Regalía Adicional”.

⁶⁰ Doc. C-183. Véase también TA, Día 1, pág. 26, ll. 14-18.

⁶¹ El Art. 84(b) del Código de Minas de 1988 disponía que la compensación pagada por los productores podía incluir una participación en las utilidades extraordinarias del productor debido a alzas en el precio de los minerales (Doc. C-1, Art. 84(b)).

⁶² Doc. C-2, Cláusula 23.1.

⁶³ El Puerto de Prodeco estaba ubicado aproximadamente 200 kilómetros al norte de la Mina Calenturitas, en Santa Marta, sobre la costa atlántica de Colombia, y era utilizado para exportar carbón (Nagle I, párr. 19). Prodeco obtuvo la concesión del Puerto originalmente en 1979, durante un plazo que se extendía hasta el 2013 (Doc. CLEX-15, págs. 10-11 de los Estados Financieros para el 2012). En 2010, Prodeco comenzó a construir un nuevo puerto, que opera en la actualidad, conocido como Puerto Nuevo. La concesión de Puerto Nuevo pertenece a la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A., en la cual Prodeco tiene una participación del 94,9% (Doc. CLEX-15, págs. 10-11 de los Estados Financieros para el 2014; Doc. CLEX-11, pág. 17).

⁶⁴ Doc. C-2, Cláusula 23.2.

⁶⁵ Doc. R-63, pág. 1.

⁶⁶ Doc. C-67.

⁶⁷ Doc. R-63, pág. 1; SdA, párr. 13; Nagle I, párr. 18.

Otrosí No. 2

155. En 1993, Carbocol se convirtió en la *Empresa Colombiana de Carbón Ltda. – Ecocarbón* [“**Ecocarbón**”]. El 6 de diciembre de 1995, Ecocarbón y Prodeco suscribieron el Otrosí No. 2 al Contrato Minero⁶⁸, que establecía nuevas reglas respecto del derecho de Prodeco de emplear subcontratistas⁶⁹.
156. La fase de explotación de la Mina comenzó oficialmente en octubre de 1995, aunque, en realidad, las actividades mineras estuvieron suspendidas por varios años⁷⁰, en parte, debido a la falta de infraestructura suficiente para transportar carbón de la Mina al Puerto de Prodeco y, en parte, debido a los bajos precios del carbón en el mercado internacional⁷¹.

Otrosí No. 3

157. En 1995, Prodeco fue adquirida por Glencore⁷², empresa multinacional de comercio de productos básicos y minería⁷³.
158. Tres años más tarde, Prodeco presentó a Ecocarbón un estudio de factibilidad revisado, que preveía una producción de 5 MTA, y un nuevo cronograma para el proyecto. Ecocarbón advirtió que el estudio de factibilidad revisado no cumplía con los términos del Contrato Minero y le propuso a Prodeco dos alternativas: cumplir con el Contrato y el estudio de factibilidad ya aprobado, o negociar un otrosí adicional⁷⁴.
159. En consecuencia, en 1999, las partes entablaron negociaciones⁷⁵ que derivaron en el tercer otrosí al Contrato Minero [“**Otrosí No. 3**”]⁷⁶, suscrito dos años más tarde, el 6 de marzo de 2001. El Otrosí No. 3 fue firmado por la nueva *Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol Ltda.* [“**Minercol**”], que entretanto había sucedido a Ecocarbón⁷⁷.
160. De manera importante, el Otrosí No. 3:
 - Creó obligaciones nuevas para Prodeco respecto de la fase de producción (i); y
 - Modificó el régimen de contraprestación existente (ii).

⁶⁸ Doc. C-70.

⁶⁹ Doc. C-70, págs. 1-2.

⁷⁰ Doc. R-63, pág. 1; Doc. R-64, pág. 2.

⁷¹ Doc. C-5, pág. 1, punto 2. Véase también Doc. C-74, pág. 18.

⁷² Doc. CLEX-11, pág. 12. Véanse también SdA, párr. 14; C I, párr. 28; Nagle I, párr. 19; Doc. H- 1, pág. 39 38; R I, n. 16.

⁷³ C I, párr. 22.

⁷⁴ Doc. R-57.

⁷⁵ Doc. R-58; Doc. R-59; Doc. R-60 y; Doc- R-61.

⁷⁶ Doc. C-5.

⁷⁷ Doc. C-5, pág. 1. Minercol fue constituida en diciembre de 1998.

161. (i) En un plazo de seis meses, Prodeco debía presentar para la aprobación de Minercol el Informe Final de Exploración [“IFE”]⁷⁸. Luego de la aprobación del IFE por parte de Minercol, Prodeco debía preparar y entregar un Programa de Trabajos e Inversiones [“PTI”] de largo plazo, relativo a la explotación de la Mina⁷⁹. Asimismo, Prodeco se comprometió a presentar un PTI por cada año de la fase de producción [“PTI Anual”]. Cada PTI Anual debía seguir la secuencia de explotación definida en el PTI principal y contener una proyección de producción para los siguientes 10 años⁸⁰.
162. (ii) El Otrosí No. 3 preveía una producción de “cinco (5) o seis (6) millones de toneladas por año” de carbón⁸¹. Esta ampliación derivó en cambios en el régimen de contraprestación.
163. La Regalía Básica seguía siendo aplicable, tal como se definió en el Contrato Minero original, siempre que la producción no superara los 3 MTA. Una vez que la producción excediera dicho umbral, una “Regalía Adicional” recientemente definida se volvía aplicable: la tasa de la regalía se incrementaría en 1% por cada aumento de 1 MTA en la producción. En efecto, esto implicaba que luego del quinto año de producción – que era cuando la Regalía Básica alcanzaba el 7,6% –si la producción anual era, por ejemplo, de 4, 5 o 6 MTA, Prodeco pagaría Regalías a una tasa del 8,6%, 9,6% y 10,6% sobre el precio total del carbón vendido⁸². Por cada MTA de producción de carbón adicional, la tasa de Regalías se incrementaría en 1%⁸³.
164. El Otrosí No. 3 creó además una Compensación por Ingresos Brutos [“CIB”], derivada de la Compensación Suplementaria prevista inicialmente en la Cláusula 22.1 del Contrato Minero. La CIB era una contraprestación adicional, basada en una escala variable conforme a los precios del carbón, que se hacía aplicable si el precio del carbón superaba los USD 40 por tonelada⁸⁴.
165. Por ende, luego de la suscripción del Otrosí No. 3, Prodeco debía pagar tres tipos de contraprestación dependiendo de la cantidad de producción de la Mina y del precio del carbón:
 - Una Regalía Básica del 7,6%, que era aplicable independientemente de la cantidad de carbón producido;
 - Una Regalía Adicional, cuando la producción de carbón superaba los 3 MTA, calculada mediante la aplicación de una escala porcentual ascendente;

⁷⁸ Doc. C-5, Cláusula 7.

⁷⁹ Doc. C-5, Cláusula 8.

⁸⁰ Doc. C-5, Cláusula 8.9.

⁸¹ Doc. C-5, considerando 4 y Cláusula 14.

⁸² Doc. C-5, Cláusula 14.

⁸³ Véase Doc. C-5, considerando 4.

⁸⁴ Doc. C-5, Cláusula 15.1. Véanse también C I, párr. 32; R I, párr. 31.

- Una CIB, que era aplicable cuando el precio del carbón superaba los USD 40 por tonelada.
166. El Otrosí No. 3 también definió el precio de referencia que debería utilizarse para calcular el monto de las Regalías y la CIB, que era el mayor entre⁸⁵:
- El precio FOB puerto colombiano promedio ponderado del trimestre actual para el carbón exportado proveniente de la Mina Calenturitas, publicado en la revista “Coal Week International”; y
 - El precio FOB puerto colombiano promedio ponderado para el carbón térmico colombiano exportado durante el mismo trimestre, ajustado proporcionalmente por poder calorífico, publicado en la revista “Coal Week International”.
- Otrosí No. 4**
167. Más tarde durante ese mismo año (2001), Prodeco y Minercol suscribieron el Otrosí No. 4 al Contrato Minero⁸⁶, que aclaraba ciertos aspectos del Otrosí No. 3, a saber⁸⁷:
- La duración de cada una de las etapas del Contrato Minero;
 - Los términos aplicables a las inversiones socioeconómicas de Prodeco en la región de Calenturitas; y
 - La fecha de inicio del plazo de duración de 30 años del Contrato Minero, que se fijó en el 3 de julio de 1990.
- C. 2002-2004: El PTI 2003 y el inicio de la producción**
168. El 16 de diciembre de 2002, Minercol aprobó el IFE de Prodeco⁸⁸. Un año más tarde⁸⁹, Prodeco presentó a Minercol un PTI de largo plazo, en el que establecía su plan para producir hasta 4 MTA, para una producción total durante la vida de la mina de aproximadamente 55 MT de carbón [“**PTI 2003**”]. Según Prodeco, la producción máxima estaba limitada por restricciones de transporte: el carbón debía trasladarse en camiones al Puerto, y Prodeco afirmó que ese era el máximo volumen que podía ser transportado dadas las malas condiciones de la vía y la cantidad limitada de camiones⁹⁰.
169. En enero de 2004, el Ministerio de Minas y Energía de Colombia designó al Instituto Colombiano de Geología y Minería, INGEOMINAS [“**Ingeominas**”], un

⁸⁵ Doc. C-5, Cláusulas 14.3 y 15.1.1.

⁸⁶ Doc. C-73.

⁸⁷ Doc. C-73, Cláusula 1 y Cláusula 4.

⁸⁸ Doc. C-74, pág. 21.

⁸⁹ Prodeco presentó una primera versión del PTI el 9 de septiembre de 2003 (Doc. R-65) y una versión revisada en diciembre de 2003 (Doc. C-74), a pedido de Minercol (Doc. R-66, pág. 2).

⁹⁰ Doc. C-74, pág. 18.

instituto creado en 1916 para la investigación geocientífica⁹¹, como sucesor de Minercol, y delegó en esta agencia las funciones que le competían como autoridad minera⁹².

170. Ingeominas fue quien aprobó el PTI 2003 el 6 de abril de 2004⁹³.
171. En julio de 2004, la Mina Calenturitas finalmente inició la producción⁹⁴. A fines de ese año, la Mina había producido 0,6 MT de carbón; la producción se incrementó a 1,5 MTA en el año siguiente, 2005⁹⁵.

D. 2004: Otrosí No. 5

El Comité de Contratación

172. En junio de 2004, Ingeominas creó, por medio de una resolución interna, un Comité de Contratación Minera [“**Comité de Contratación**”], compuesto por el Secretario General de Ingeominas, el Director del Servicio Minero, los Subdirectores de Contratación y Titulación Minera y de Fiscalización y Ordenamiento Minero, y un Asesor de la Dirección General.
173. Este Comité era responsable de asesorar al Director del Servicio Minero, *inter alia*, sobre contratos de gran minería para áreas históricamente concedidas a Ecocarbón. En particular, el Comité de Contratación tenía la siguiente función⁹⁶:

“Recomendar al Director del Servicio Minero la aprobación o desaprobación de las solicitudes presentadas por los concesionarios relacionadas con modificación, prórroga, cesión, subcontratación, suspensión y renuncia de los contratos”.

174. Por ende, el Comité de Contratación asumió la responsabilidad de evaluar y hacer cualquier recomendación al Director del Servicio Minero respecto de las solicitudes presentadas por Prodeco para modificar el Contrato Minero.
175. En septiembre de 2004, el alcance de las funciones del Comité de Contratación fue ligeramente modificado mediante otra resolución de Ingeominas⁹⁷:

“Recomendar a la Dirección del Servicio Minero o a las Subdirecciones de Contratación y Titulación Minera y Fiscalización y Ordenamiento Minero la aprobación o rechazo de las peticiones presentadas por los beneficiarios de los títulos mineros, relacionadas entre otros, con la modificación, prórroga,

⁹¹ Paredes I, párr. 20. Mediante un Decreto de 28 de enero de 2004, el Instituto de Investigación e Información Geocientífica, Minero Ambiental y Nuclear fue reestructurado y su nombre fue cambiado a Instituto Colombiano de Geología y Minería (Doc. R-10, pág. 1).

⁹² Doc. R-56.

⁹³ Doc. R-66; Nagle I, párr. 24.

⁹⁴ Doc. CLEX-11, pág. 14; Doc. CLEX-15, pág. 8.

⁹⁵ Doc. CLEX-15, “Informe de Gestión 2006”, pág. 348 del PDF; Nagle I, párr. 24; Doc. H-1, pág. 50.

⁹⁶ Doc. R-10, Arts. 1 y 3.

⁹⁷ Doc. R-11, Art. 4(2).

suspensión, integración de operaciones mineras y renuncia de los contratos de concesión y demás títulos mineros”.

Otrosí No. 5

176. El 15 de diciembre de 2004, siguiendo la recomendación del Comité de Contratación⁹⁸, Prodeco e Ingeominas suscribieron el Otrosí No. 5 al Contrato Minero⁹⁹, el cual aclaró el cálculo de las Regalías Básica y Adicional [“**Otrosí No. 5**”].

E. 2005: Otrosí No. 6

177. Cabe recordar que, en el año 1995, mediante la adquisición de Prodeco¹⁰⁰, Glencore se convirtió en propietaria indirecta de los derechos de concesión sobre la Mina Calenturitas y el Puerto de Prodeco¹⁰¹.

Adquisición de Carbones de la Jagua S.A.

178. En el 2005, Glencore adquirió Carbones de la Jagua S.A. [“**CDJ**”], sociedad que era titular de derechos sobre algunas propiedades mineras dentro del proyecto minero carbonífero La Jagua, ubicado aproximadamente 20 kilómetros al este de la Mina Calenturitas. Posteriormente, Glencore pudo consolidar la titularidad del proyecto carbonífero La Jagua mediante la adquisición del Consorcio Minero Unido S.A. [“**CMU**”] en el 2006 y de Carbones El Tesoro [“**CET**”] en el 2007¹⁰². El Tribunal se referirá a CDJ, CMU y CET conjuntamente como las “**Sociedades Relacionadas de Prodeco**”.

Otrosí No. 6

179. Una de las ventajas de esta adquisición fue la mezcla de carbón extraído de las Minas Calenturitas y La Jagua¹⁰³ – un procedimiento que requirió un otrosí al Contrato Minero¹⁰⁴. En consecuencia, el 15 de diciembre de 2005, Prodeco e Ingeominas suscribieron el otrosí No. 6 al Contrato Minero [“**Otrosí No. 6**”]. Este Otrosí aclaró la forma en la que los pagos de las Regalías y la CIB debían calcularse cuando el volumen de carbón exportado estuviera compuesto por carbón de la Mina Calenturitas, mezclado con carbón de otras minas [“**Carbón Mezclado**”]¹⁰⁵.
180. El Otrosí No. 6 también cambió el precio de referencia para calcular las Regalías y la CIB del precio publicado en “Coal Week International” al precio del carbón

⁹⁸ Doc. C-76, considerando 16. Véanse también Doc. R-68; Doc. R-69.

⁹⁹ Doc. C-76.

¹⁰⁰ Doc. CLEX-11, pág. 12. Véanse también SdA, párr. 14; C I, párr. 28; Nagle I, párr. 19; Doc. H- 1, pág. 39 38; R I, n. 16.

¹⁰¹ Doc. CLEX-11, pág. 12; Doc. CLEX-11, pág. 249 de la versión en formato PDF.

¹⁰² Doc. CLEX-11, págs. 12-13; SdA, párr. 5.

¹⁰³ Nagle I, párrs. 25-26.

¹⁰⁴ Doc. R-75.

¹⁰⁵ Doc. C-77, considerando 6, Cláusula 1 y Anexo 9A.

térmico colombiano publicado en “International Coal Report” [“**ICR**”] de Platts, ajustado por poder calorífico. El Otrosí especificaba que¹⁰⁶:

- Si el carbón exportado por Prodeco provenía exclusivamente de la Mina, el precio de referencia sería el mayor valor entre (i) el precio FOB puerto colombiano para el carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico, y (ii) el precio de venta estimado por Prodeco;
- Si el carbón exportado por Prodeco era Carbón Mezclado, el precio de referencia sería simplemente el precio FOB puerto colombiano para el carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico.

Ferrocarril

181. En marzo de 2006, Prodeco, CDJ y CMU, las dos empresas mineras recientemente adquiridas por Glencore, celebraron un contrato de asociación con otros productores de carbón, con el propósito de compartir el uso de un ferrocarril concesionado a Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. [“**Fenoco**”]. Prodeco finalmente adquirió una participación indirecta del 39,76% en Fenoco¹⁰⁷.
182. Este ferrocarril conectaba la región de la Mina con puertos ubicados en la costa atlántica, en particular, con el Puerto de Prodeco, y resolvía los problemas de transporte de Prodeco: el transporte por ferrocarril permitía el embarque de mayores cantidades de carbón a costos inferiores, y un aumento en la capacidad de la Mina Calenturitas.

F. 2006: El PTI 2006

183. La producción en la Mina Calenturitas continuó su crecimiento en el año 2006. En ese mismo año, la Mina generó 2,9 MTA, casi el doble de la producción del año 2005¹⁰⁸.
184. Además, en el año 2006, Prodeco se percató de que era posible desviar un tramo del Río Calenturitas que atravesaba la Mina, lo que aumentaría la cantidad de recursos explotables¹⁰⁹.
185. En consecuencia, en noviembre de 2006, Prodeco presentó un PTI de largo plazo revisado a Ingeominas, el cual incluía nuevos objetivos de producción de carbón [“**PTI 2006**”]. Prodeco propuso aumentar la producción total de carbón proveniente de la Mina a 116 MT entre los años 2007 y 2019 (más del doble de los 55 MT

¹⁰⁶ Doc. C-77, Anexo 9A.

¹⁰⁷ Doc. CLEX-15, “Nota a los Estados Financieros” para el 2007, pág. 11; Doc. CLEX-11, pág. 12; Doc. CLEX-13, pág. 15. Véase también Compass Lexecon I, párr. 25.

¹⁰⁸ Doc. CLEX-15, “Informe de gestión 2006”, pág. 348 del PDF.

¹⁰⁹ Doc. C-78, págs. 17-19 y 42.

previstos en el PTI 2003), a una tasa inicial de 4,4 MTA a partir del año 2007, incrementándola gradualmente hasta 10 MTA a partir del año 2010, en adelante¹¹⁰:

Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Total Estimado (MBar/m)	31,9	36,0	52,98	53,0	53,6	64,9	64,9	69,9	69,9	69,9	80,0	80,0	80,0
Carbón Minado (MT)	4,4	4,2	8,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0	10,0
Relación Descapital (Barrel/t)	7,0	8,5	6,6	5,3	5,3	6,99	6,99	6,99	6,99	6,0	8,0	8,0	8,0
Poder Calorífico (kbtu/lb)	11,03	10,97	10,97	11,0	10,9	10,9	10,8	10,8	10,8	10,8	10,9	11,0	11,3

Tabla No. 3-10 Resumen de Cantidadades. Secuencia Minera

7.1.1.1

186. El PTI 2006 también preveía una inversión de USD 500,1 millones [“M”] a realizarse en los años 2007-2010 (dividida en USD 196,4 M para equipos, USD 114,6 M para vías de ferrocarril, USD 85,2 M para infraestructura y USD 103,9 M para puertos e inversiones varias), y una inversión adicional de USD 684,4 M para la vida restante del proyecto¹¹¹.
187. El valor presente neto del proyecto fue estimado en USD 98 M (a una tasa de descuento del 15%), suponiendo costos de USD 24,79 por tonelada de carbón¹¹² y un precio de venta del carbón de USD 42,58 por tonelada¹¹³.
188. Las Regalías que se debían pagar a Ingeominas durante la vida de la Mina fueron estimadas en USD 671 M¹¹⁴.
189. El PTI 2006 también disponía perforaciones exploratorias adicionales en los Sectores B y D de la Mina¹¹⁵.
190. El 7 de febrero de 2007, Ingeominas aprobó el PTI 2006 y concluyó que este plan era más favorable que el PTI original, considerando que generaría una contraprestación sustancialmente superior para el Estado. Sin embargo, Ingeominas exigió que Prodeco presentara en el año 2009 un PTI actualizado, incorporando los resultados de las perforaciones exploratorias adicionales en los Sectores B y D¹¹⁶.

G. 2007: Otrosí No. 7

191. Mientras Prodeco aguardaba la aprobación del PTI 2006, consultó a Ingeominas sobre la posible suscripción de un otrosí No. 7 al Contrato Minero, con el propósito de extender el plazo del Contrato y modificar el régimen de Regalías existente, en particular, para las ventas de carbón en el mercado interno colombiano. Prodeco

¹¹⁰ Doc. C-78, págs. 17-19, 51 y 55.

¹¹¹ Doc. C-78, págs. 170 y 173.

¹¹² Doc. C-78, pág. 175.

¹¹³ Doc. C-78, pág. 170.

¹¹⁴ Doc. C-78, pág. 177.

¹¹⁵ Doc. C-78, págs. 35-36.

¹¹⁶ Doc. C-80.

explicó que, para poder extraer la máxima cantidad de recursos de carbón y obtener rentabilidad sobre las inversiones significativas que realizaría en el proyecto Calenturitas – estimadas en USD 1.184 M – sería necesario extender la etapa de explotación por un período de 20 años¹¹⁷.

192. Luego de extensas negociaciones, y en virtud de las recomendaciones del Comité de Contratación, el 15 de febrero de 2007, Prodeco e Ingeominas suscribieron el Otrosí No. 7 al Contrato Minero [“**Otrosí No. 7**”]¹¹⁸.

193. El sentido principal del Otrosí No. 7 era la extensión del plazo del Contrato Minero por 15 años, hasta el 3 de julio de 2035¹¹⁹. La justificación ofrecida fue que el PTI 2006 preveía la extracción de 60 MT de carbón adicionales y un aumento de la capacidad de la Mina a 10 MTA. El Considerando 6 del Otrosí No. 7 concluye¹²⁰:

“En consecuencia los recursos que generará el proyecto por contraprestaciones económicas a favor del Estado se incrementan sustancialmente frente a lo previsto en el PTI original [...].”

194. El Otrosí No. 7 también permitía a Prodeco asignar hasta el 15% de su producción anual de carbón a ventas locales; en tal caso, las Regalías se calcularían conforme al precio base definido por la Unidad de Planeación Minero Energética¹²¹.

195. El sistema básico para calcular las Regalías y la CIB no sufrió modificaciones, pero sí se incorporaron algunos cambios y aclaraciones. El Otrosí No. 7 disponía:

- Que, si el carbón exportado por Prodeco provenía exclusivamente de la Mina, el precio de referencia para el pago de las Regalías y la CIB sería el mayor valor entre (i) el precio FOB puerto colombiano del carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en ICR, ajustado por poder calorífico [“**Precio FOB**”], y (ii) el precio real de venta¹²²;
- Que las Regalías y la CIB serían calculadas y pagadas dentro de los diez días siguientes al embarque del carbón, pero quedarían sujetas a reajustes trimestrales “con base en el precio definitivo”¹²³ (tal como se explicará *infra*, la interpretación de esta disposición sería objeto de debate entre las Partes).

196. Por último, el Otrosí No. 7 exigía que Prodeco presentara un PTI de largo plazo revisado en enero de 2009, en el que detallara sus planes de explotación de la Mina

¹¹⁷ Doc. C-79.

¹¹⁸ Doc. C-9.

¹¹⁹ Doc. C-9, Cláusula. 1.

¹²⁰ Doc. C-9, Considerando 6, pág. 2.

¹²¹ Doc. C-9, Cláusula. 2.

¹²² Doc. C-9, Anexo 9A.

¹²³ De hecho, ya existía una disposición similar en el Otrosí No. 6, pero con una redacción diferente (véase Doc. C-77, Anexo 9A, párrs. A)(4) y B)(5)).

hasta el año 2035 e incorporara los resultados de las exploraciones adicionales llevadas a cabo en los Sectores B y D¹²⁴.

(2) EL OTROSÍ NO. 8: ETAPAS PRELIMINARES

197. Las Demandantes argumentan que, mediante la firma del Otrosí No. 8:

- Ingeominas acordó la modificación del Contrato Minero y del sistema para calcular las Regalías y la CIB, y
- A cambio, Prodeco asumió un enorme programa de inversión adicional, incrementando la capacidad productiva de la Mina.

198. El resultado fue una situación beneficiosa para todos: Ingeominas obtendría una retribución superior (a pesar de aplicar menores Regalías y CIB a una producción mucho mayor), y Prodeco estaría en condiciones de realizar las inversiones necesarias y desarrollar la Mina a su capacidad total.

199. La Demandada cuestiona la versión de los hechos de las Demandantes y argumenta que las Demandantes ocultaron y tergiversaron información esencial, con el propósito de engañar al Estado para que aceptara una renegociación injustificable del Contrato Minero, para beneficio exclusivo de las Demandantes y en detrimento del Estado. Según la Demandada, las Demandantes realizaron declaraciones falsas intencionalmente, coludieron con servidores públicos, y se involucraron en prácticas corruptas, todo para suscribir el Otrosí No. 8¹²⁵.

200. El Tribunal analizará las pruebas cuidadosamente y determinará los hechos probados, comenzando con los pasos preliminares que derivaron finalmente en la suscripción del Otrosí No. 8.

A. Mayo de 2008: Primer acercamiento de Prodeco

201. En febrero de 2007, Prodeco e Ingeominas suscribieron el Otrosí No. 7, y en octubre de 2007, Prodeco entregó el PTI Anual para el año 2008. Este PTI detallaba las operaciones planeadas para el año 2008 y estimaba una producción de 5 MTA¹²⁶.

202. El Otrosí No. 7 no modificó la estructura básica de la remuneración que Prodeco debía pagar a Ingeominas:

- Por un lado, las Regalías progresivas eran calculadas en función de una escala ascendente, la cual agregaba un 1% por cada MTA adicional producido por la Mina *supra*; si la producción estimada de 10 MTA era alcanzada, la tasa de Regalías aplicable ascendería a 14,6% sobre la totalidad del carbón vendido; si la producción alcanzaba 11 MTA, la tasa ascendería a 15,6% y se aplicaría, una vez más, a toda la producción;

¹²⁴ Doc. C-9, Cláusula. 1.

¹²⁵ R I, párrs. 5 y 9. Véase también TA, Día 2, pág. 318, l. 9 – pág. 319, l. 19.

¹²⁶ Doc. BR-2, pág. 13.

- Por otro lado, el precio de referencia de CIB de USD 40 por tonelada no había sido modificado desde 1989; y, como resultado de los aumentos inflacionarios en los costos de minería de Prodeco, ésta debía pagar a Colombia una porción de sus ingresos brutos a niveles de precios que apenas cubrían sus costos de producción.
203. Seis meses después de suscribir el Otrosí No. 7, Prodeco decidió acercarse a Ingeominas respecto de un posible nuevo otrosí al Contrato Minero¹²⁷.
204. El 23 de mayo de 2008, los representantes de Prodeco se reunieron con el Director General de Ingeominas, el Sr. Mario Ballesteros [“**Sr. Ballesteros**”], y realizaron una extensa presentación en formato PowerPoint, en la que sugerían la revisión de las condiciones económicas del Contrato Minero¹²⁸. A los pocos días, el 28 de mayo, Prodeco presentó una solicitud formal que constaba de nueve páginas¹²⁹. Prodeco alegaba que el acuerdo de compensación existente comprometía la posible expansión e incluso la viabilidad del proyecto minero de Calenturitas¹³⁰.
205. En consecuencia, a efectos de garantizar la sustentabilidad del retorno de Colombia y la viabilidad del proyecto minero, Prodeco propuso la modificación de ciertas condiciones acordadas en el Contrato Minero¹³¹:
- Sustituir el índice ICR por los índices API2-BCI7¹³²;
 - Calcular las Regalías y la CIB en función del valor del carbón en la boca de la Mina;
 - Limitar las Regalías al 10%;
 - Actualizar el valor de la CIB e introducir una fórmula de indexación.
206. Prodeco propuso la creación de un comité para analizar estas posibles modificaciones y, mientras tanto, la suscripción de un memorando de entendimiento¹³³.

¹²⁷ Doc. C-82.

¹²⁸ Doc. C-82.

¹²⁹ Doc. C-83.

¹³⁰ Doc. C-83. Véanse también Doc. C-82 y Nagle I, párrs. 41-45.

¹³¹ Doc. C-82; Doc. C-83.

¹³² Promedio aritmético mensual de los precios de exportación CIF ARA publicados por Argus/McCloskey en el índice conocido como API2, menos el precio promedio mensual de los costos de transporte marítimo entre Puerto Bolívar y Róterdam publicados por SSY en el índice conocido como BCI7 (véase Doc. C-96, págs. 1-2).

¹³³ Doc. C-82, pág. 25; Doc. C-83, pág. 10.

Reacción de Ingeominas

207. A los pocos días¹³⁴, el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero de Ingeominas, el Sr. Edward Franco, elaboró un extenso informe jurídico y económico que analizaba la propuesta de Prodeco. El informe fue entregado al Sr. Ballesteros para su presentación ante el Consejo Directivo de Ingeominas¹³⁵. La propuesta del Sr. Franco al Consejo Directivo fue la siguiente¹³⁶:

“En cuanto a la modificación propuesta se recomienda no acceder a la misma por ser poco favorable para los intereses de la Nación”.

208. A pesar de este análisis inicial, Prodeco e Ingeominas mantuvieron otras reuniones para discutir las modificaciones propuestas por Prodeco¹³⁷.

B. Julio de 2008: Segundo acercamiento de Prodeco

209. El 15 de julio de 2008, Prodeco envió a Ingeominas una segunda solicitud formal para la revisión de las condiciones económicas del Contrato Minero y la reducción de las Regalías y la CIB. Esa extensa solicitud desarrolló la propuesta original de Prodeco e incorporó un nuevo argumento de respaldo: si Ingeominas estaba preparada para reducir la contraprestación, Prodeco aumentaría sus inversiones e incrementaría la capacidad de la Mina¹³⁸.
210. Prodeco presentó un cálculo preciso de dos escenarios – uno, si el Contrato Minero no era modificado, y el otro, si las propuestas de Prodeco eran aceptadas¹³⁹.
211. En esencia, Prodeco proponía a Ingeominas aquello que Prodeco consideraba era un acuerdo beneficioso para todos: si Ingeominas aceptaba la reducción de sus Regalías, Prodeco se comprometería a realizar inversiones adicionales, se incrementaría la producción de la Mina, se reducirían los costos, aumentarían las ventas, y, al final de la vida de la Mina, Prodeco habría obtenido mayores ganancias y Colombia habría percibido Regalías e impuestos considerablemente superiores.

C. Julio de 2008 – Abril de 2009: La controversia sobre el Precio Definitivo

212. En su carta de 15 de julio de 2008, Prodeco también planteó, por primera vez, una cuestión interpretativa relativa a la definición de la disposición denominada “**Precio Definitivo**”, contemplada en el Otrosí No. 7 al Contrato Minero¹⁴⁰.

¹³⁴ Resulta difícil establecer la fecha exacta porque la copia que obra en el expediente no está fechada (Doc. R-79; Doc. R-80).

¹³⁵ Doc. R-80. Véase también Doc. R-79.

¹³⁶ Doc. R-80, pág. 13.

¹³⁷ Doc. C-86, pág. 1.

¹³⁸ Doc. C-84, pág. 19. Véase también pág. 20.

¹³⁹ Doc. C-84, Anexo 8.

¹⁴⁰ C I, párr. 51; R I, párrs. 61-62. Véase también Doc. C-84, párrs. 1.3-1.15. El Tribunal observa que ya existía una disposición similar en el Otrosí No. 6 (véase Doc. C-77, Anexo 9A, párrs. A)(4) y B)(5)).

213. *Pro memoria*: el Otrosí No. 7 había establecido que el precio de referencia para el pago de las Regalías y la CIB sería el mayor valor de entre (i) el Precio FOB¹⁴¹ y (ii) el precio real de venta. Las Regalías y la CIB serían calculadas y pagadas inicialmente dentro de los diez días siguientes al embarque del carbón, pero quedarían sujetas a reajustes trimestrales – ascendentes o descendentes – “con base en el precio definitivo”¹⁴².
214. En la carta, Prodeco afirmó que había dos interpretaciones posibles del término “Precio Definitivo”¹⁴³:
- La primera interpretación equipararía el Precio Definitivo con el precio real de venta percibido por Prodeco, que consta en las facturas emitidas a los compradores;
 - Bajo una interpretación alternativa, el Precio Definitivo sería el mayor valor de entre (i) el Precio FOB de la semana en la cual se realiza el embarque del carbón y (ii) el precio real de venta obtenido por Prodeco.
215. Prodeco reconoció que, hasta ese momento, había calculado el Precio Definitivo sobre la base de la segunda alternativa; pero Prodeco alegaba ahora que esta interpretación no tomaba en cuenta que la situación del mercado había cambiado drásticamente.
216. Prodeco propuso a Ingeominas que se modificara el Contrato Minero, de modo que las Regalías y la CIB fueran calculadas en función del precio real de venta de Prodeco¹⁴⁴.
217. A fines de agosto y principios de septiembre de 2008, Prodeco mantuvo reuniones con el Ministro de Minas y Energía, el Sr. Hernán Martínez Torres, y con el Sr. Ballesteros, para discutir la revisión del Contrato Minero¹⁴⁵. Las pruebas demuestran que el Ministro coincidía en que sería justo y razonable que las Regalías se calcularan utilizando el precio real percibido por Prodeco¹⁴⁶.

Ausencia de inferencias negativas

218. La Demandada expresa que, debido a que las Demandantes no exhibieron documentos en respuesta a la solicitud de Colombia, el Tribunal debe concluir que

¹⁴¹ Definido como precio FOB puerto colombiano del carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en ICR, ajustado por poder calorífico.

¹⁴² Doc. C-9, Anexo 9A.

¹⁴³ Doc. C-84, párr. 1.4.

¹⁴⁴ Doc. C-84, párrs. 1.5-1.15.

¹⁴⁵ Doc. R-83; Doc. R-85, pág. 2.

¹⁴⁶ Doc. C-86, pág. 1, y Nagle I, párr. 51. Véase también la Versión Libre y Espontánea rendida por el Ministro Martínez Torres en Doc. R-81, págs. 1-2: “Les recordé que el precio que debían incluir en el acuerdo para liquidar las regalías debía ser el precio del consumidor final y no el precio con que normalmente se registraba como de exportación”.

Prodeco intentó activamente inventar una controversia relativa al pago de regalías para forzar a Ingeominas a negociar lo que terminaría siendo el Otrosí No. 8¹⁴⁷.

219. El Tribunal discrepa.
220. No hay pruebas de que Prodeco haya “inventado” una controversia, es decir, que haya presentado una solicitud conociendo que no era titular de los derechos reclamados. Por el contrario, el Ministro de Minas y Energía coincidió con la razonabilidad de la posición de Prodeco, lo cual demuestra que Prodeco tenía, al menos, un caso *prima facie*.

Prodeco interpreta el Contrato Minero de forma unilateral

221. El 8 de septiembre de 2008, Prodeco envió una carta a Ingeominas en la que señalaba que, a partir del 30 de septiembre de 2008, comenzaría a reajustar el monto de las Regalías y la CIB con base en un Precio Definitivo equivalente al pagado por el consumidor final¹⁴⁸.
222. Un mes después, Prodeco procedió tal como había anticipado: pagó el importe ajustado correspondiente a las Regalías y la CIB del tercer trimestre del año 2008 aplicando la nueva interpretación del Precio Definitivo. Ello derivó en un pago inferior por USD 6 M a favor de Prodeco.
223. Esta interpretación, y el consecuente ajuste, no fueron aceptados por Ingeominas. El 17 de octubre de 2008, Ingeominas le contestó a Prodeco que aún estaba evaluando la viabilidad de la modificación contractual propuesta. Según Ingeominas, el precio de referencia para el cálculo de las Regalías y la CIB era el publicado por ICR, y cualquier modificación unilateral carecía de efecto. Por lo tanto, Ingeominas exigió a Prodeco que cumpliera con los términos del Contrato Minero¹⁴⁹.
224. Prodeco respondió diez días más tarde, expresando que sabía que cualquier modificación del Contrato Minero debía ser acordada de forma bilateral, pero que no solicitaba la modificación de la cláusula del Precio Definitivo, dado que su significado resultaba evidente¹⁵⁰.

Requerimiento bajo apremio de caducidad de Ingeominas

225. El 23 de enero de 2009, Ingeominas exigió formalmente el pago del monto en disputa por medio de un Requerimiento bajo apremio de caducidad. Ingeominas afirmó que la interpretación unilateral por parte de Prodeco del Contrato Minero representaba un incumplimiento contractual. Por medio del Requerimiento, Ingeominas amenazó a Prodeco con la declaración de caducidad del Contrato si no

¹⁴⁷ R II, párr. 988.

¹⁴⁸ Doc. C-86.

¹⁴⁹ Doc. R-84.

¹⁵⁰ Doc. R-85.

efectuaba el pago o no se ofrecía una justificación apropiada en el plazo de un mes¹⁵¹.

226. Prodeco contestó el Requerimiento el 13 de febrero de 2009, expresando nuevamente los motivos de su interpretación del término Precio Definitivo utilizado en el Contrato, e indicando que Ingeominas no había explicado los motivos por los cuales discrepana con dicha interpretación¹⁵².
227. En abril de 2009, Prodeco se acercó a Ingeominas respecto de los pagos de regalías adeudados, y le propuso pagar los montos en disputa en una cuenta de garantía hasta que se resolviera la controversia relativa a la interpretación correcta del término Precio Definitivo¹⁵³. Ingeominas finalmente rechazó esta propuesta e insistió en que Prodeco pagara los montos en disputa directamente a Ingeominas, en efectivo, antes de que las negociaciones pudieran avanzar¹⁵⁴.

D. Noviembre de 2008: PTI Anual para 2009

228. En noviembre de 2008, Prodeco entregó a Ingeominas el PTI Anual para el año 2009, el cual preveía una producción de casi 7,2 MTA y el inicio de las obras para el desvío del Río Calenturitas, lo cual redundaría en un aumento de la producción total de la Mina de 80 MT de carbón¹⁵⁵.
229. De conformidad con el Otrosí No. 7, en enero de 2009, Prodeco debía presentar su PTI de largo plazo revisado, en el que detallaría sus planes de explotación de la Mina hasta el año 2035 y explicaría los resultados de la exploración adicional en los Sectores B y D¹⁵⁶. Sin embargo, dado que Prodeco no había completado su programa de exploración, solicitó una prórroga del plazo para presentar el PTI hasta el 30 de mayo de 2009¹⁵⁷, solicitud que fue otorgada por Ingeominas¹⁵⁸. De hecho, debido a las negociaciones paralelas de las partes, Prodeco no presentaría dicho PTI hasta junio de 2010¹⁵⁹.

¹⁵¹ Doc. C-88 / C-243.

¹⁵² Doc. C-244.

¹⁵³ Doc. C-90.

¹⁵⁴ Doc. R-101, pág. 3. Véanse también Nagle I, párr. 56; Nagle II, párr. 25; TA, Día 3, pág. 685, ll. 15-19 y pág. 688, l. 17 – pág. 689, l. 6.

¹⁵⁵ Doc. BR-3, págs. 1-1 a 1-3.

¹⁵⁶ Doc. C-9.

¹⁵⁷ Doc. R-104.

¹⁵⁸ Doc. R-105.

¹⁵⁹ Doc. CLEX-28.

E. Marzo de 2009: Venta de Prodeco a Xstrata

230. En marzo de 2009, Glencore vendió Prodeco a la empresa minera australiana Xstrata, por una contraprestación neta de USD 2 MM, sin embargo, retuvo una opción de compra para readquirir Prodeco – la cual finalmente ejerció¹⁶⁰.

(3) EL CONTRATO 3HA

231. Antes de continuar con la descripción de la negociación y la suscripción del Otrosí No. 8, el Tribunal debe abordar una afirmación sumamente relevante hecha por Colombia: a saber, que las Demandantes obtuvieron el Otrosí No. 8 por medio de corrupción. Este es el fundamento fáctico del argumento presentado por Colombia de que el Tribunal carece de jurisdicción para dirimir este caso.
232. La Demandada aduce que las Demandantes sobornaron al Sr. Ballesteros, Director General de Ingeominas, para asegurar su apoyo para la suscripción del Otrosí No. 8, y que el soborno se pagó mediante un esquema complejo: Prodeco compró, por un precio de USD 1,75 M, un contrato de concesión [el “**Contrato 3ha**”] para la exploración y producción de carbón en un terreno de tres hectáreas, ubicado en medio de la mina La Jagua, a un empleado del Ministerio de Minas y a su socio¹⁶¹. La Demandada afirma que estos individuos eran testaferros del Sr. Ballesteros, quien se benefició en última instancia de la contraprestación pagada por Prodeco, y que el pago era el *quid pro quo* por la suscripción del Otrosí No. 8.
233. El Tribunal determinará los hechos probados y, para hacerlo, relatará la historia completa del Contrato 3ha, comenzando en 2006.

A. Noviembre de 2006: Un contrato de concesión codiciado

234. El 29 de noviembre de 2006, el Sr. Jorge Maldonado [“**Sr. Maldonado**”] – empleado del Ministerio de Minas y de los antecesores de Ingeominas – y su socio, el Sr. César García, presentaron una solicitud a Ingeominas para obtener un contrato de concesión para la exploración y producción de carbón en un terreno de 3 hectáreas¹⁶².
235. Estas tres hectáreas se ubicaban en medio de varias concesiones que formaban parte del proyecto La Jagua, y eran explotadas por Glencore a través de las Sociedades Relacionadas de Prodeco (en ese entonces solo CDJ y CMU, ya que CET sería adquirida en el año 2007)¹⁶³.
236. Cuatro meses después de la solicitud del Sr. Maldonado, Ingeominas emitió, el 2 de marzo de 2007, un informe técnico en el que concluía que el Contrato 3ha se superpondría parcialmente con otras concesiones cercanas y que era demasiado

¹⁶⁰ Doc. R-77, pág. 62; Doc. R-78, pág. 2; Doc. R-278.

¹⁶¹ R I, párrs. 67-69.

¹⁶² Doc. C-197; Doc. R-93. Véanse también R I, párr. 71 y C II, párr. 38(b).

¹⁶³ Doc. R-90, pág. 6. Véanse también R I, párr. 69 y C II, párr. 38(b).

pequeño para una operación minera independiente¹⁶⁴. Una semana después, el 17 de marzo de 2007, Ingeominas rechazó formalmente la solicitud del Sr. Maldonado respecto del Contrato 3ha¹⁶⁵.

237. En enero de 2008, luego de la adquisición de CET por parte de Glencore, las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron un Acuerdo de Uso Integrado de Infraestructura Minera a Ingeominas, con el fin de realizar operaciones conjuntas en las áreas mineras del proyecto La Jagua [“**Acuerdo de Uso Integrado**”]¹⁶⁶. Ingeominas aprobó este Acuerdo el 28 de enero de 2008¹⁶⁷.
238. El 10 de marzo de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron a Ingeominas una oposición formal al Contrato 3ha, solicitando que Ingeominas¹⁶⁸:
 - Corrigiera los errores en las coordenadas de los títulos otorgados a las Sociedades Relacionadas de Prodeco, que habían creado la brecha de tres hectáreas; o
 - En subsidio, rechazara la solicitud para el Contrato 3ha, ya que la explotación de un área tan pequeña sería técnicamente inviable.

Ingeominas se retracta y adjudica el Contrato 3ha

239. En junio de 2008, Ingeominas se retractó de su decisión original, resolviendo que el área del Contrato 3ha no se superponía con otras concesiones mineras y rechazando las objeciones de las Sociedades Relacionadas de Prodeco¹⁶⁹. En julio de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron un recurso de reposición¹⁷⁰, que fue rechazado por Ingeominas el 19 de agosto de 2008¹⁷¹.

B. Agosto de 2008 – Noviembre de 2008: Prodeco presenta quejas ante las autoridades

240. Prodeco ahora se enfrentaba a la situación de que Ingeominas estaba a punto de otorgar el Contrato 3ha al Sr. Maldonado y a su socio – concesión que amenazaba con perturbar el desarrollo de la mina La Jagua. Frente a esta situación, Prodeco decidió presentar quejas por escrito ante diversas autoridades colombianas – incluyendo el Ministro de Presidencia.
241. Primero, el 26 de agosto de 2008, la Sra. Margarita Zuleta, abogada actuando en representación de las Sociedades Relacionadas de Prodeco, presentó una queja formal por las irregularidades alrededor del Contrato 3ha ante el Procurador General

¹⁶⁴ Doc. C-199, págs. 1-2. Véanse también R I, párr. 72 y C II, párr. 38(c).

¹⁶⁵ Doc. C-200. Véanse también R I, párr. 72 y C II, párr. 38(c).

¹⁶⁶ Doc. C-234.

¹⁶⁷ Doc. C-202, pág. 2, párr. 11.

¹⁶⁸ Doc. C-202, págs. 3-4.

¹⁶⁹ Doc. C-206. Véanse también R I, párr. 73 y C II, párr. 38(j).

¹⁷⁰ Doc. C-207.

¹⁷¹ Doc. C-208.

de la Nación¹⁷². La Sra. Zuleta también remitió esta queja al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia, al Sr. Ballesteros (Director General de Ingeominas) y a la Contraloría¹⁷³, órgano de control del Estado.

242. Segundo, el 22 de septiembre de 2008, la Sra. Zuleta volvió a dirigirse al Procurador General, expresando que el rechazo por parte de Ingeominas del recurso de reposición presentado por las Sociedades Relacionadas de Prodeco constituía una violación al debido proceso y a las normas mineras aplicables. La Sra. Zuleta hizo énfasis en que el Procurador General debía investigar el hecho de que el Contrato 3ha había sido adjudicado a un empleado de la entidad, ya que había claras irregularidades y un uso indebido de información privilegiada¹⁷⁴. Esta carta fue, una vez más, remitida al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia y a la Contraloría¹⁷⁵.
243. Tercero, el 6 de octubre de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco enviaron una queja al Sr. Ballesteros y al Sr. Edward Franco (con copia al Procurador General, al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia y a la Contraloría), solicitándole a Ingeominas que revisara el Contrato 3ha y se abstuviera de otorgar o, al menos, de inscribir el Contrato 3ha¹⁷⁶.
244. Cuarto, el 10 de octubre de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco le solicitaron al Jefe del Registro Minero Nacional (con copia al Procurador General, a la Contraloría, al Ministro de Minas y Energía, y al Ministro de la Presidencia) que se abstuviera de inscribir el Contrato 3ha, afirmando que él tenía el deber de velar por los intereses nacionales¹⁷⁷.

Suscripción del Contrato 3ha

245. A pesar de las apelaciones y quejas de las Sociedades Relacionadas de Prodeco, el 16 de octubre de 2008, Ingeominas (representada por el Sr. Franco Gamboa) y el Sr. Maldonado y su socio, suscribieron el Contrato 3ha y, por ende, estos últimos se convirtieron en los titulares de la concesión minera 3ha¹⁷⁸.
246. Prodeco reaccionó rápidamente: el 21 de noviembre de 2008, la Sra. Zuleta solicitó al Coordinador del Grupo de Control Interno Disciplinario de Ingeominas que iniciara una investigación disciplinaria en contra de los empleados involucrados en la adjudicación del Contrato 3ha (con copia al Procurador General, al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de Presidencia, al Director del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción y a la Contraloría)¹⁷⁹. Y en febrero de 2009, los

¹⁷² Doc. C-209.

¹⁷³ Doc. C-210.

¹⁷⁴ Doc. C-211.

¹⁷⁵ Doc. C-211, “C.c. Doctor Julio Cesar Turbay Quintero – Contralor General de la República; Doctor Hernán Martínez – Ministro de Minas y Energía; Doctora Cecilia Álvarez – Ministro de la Presidencia”.

¹⁷⁶ Doc. C-212, págs. 1 y 5.

¹⁷⁷ Doc. C-213.

¹⁷⁸ Doc. C-214.

¹⁷⁹ Doc. C-239. Véase también Doc. C-222, pág. 14.

abogados externos de Prodeco presentaron una acción popular en contra de Ingeominas y de los Sres. Maldonado y García, con base en las irregularidades alrededor del Contrato 3ha¹⁸⁰.

C. Mayo de 2009: CDJ adquiere el Contrato 3ha

247. Entre tanto, en diciembre de 2008, los Sres. Maldonado y García se acercaron a Prodeco por medio de un intermediario, ofreciendo venderle el Contrato 3ha por USD 11 M¹⁸¹.
248. A finales de marzo de 2009¹⁸², las Sociedades Relacionadas de Prodeco elevaron una última queja al Ministro de Presidencia sobre las irregularidades en torno al Contrato 3ha. Prodeco advirtió que la falta de una solución para la situación del Contrato 3ha la dejaría sin otra opción más que involucrarse en negociaciones directas con los Sres. Maldonado y García¹⁸³.
249. Una vez más, ante el silencio y la inacción de las autoridades colombianas, Prodeco decidió seguir con la opción de comprar el Contrato 3ha a los Sres. Maldonado y García.
250. La transacción se llevó a cabo el 4 de mayo de 2009¹⁸⁴: la Sra. Elsa Aragón Barrera, actuando en nombre y representación del Sr. Maldonado, y el Sr. García suscribieron un acuerdo en el que cedían el Contrato 3ha a CDJ, una de las Sociedades Relacionadas de Prodeco, que pagó USD 1,75 M en contraprestación [el “**Contrato de Cesión**”]¹⁸⁵.

Aprobación por parte de Ingeominas

251. Prodeco y los Sres. Maldonado y García presentaron el Contrato de Cesión a Ingeominas para su aprobación¹⁸⁶. En esa versión del Contrato, el precio pagado no estaba especificado¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Doc. C-215.

¹⁸¹ Doc. R-280, págs. 1-2: “Me dijo que los USD 10 por tonelada eran el punto de partida, pero que el precio podría negociarse” y “Gary, son, aproximadamente, 1’114.000 toneladas de carbón en total”. El resultado de la multiplicación de 1,14 MT por USD 10/tonelada equivaldría aproximadamente a USD 11 M (Véase Nagle III, párr. 6).

¹⁸² La carta, erróneamente, reza 31 de marzo de 2008. No existen dudas acerca de que la carta es de 2009, ya que describe hechos posteriores al 31 de marzo de 2008 (Doc. C-300).

¹⁸³ Doc. C-300, pág. 4.

¹⁸⁴ El contrato de cesión está fechado, erróneamente, 4 de mayo de 2008 (Doc. C-301). No existen dudas acerca de que la fecha real es mayo de 2009, como también prueba el borrador presentado a Ingeominas para su aprobación (Doc. R-95).

¹⁸⁵ Doc. C-301. Véanse también Nagle II, párr. 22; Paredes I, párr. 17.

¹⁸⁶ Doc. R-94.

¹⁸⁷ Doc. R-95.

3. Precio y Forma de Pago. El CESIONARIO deberá pagar al CEDENTE la suma de US\$xxxx pagaderos en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado vigente el día del pago. Este pago deberá hacerse el día hábil siguiente a aquel en el cual la cesión del CONTRATO sea inscrita en el Registro Minero y en consecuencia haya constancia de que el CONTRATO está en cabeza del CESIONARIO.

252. Ingeominas aprobó el Contrato de Cesión el 8 de mayo de 2009, y la transacción fue inscrita el 27 de mayo de 2009¹⁸⁸.

Pago del precio de compra

253. El Contrato de Cesión estipulaba que CDJ debía realizar los pagos correspondientes en Pesos Colombianos, en dos cuentas designadas que se abrieron en dos bancos colombianos (Banco Davivienda y Banco Occidente)¹⁸⁹:

- 3.1 La suma de cien mil dólares de los Estados Unidos (US\$100.000) pagadera en pesos colombianos liquidados a la tasa representativa del mercado del día del pago, el día hábil siguiente a aquel en el cual el Anexo 2 sea entregado y debidamente radicado en INGEOMINAS. Esta valor será depositado de la siguiente manera (i) la suma de cincuenta mil dólares (US\$50.000) será depositado en la cuenta de ahorros 006301113939 del Banco Davivienda cuyo titular es Elsa Marina Aragón y (ii) la suma de cincuenta mil dólares (US\$50.000) será depositado en la cuenta de ahorros del Banco de Occidente 235-828118 cuyo titular es Germán Vargas Navarrete.
- 3.2 La suma de un millón seiscientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos (US\$1.650.000), pagadera en pesos colombianos liquidados a la tasa representativa del mercado del día del pago, el día hábil siguiente a aquel en el cual la cesión del CONTRATO sea inscrita en el Registro Minero y en consecuencia haya constancia de que el CONTRATO está en cabeza del CESIONARIO. Este valor será depositado de la siguiente manera (i) la suma de ochocientos veinticinco mil dólares de los Estados Unidos (US\$825.000) será depositado en la cuenta de ahorros 006301113939 del Banco Davivienda cuyo titular es Elsa Marina Aragón y (ii) la suma de ochocientos veinticinco mil dólares de los Estados Unidos (US\$825.000) será depositado en la cuenta de ahorros del Banco de Occidente 235-828118 cuyo titular es Germán Vargas Navarrete.

254. CDJ realizó los pagos mediante la transferencia de fondos a las cuentas en Colombia e identificadas en el Contrato, tal como se demuestra en los siguientes comprobantes de transferencia¹⁹⁰:



¹⁸⁸ Doc. R-97. Véanse también R I, párr. 80 y C II, párr. 38(p).

¹⁸⁹ Doc. C-301, págs. 1-2.

¹⁹⁰ Docs. C-303, C-307 y C-308. Véanse también Doc. R-281; Doc. R-322.

CONSIGNACIÓN DE EFECTIVO Y/O CHEQUES LOCALES ÚNICAMENTE															
Ciudad:	Bogotá	Día	Mes Año												
Banco de radicación de la cuenta	Espacio para timbre de la transacción														
<input type="checkbox"/> Bogotá <input type="checkbox"/> Popular <input checked="" type="checkbox"/> Occidente <input type="checkbox"/> AV Villas															
Tipo de Cuenta	Cuenta Corriente	Cuenta de Ahorros													
Cuenta No.	235828118														
Nombre del Titular de la cuenta	German Vargas Navarrete														
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 10%;">Número de Cuenta del Cheque</td> <td style="width: 90%;">Valor</td> </tr> <tr> <td>04 0467842028</td> <td>1.754.575.589</td> </tr> <tr> <td> </td> <td> </td> </tr> </table>				Número de Cuenta del Cheque	Valor	04 0467842028	1.754.575.589								
Número de Cuenta del Cheque	Valor														
04 0467842028	1.754.575.589														
Cantidad: () Total cheques	\$ 1.754.575.589.														
Efectivo	\$ 1.754.575.589.														
TOTAL DEPÓSOS	\$ 1.754.575.589														
Favor verificar que el valor del efectivo y tipo de la cuenta y destino de la cantidad coincide reflejado en el depositante y en el depositario.															
Favor avisar si el efectivo es cash cheques y número tipo de la cuenta y destino de la cantidad coincide reflejado en el depositante y en el depositario.															
El depositante															
Fotografía del depositante															
Teléfono(s)															

255. También hay prueba en el expediente de que, una vez el pago se efectuó, CDJ realizó la retención tributaria correspondiente, de conformidad con la legislación fiscal colombiana¹⁹¹:

¹⁹¹ Doc. C-315, pág. 2; Doc. C-316, pág. 2.

CERTIFICADO ANUAL DE RETENCION EN LA FUENTE		
CARBONES DE LA JAGUA S.A. NIT. 802.024.439-2		
CARRERA 54 NO. 72 - 80 PISO 4. BARRANQUILLA		
CERTIFICAMOS		
Que durante el año gravable de 2009 practicamos retención en la fuente		
a : GARCIA VARGAS CESAR AUGUSTO con C.C. o N.I.T. 79,797,802		
Por concepto de	Base Gravable	Valor Retenido
COMPRAS	1935961,750.00	67758,661.00

CERTIFICADO ANUAL DE RETENCION EN LA FUENTE		
CARBONES DE LA JAGUA S.A. NIT. 802.024.439-2		
CARRERA 54 NO. 72 - 80 PISO 4. BARRANQUILLA		
CERTIFICAMOS		
Que durante el año gravable de 2009 practicamos retención en la fuente		
a : Maldonado Mestre Jorge Isaac con C.C. o N.I.T. 19,205,602		
Por concepto de	Base Gravable	Valor Retenido
COMPRAS	1935961,750.00	67758,661.00

256. La transacción también se reflejó en los estados financieros auditados de CDJ de febrero de 2010¹⁹². El 1 de febrero de 2010, CDJ informó a Ingeominas que había adquirido el Contrato 3ha de los Sres. Maldonado y García, esta vez revelando la contraprestación de USD 1,75 M¹⁹³:

19205602 Maldonado Mestre Jorge Isaac	1.935.961,750,00	899.067,36	La Jagua	Concesión tierras
31147808 Aragón Barrera Elsa Marina	1.935.961,750,00	899.067,36	La Jagua	Concesión tierras

D. Mayo de 2011: Otros acontecimientos

257. Existen pruebas de que, incluso después de la suscripción del Contrato de Cesión, Prodeco continuó presentando quejas sobre el carácter irregular del otorgamiento de la concesión de las tres hectáreas a los Sres. Maldonado y García.
258. El Sr. Paredes, testigo de la Demandada en este arbitraje, quien reemplazó al Sr. Ballesteros como Director General de Ingeominas, recuerda que la Dra. Zuleta planteó la cuestión personalmente con él¹⁹⁴.
259. En una conferencia de prensa de mayo de 2011, el recién nombrado Ministro de Minas y Energía, el Sr. Carlos Rodado, reconoció las irregularidades detrás del Contrato 3ha¹⁹⁵. En junio de 2011, el Sr. Rodado le solicitó a la Procuraduría General de la Nación, a la Contraloría y a la Fiscalía General de la Nación que

¹⁹² Doc. C-313, págs. 5-6.

¹⁹³ Doc. C-312, pág. 2. El monto expresado en USD (899.067,36) apenas supera los USD 875.000 (es decir, USD 1,75 M dividido en dos) debido a las tasas de cambio.

¹⁹⁴ Paredes I, párr. 17.

¹⁹⁵ Doc. R-237, video de la conferencia de prensa, mins. 00:00 - 02:42.

iniciaran investigaciones formales sobre las irregularidades dentro de Ingeominas¹⁹⁶.

(4) EL OTROSÍ NO. 8: NEGOCIACIONES

260. *Pro memoria*: mientras los hechos relativos al Contrato 3ha se desarrollaban, Prodeco estaba involucrada en una disputa con Ingeominas respecto de la interpretación adecuada de la expresión “Precio Definitivo” utilizada en el Contrato Minero.
261. La controversia, que había surgido en el 2008, se había intensificado porque Prodeco había aplicado su interpretación unilateralmente y no había pagado a Ingeominas un monto de más de USD 6 M. Ingeominas había reaccionado exigiéndole a Prodeco que pagara dentro del plazo de un mes, bajo apremio de caducidad, y había rechazado la propuesta conciliatoria de Prodeco de depositar los montos en disputa en una cuenta de garantía.

A. Mayo de 2009: El Acuerdo de Compromiso

262. Las negociaciones entre Prodeco e Ingeominas continuaron y, el 21 de mayo de 2009 (pocos días después de la compra por parte de CDJ del Contrato 3ha al Sr. Maldonado), ambas partes finalmente suscribieron un Acuerdo de Compromiso [“**Acuerdo de Compromiso**”] en un intento de resolver la controversia.

B. Junio – Noviembre de 2009: Negociaciones

263. Una vez suscrito el Acuerdo de Compromiso, Ingeominas y Prodeco iniciaron negociaciones formales. El período de negociación se prorrogó tres veces, en septiembre, octubre y noviembre de 2009, antes de que finalmente venciera el 9 de diciembre de 2009¹⁹⁷.
264. Las negociaciones giraron en torno a dos temas principales:

- El esquema general de contraprestación que sería aplicable en virtud del Contrato Minero [“**Esquema de Contraprestación**”];
- El precio del carbón que se utilizaría para calcular la contraprestación [“**Precio de Referencia del Carbón**”].

a. La Reunión del Consejo Directivo de 1 de junio de 2009

265. El 1 de junio de 2009, el Sr. Ballesteros, Director General de Ingeominas, informó al Consejo Directivo acerca de los últimos avances en la negociación con Prodeco: explicó que Ingeominas había notificado a Prodeco que había incurrido en incumplimiento contractual, y que Prodeco había ofrecido pagar USD 6 M a una cuenta de garantía mientras las discusiones se encontraban pendientes. Agregó que

¹⁹⁶ Doc. R-245; Doc. R-246; Doc. R-247.

¹⁹⁷ Doc. C-99; Doc. C-105; Doc. C-109.

Ingeominas había rechazado esta propuesta y que, para avanzar, Ingeominas y Prodeco habían firmado un documento en el cual Prodeco acordaba pagar la suma en disputa, a más tardar el 4 de junio de 2009. El Ministro de Minas, el Sr. Hernán Martínez Torres, luego afirmó que los titulares de títulos mineros deben cumplir con los términos de sus contratos de concesión, y que era la labor de Ingeominas asegurar que esto sucediera¹⁹⁸.

b. Comienzan las negociaciones

266. El 3 de junio de 2009, Prodeco realizó el pago acordado de más de USD 6 M, por lo que el período de negociación de 90 días empezó a correr¹⁹⁹. Ingeominas programó una primera reunión para el día 12 de junio de 2009 y envió una carta a Prodeco en preparación para dicha reunión²⁰⁰.
267. La primera reunión tuvo lugar el 12 de junio de 2009. Prodeco realizó una extensa presentación en PowerPoint en la que explicaba su posición²⁰¹. Las Demandantes propusieron reemplazar el Esquema de Contraprestación existente (Regalías y CIB) por una única tasa de regalías fija, en función de los precios reales de venta de Prodeco. Según Prodeco, esta modificación, en último término, generaría mayores ingresos para el Estado, sin socavar el valor presente neto [“VPN”] del proyecto para las Demandantes²⁰².
268. En respuesta, el 23 de junio de 2009, Ingeominas solicitó que Prodeco proporcionara una propuesta numérica, detallada y concreta de los cambios solicitados al Esquema de Contraprestación, así como los análisis, valoraciones y compromisos en materia de inversión, expansión y producción futuras²⁰³.
269. Prodeco presentó su propuesta en una reunión programada para el 2 de julio de 2009²⁰⁴. Prodeco usó una presentación en PowerPoint²⁰⁵, en la que ofrecía un único pago de contraprestación del 10%, en función del mayor de los siguientes:
 - el precio real de venta del carbón, y
 - USD 42,43 por tonelada (que era el precio base del PTI 2006).
270. Según Prodeco, la propuesta, al garantizar un precio mínimo por tonelada, protegía a Ingeominas del riesgo de bajas potenciales en los precios del carbón. En una carta enviada dos días más tarde, Prodeco declaró nuevamente ante Ingeominas que la

¹⁹⁸ Doc. R-101, pág. 3.

¹⁹⁹ Doc. R-109.

²⁰⁰ Doc. R-110.

²⁰¹ Doc. C-93; Doc. R-111 (contiene una versión en máxima resolución de la presentación en formato PowerPoint, en la cual es posible leer en la primera página “Junio 12, 2009”).

²⁰² Doc. C-93, págs. 26-29.

²⁰³ Doc. R-112 / BR-5, pág. 1.

²⁰⁴ Doc. R-114.

²⁰⁵ Doc. C-95.

propuesta permitiría una mayor expansión de la Mina y que además sería beneficiosa para Ingeominas y para la Nación²⁰⁶.

271. El 13 de julio de 2009, Ingeominas acusó recibo y declaró que estaba evaluando la propuesta de Prodeco “bajo la salva guarda [sic] de los intereses de la Nación y por ende de todos los Colombianos”²⁰⁷.

c. La reunión del Consejo Directivo el 27 de julio de 2009

272. El 27 de julio de 2009, Adolfo Enrique Álvarez González, Director Técnico de Ingeominas, informó brevemente al Consejo Directivo que estaba estudiando una revisión de la remuneración debida en virtud del Contrato Minero por parte de Prodeco²⁰⁸.
273. Vale la pena mencionar que las actas de la reunión no reflejan de manera adecuada el alcance de las negociaciones. El Tribunal considera establecido que, de hecho, Prodeco e Ingeominas estaban discutiendo no solo sobre el Precio de Referencia del Carbón, sino también un rango mucho más amplio de temas que afectaban el Esquema de Contraprestación.

d. Continuación de las negociaciones

274. La siguiente reunión tuvo lugar el 31 de julio de 2009²⁰⁹. El Sr. Gary Nagle [“**Sr. Nagle**”], CEO de Prodeco en ese entonces²¹⁰, ha declarado sobre los temas que recuerda se discutieron en esa reunión: Ingeominas, entretanto, había analizado la propuesta presentada por Prodeco y había aceptado la aplicación de una tasa fija, aunque a una tasa más alta del 13%, con la posibilidad de aumentarla al 15% si los precios subían y Prodeco obtenía ganancias inesperadas²¹¹.
275. Dado que la “conclusión principal” del Sr. Nagle sobre la reunión fue que Ingeominas esperaba una oferta mejorada, el 10 de agosto de 2009, Prodeco presentó una propuesta revisada.
276. El 27 de agosto de 2009, Ingeominas respondió a la propuesta revisada de Prodeco. Ingeominas explicó que sus funcionarios estaban examinando la propuesta revisada de Prodeco y esperaban tener una respuesta para la próxima reunión²¹².

²⁰⁶ Doc. R-115.

²⁰⁷ Doc. R-116.

²⁰⁸ Doc. C-252, pág. 4.

²⁰⁹ Doc. R-118. Esta reunión se programó inicialmente para el 22 de julio de 2009, pero Ingeominas la pospuso (Doc. R-117).

²¹⁰ El Sr. Nagle se desempeñó como CEO de Prodeco desde enero de 2008 hasta abril de 2013 (Nagle I, párr. 3), luego de lo cual fue reemplazado por el Sr. Mark McManus [“**Sr. McManus**”] (McManus I, párr. 5).

²¹¹ Nagle I, párr. 60.

²¹² Doc. C-97, pág. 3.

277. Prodeco respondió el 1 de septiembre de 2009, explicando que el objetivo de la oferta mejorada era simplemente reflejar las últimas discusiones de las partes. Prodeco declaró que estaba dispuesta a discutir las propuestas de Ingeominas en la próxima reunión, en la cual también debería abordarse el hecho de que el Acuerdo de Compromiso estaba próximo a expirar²¹³.
278. Tal como Prodeco anticipó, el plazo de 90 días acordado para las negociaciones expiró y, el 3 de septiembre de 2009, Ingeominas notificó oficialmente a Prodeco que recurriría a mediación, conforme a lo previsto en el Acuerdo de Compromiso²¹⁴. Pero ese mismo día, Prodeco e Ingeominas llegaron a un acuerdo para prorrogar el plazo de negociación hasta el 30 de octubre de 2009, y no se inició ninguna mediación²¹⁵.
279. El 1 de octubre de 2009, el Consejo Directivo se reunió nuevamente. El acta muestra que la negociación con Prodeco se discutió en detalle y que la carta de Ingeominas de fecha 23 de septiembre de 2009 había sido enviada, de hecho, por sugerencia de los Consejeros²¹⁶.

e. Prodeco presenta un modelo de VPN

280. Ingeominas y Prodeco celebraron otra reunión el 5 de octubre de 2009²¹⁷ y, pocos días después, el 9 de octubre, Prodeco presentó una nueva carta, con explicaciones adicionales²¹⁸.
281. Prodeco comenzó por justificar por qué, en virtud del Esquema de Contraprestación existente, no era viable económicamente expandir la Mina en términos de VPN. Aplicando el sistema en vigencia en ese entonces, el VPN máximo se alcanzaba en 8 MTA y, para producciones mayores, el VPN comenzaba a disminuir como resultado del Esquema de Contraprestación progresivo que se había acordado en el Contrato Minero²¹⁹. Por lo tanto, Prodeco afirmó que, a partir de 8 MTA, no sería rentable continuar aumentando la capacidad de la Mina.
282. En la carta, Prodeco presentó entonces su propuesta alternativa, que afirmó había sido discutida con Ingeominas en la reunión celebrada el 5 de octubre.
283. De conformidad con esta propuesta, el Esquema de Contraprestación entonces vigente se mantendría para producciones de hasta 8 MTA; pero, para producciones mayores, se aplicaría una tasa única de contraprestación del 13%.
284. En ese caso, una producción anual de 15 MTA sería rentable, incluso si el aumento en la producción exigiera una inversión de capital de USD 1,6 MM. Prodeco estaría

²¹³ Doc. R-124.

²¹⁴ Doc. C-98.

²¹⁵ Doc. C-99.

²¹⁶ Doc. R-129, pág. 3.

²¹⁷ Doc. R-130, pág. 3. Véase también Nagle I, párr. 66.

²¹⁸ Doc. C-102.

²¹⁹ Doc. C-102, pág. 1.

preparada para asumir dicha inversión, dado que el VPN del proyecto aumentaría a un poco más de USD 200 M. Además, Ingeominas también se beneficiaría: el VPN de su parte aumentaría a USD 600 M (nuevamente, a una tasa de descuento del 12%)²²⁰.

Análisis de Ingeominas

285. Ingeominas encomendó a dos de sus funcionarios – el Sr. Giovanny Balcero y la Sra. Luz Mireya Gómez, que analizaran la última propuesta de Prodeco.
286. El Sr. Balcero y la Sra. Gómez prepararon un memorando de tres páginas, de fecha 20 de octubre de 2009, en el que llegaban a las siguientes conclusiones²²¹:
 - El VPN era una herramienta financiera adecuada para evaluar proyectos de inversión a largo plazo; si el VPN era mayor que la inversión requerida, la inversión era viable;
 - El modelo presentado por Prodeco tenía un VPN positivo para producciones anuales de entre 8 y 15 MTA y, por consiguiente, un proyecto que previera producciones dentro de ese rango sería financieramente viable;
 - Ciertos aspectos del modelo de Prodeco necesitaban aclaraciones adicionales;
 - Prodeco debería presentar un análisis de sensibilidad para confirmar la viabilidad financiera del proyecto.
287. El informe no abordó el argumento de Prodeco de que el VPN del proyecto se maximizaba con una producción de 8 MTA, y que para producciones mayores (que requerían mayores inversiones), el VPN disminuía – y que para Prodeco, la mejor alternativa con el Esquema de Contraprestación existente era limitar la producción a 8 MTA.
288. El 26 de octubre de 2009, la Sra. Gómez se reunió con el Sr. Johnny Campo, Analista Financiero de Proyectos de Prodeco, para discutir su memorando. Ese mismo día, tal como se solicitó, el Sr. Campo envió al Sr. Balcero de Ingeominas un análisis de sensibilidad²²² que reflejaba el impacto de la variación de ciertos factores (tasa de descuento, precios del carbón, costos de mano de obra, costos de combustible, costos de explosivos) en el VPN del proyecto a volúmenes de producción diferentes²²³ y que respaldaba la conclusión de que “a partir de 8Mtpy la expansión es inviable ya que el VPN del proyecto se reduce a partir de este nivel de producción”.

²²⁰ Doc. C-102, pág. 2.

²²¹ Doc. R-134; Doc. R-135.

²²² Doc. R-134; Doc. C-103.

²²³ Doc. C-103. Véanse también Nagle II, párr. 58; Brattle I, párr. 39.

289. Posteriormente, funcionarios de Prodeco y de Ingeominas se reunieron varias veces y conjuntamente corrieron distintos modelos de sensibilidad²²⁴.

f. La reunión del Consejo Directivo de 26 de octubre de 2009

290. El 26 de octubre de 2009, el Consejo Directivo de Ingeominas celebró una reunión en la cual se discutió la propuesta de Prodeco. La Sra. Luz Aristizábal, funcionaria de Ingeominas, quien luego estaría involucrada en el proceso de la Contraloría, presentó un informe y dio una explicación detallada de las negociaciones en curso entre Prodeco e Ingeominas. En esencia²²⁵,

- Reconoció que, en el marco del Esquema de Contraprestación existente, una expansión de la mina por encima de 8 MTA no era viable porque, si la producción se orientaba a (por ejemplo) 12 MTA, la Regalía Básica del 7,6% aumentaría en una Regalía Adicional del 9%, haciendo que la expansión no resultara factible;
- Propuso un nuevo acuerdo, en virtud del cual el porcentaje de Regalías debía aumentar progresivamente, hasta que la Mina alcanzara su nivel de producción óptimo; si la producción superaba ese nivel, el porcentaje de Regalías debía mantenerse fijo;
- Agregó que, si este otrosí no se aceptaba, la Nación perdería las regalías adicionales provenientes de la expansión de la Mina;
- Por último, discutió varios métodos alternativos para calcular el Precio de Referencia del Carbón sobre el cual se aplicarían las Regalías.

291. El Ministro de Minas y Energía, presente en esa reunión, sugirió usar el precio de venta al consumidor final, en lugar de índices como el Precio de Referencia del Carbón, para el cálculo de regalías. Además, cuestionó por qué en algunos proyectos se aplicaba una tasa de regalías basada en los Precios FOB, mientras que en otros se aplicaban precios en la boca de la mina. El Ministro concluyó que era necesario hacer un análisis comparativo de los precios y niveles de producción para cada contrato de Gran Minería²²⁶.

g. Segunda prórroga del Acuerdo de Compromiso

292. El 29 de octubre de 2009, Prodeco e Ingeominas acordaron una nueva prórroga del Acuerdo de Compromiso hasta el 30 de noviembre de 2009²²⁷.

²²⁴ Doc. C-103; Doc. C-134, págs. 5-6.

²²⁵ Doc. R-138.

²²⁶ Doc. C-104, págs. 3-4. Véase también Doc. R-138, que contiene la presentación de Ingeominas al Consejo Directivo.

²²⁷ Doc. C-105.

Información adicional sobre el VPN

293. Ese mismo día, el Sr. Campo de Prodeco envío información adicional al Sr. Balcer, funcionario de Ingeominas, a la solicitud de este último. La información consistía en un gráfico que indicaba el impacto de una expansión del proyecto en su VPN²²⁸. El gráfico confirma que el VPN se maximiza con una producción de 8 MTA y que, a tasas de producción superiores, los gastos aumentan más rápidamente que los ingresos, resultando en VPN inferiores.

La propuesta revisada de Prodeco

294. El 4 de noviembre de 2009, Prodeco presentó otra propuesta revisada a Ingeominas sobre la base de la información y las proyecciones revisadas en conjunto por Ingeominas y Prodeco²²⁹.
295. El 11 de noviembre de 2009, Prodeco presentó dos propuestas de fórmulas para calcular los pagos de la CIB. Prodeco, además, señaló a Ingeominas que habían transcurrido casi seis meses desde la suscripción del Acuerdo de Compromiso y que, a pesar de las reiteradas propuestas de Prodeco, Ingeominas todavía no había presentado ninguna contrapropuesta²³⁰.

La reunión de 17 de noviembre de 2009

296. Los representantes de Prodeco e Ingeominas se reunieron nuevamente el 17 de noviembre de 2009, e Ingeominas realizó algunas observaciones a Prodeco²³¹:
- Ingeominas reconoció la necesidad de actualizar el umbral de la CIB;
 - Pero insistió en utilizar el índice ICR como el Precio de Referencia del Carbón para calcular las Regalías y la CBI – aspecto que Prodeco aceptó;
 - Propuso que se aplicara una tasa de regalías fija del 12,6% a toda la producción, cuando la producción superara 8 MTA.

Ánalisis adicionales

297. El 25 de noviembre de 2009, el Sr. Campo de Prodeco envió a Ingeominas dos gráficos que mostraban el impacto de las propuestas de Ingeominas en el VPN.

²²⁸ Doc. C-255.

²²⁹ Doc. C-106. Véanse también Nagle I, párr. 70 y Brattle I, párr. 40.

²³⁰ Doc. C-107.

²³¹ Doc. R-145. Véase también Nagle I, párr. 71.

h. La reunión del Consejo Directivo de 23 noviembre de 2009

298. Ingeominas celebró otra reunión de su Consejo Directivo el 23 noviembre de 2009. La Sra. Aristizábal, nuevamente, realizó una presentación al Consejo²³² y resumió el estado de las negociaciones con Prodeco:
- Ingeominas proponía mantener el Esquema de Contraprestación vigente en ese entonces para la producción de hasta 8 MTA, y aplicar una tasa fija del 12,6% a la producción que superara ese umbral;
 - Ingeominas reconoció que los costos sobre los que se calculaba la CIB debían actualizarse para que se tuviera en cuenta la inflación; sin embargo, no hubo ningún acuerdo sobre la identificación de los índices adecuados²³³.
299. Los Directores no se opusieron a estas propuestas; simplemente solicitaron que se les mantuviera informados sobre el avance de las negociaciones²³⁴.

i. Tercera prórroga del Acuerdo de Compromiso

300. El 27 de noviembre de 2009, Prodeco e Ingeominas suscribieron una tercera y última prórroga del Acuerdo de Compromiso, hasta el 9 de diciembre de 2009²³⁵.

(5) EL OTROSÍ No. 8: SUSCRIPCIÓN

A. Diciembre de 2009: Suscripción de la Primera Versión

301. Las negociaciones continuaron en una reunión celebrada el 3 de diciembre de 2009. En el transcurso de esa reunión, el acuerdo parecía cercano. Prodeco aceptó las propuestas de Ingeominas²³⁶:
- Una tasa de regalías fija del 12,6% se aplicaría a toda la producción que superara 8 MTA;
 - Los precios de referencia de ICR deberían ponderarse, con el fin de determinar un Precio de Referencia del Carbón para calcular las Regalías y la CIB;
 - Las tablas de la CIB deberían indexarse según el índice de precios al consumidor colombiano y no según índices internacionales;
 - La Propuesta de Prodeco de que los pagos de la CIB solo debieran realizarse cuando los costos de producción superaran el 75% de los precios de venta fue rechazada.

²³² Doc. R-145.

²³³ Doc. R-146, pág. 3.

²³⁴ Doc. R-146, pág. 3.

²³⁵ Doc. C-109.

²³⁶ Nagle I, párr. 74.

302. Luego de haber arribado, aparentemente, a un acuerdo, el 9 de diciembre de 2009 – el último día de validez del Acuerdo de Compromiso – Prodeco e Ingeominas se reunieron y suscribieron un otrosí No. 8 al Contrato Minero [“**Primera Versión del Otrosí No. 8**”], el cual²³⁷:
- Mantenía el Esquema de Contraprestación existente para volúmenes de producción de hasta 8 MTA;
 - Establecía una tasa de regalías fija del 12,6% para toda la producción de carbón por encima de 8 MTA, aplicada sobre el precio FOB de referencia en puerto colombiano;
 - Determinaba que el precio FOB de referencia debía calcularse aplicando una fórmula compuesta por el promedio ponderado de los precios ICR vigentes 3, 6, 9, 12, 15 y 18 meses antes de la fecha de cada embarque (los denominados rezagos), ajustados por poder calorífico;
 - Establecía una tabla con umbrales actualizados para calcular los pagos de la CIB en función de los precios FOB de referencia; estos umbrales se actualizarían según la inflación colombiana.
303. La Primera Versión del Otrosí No. 8, además, estipulaba que Prodeco debía pagar, aproximadamente, USD 20,8 M a Ingeominas, para liquidar pagos pendientes derivados de la disposición sobre Precio Definitivo, pero que dicho pago no representaba un reconocimiento por parte de Prodeco de la interpretación de Ingeominas²³⁸.
304. La Primera Versión entraría en vigor una vez inscrita en el Registro Minero Nacional y entraría a regir el 1 de enero de 2010²³⁹.
305. Prodeco e Ingeominas inicialaron y firmaron tres copias de la Primera Versión del Otrosí No. 8²⁴⁰. No obstante, el Sr. Ballesteros solicitó que Prodeco dejara su ejemplar firmado a Ingeominas, para que, a modo de cortesía, él pudiera explicar el contenido del acuerdo en la reunión del Consejo Directivo programada para el día siguiente, y Prodeco cumplió con esa solicitud²⁴¹.

B. La reunión del Consejo Directivo de 10 de diciembre de 2009

306. El 10 de diciembre de 2009, Ingeominas celebró una reunión de su Consejo Directivo²⁴², y la Sra. Aristizábal compareció nuevamente y presentó un informe

²³⁷ Doc. C-111.

²³⁸ Doc. C-111, Cláusula 7.

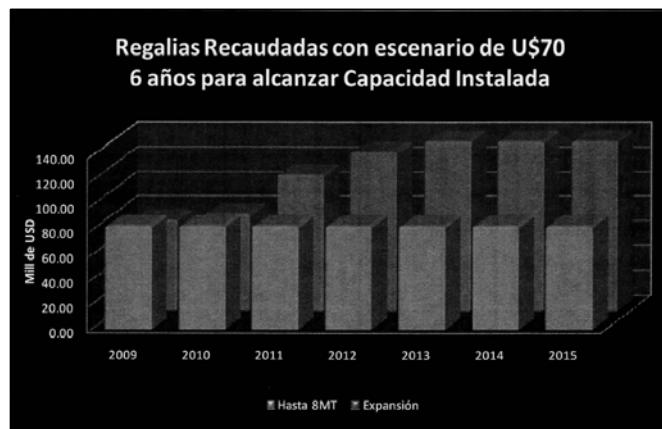
²³⁹ Doc. C-111, Cláusulas 9 y 10.

²⁴⁰ El Doc. C-111 muestra las iniciales y firmas; el documento muestra un sello que dice “Sin vigencia por falta de inscripción en el Registro Minero al considerarse lesivo para el Estado”.

²⁴¹ Doc. C-112. Véase también Nagle I, párr. 78.

²⁴² Doc. R-150.

que resumía los términos de la Primera Versión del Otrosí No. 8²⁴³. Ella adjuntó un gráfico que comparaba el nivel de Regalías en un escenario de 8 MTA y en uno de expansión, suponiendo un precio de USD 70 para el carbón²⁴⁴:



307. Según este gráfico, en el escenario de 8 MTA, las Regalías cobradas por Ingeominas se mantendrían estables en USD 80 M al año entre 2009 y 2015. En el escenario de expansión alternativo, aplicando las nuevas Regalías previstas en la Primera Versión del Otrosí No. 8, los ingresos de Ingeominas se reducirían en 2009 (a aproximadamente USD 70 M) y en 2010 (a aproximadamente a USD 75 M), pero luego aumentarían a USD 105 M en 2011 y a más de USD 120M en 2012-2015.
308. No está claro qué sucedió exactamente después en la reunión del Consejo Directivo.
309. El Ministro Hernán Martínez Torres ha declarado en el proceso de la Contraloría que él no estaba de acuerdo con la Primera Versión del Otrosí No. 8 suscrita, que él solicitó que su desacuerdo se incluyera en el acta de la reunión y que se acordó crear un grupo de trabajo para analizar si los cambios eran convenientes para la Nación²⁴⁵. El acta oficial simplemente dice que el Ministro y los miembros restantes solicitaron que se reexaminara el tema con más detalle, teniendo en cuenta el interés nacional²⁴⁶.
310. En síntesis, lo que parece haber sucedido es que, aunque en términos jurídicos la autorización del Consejo Directivo no era necesaria para la suscripción de un otrosí al Contrato Minero, el Director Ballesteros no se sentía cómodo con avanzar sin el apoyo de su Consejo y, por ende, aceptó revisar la Primera Versión del Otrosí No. 8 para convencer al Consejo de que el otrosí era en el mejor interés de la Nación.

²⁴³ Doc. R-149.

²⁴⁴ Doc. R-149, pág. 5.

²⁴⁵ Doc. C-157; Doc. R-81, pág. 1

²⁴⁶ Doc. R-150, pág. 3.

C. Diciembre de 2009: Ingeominas niega la inscripción en el Registro Minero

311. Ante el silencio de Ingeominas durante una semana, el 16 de diciembre de 2009, Prodeco envió una carta en la que exigía que Ingeominas regresara el ejemplar firmado de la Primera Versión del Otrosí No. 8 de Prodeco²⁴⁷.
312. Ingeominas le respondió a Prodeco el 21 de diciembre de 2009 manifestando que, junto con el Ministro de Minas y Energía, Ingeominas estaba haciendo una revisión final de la Primera Versión del Otrosí No. 8. Ingeominas señaló que el Consejo Directivo era el ente encargado de dirigir y administrar Ingeominas y de fijar sus políticas, planes y programas en compañía del Director General. Por lo tanto, Ingeominas informó que comunicaría su decisión respecto de la Primera Versión del Otrosí No. 8 la segunda mitad de enero de 2010²⁴⁸.
313. El 30 de diciembre de 2009, Prodeco pagó a Ingeominas USD 20,8 M, de conformidad con la Primera Versión del Otrosí No. 8²⁴⁹. Pocos días después, Prodeco solicitó nuevamente su ejemplar firmado de la Primera Versión del Otrosí No. 8²⁵⁰.
314. El 18 de enero de 2010, Ingeominas finalmente entregó a Prodeco un ejemplar firmado de la Primera Versión del Otrosí No. 8, pero con varios sellos que decían²⁵¹:

“SIN VIGENCIA POR FALTA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO
MINERO NACIONAL AL CONSIDERARSE LESIVO PARA EL
ESTADO”.

315. En la carta introductoria, Ingeominas explicó que la Primera Versión del Otrosí No. 8 era contraria a los intereses de la Nación y que se había negado la inscripción en el Registro Minero²⁵².
316. Ingeominas agregó que reembolsaría prontamente a Prodeco los USD 20,8 M que ya se habían pagado.
317. Por último, Ingeominas invitó a Prodeco a una revisión inmediata y conjunta de los aspectos que se encontraban pendientes dentro de la negociación²⁵³.

²⁴⁷ Doc. C-112.

²⁴⁸ Doc. C-113.

²⁴⁹ Doc. R-15.

²⁵⁰ Doc. R-18; Doc. R-19.

²⁵¹ Doc. C-115. Véase también Doc. R-17, que contiene un memorando interno de Ingeominas de fecha 14 de enero de 2010.

²⁵² Doc. C-115, pág. 1.

²⁵³ Doc. C-115, pág. 2.

D. Enero de 2010: Suscripción del Otrosí No. 8

318. Luego de la recepción de la carta de Ingeominas de 18 de enero de 2010, se reanudaron las negociaciones entre las partes.
319. Ingeominas sugirió ajustes menores al esquema de regalías. A saber, Ingeominas propuso mantener la tasa de Regalías existente hasta 8 MTA (es decir, una tasa fija máxima del 12,6% para 8 MTA), pero que cada MTA adicional estuviera sujeto a una tasa adicional del 1% (es decir, el noveno MTA solo estaría sujeto a una tasa de regalías del 13,6%, el décimo MTA solo a una tasa de regalías del 14,6%, y así sucesivamente)²⁵⁴.
320. Prodeco accedió a las modificaciones propuestas por Ingeominas²⁵⁵.
321. Por consiguiente, cuatro días después, el 22 de enero de 2010, Prodeco e Ingeominas suscribieron la versión definitiva del Otrosí No. 8²⁵⁶, la cual se inscribió en el Registro Minero Nacional tres días más tarde.
322. Las Partes están de acuerdo en que, salvo por el cambio al nuevo esquema de Regalías sugerido por Ingeominas, la Primera versión y la versión definitiva del Otrosí No. 8 son prácticamente idénticas²⁵⁷.

E. Contenido del Otrosí No. 8

323. El Otrosí No. 8 modificó el Esquema de Contraprestación y el Precio de Referencia del Carbón.

Considerandos

324. El Otrosí No. 8 comienza con seis Considerandos extensos.
325. El Considerando 3 explica que, el 21 de mayo de 2009, Prodeco e Ingeominas suscribieron el Acuerdo de Compromiso respecto de la controversia relativa al Precio Definitivo y “otros temas mencionados en dicho acuerdo de compromiso”.
326. El Considerando 5 luego describe las negociaciones que se llevaron a cabo y especifica las cinco áreas en las que se llegó a un acuerdo²⁵⁸:
 - El primer acuerdo consistía en la decisión de no cambiar el Esquema de Contraprestación del Contrato Minero para producciones de hasta 8 MTA;

²⁵⁴ Nagle I, párr. 81.

²⁵⁵ Nagle I, párr. 81.

²⁵⁶ Doc. C-15.

²⁵⁷ Nagle I, párr. 82; Brattle I, párr. 43.

²⁵⁸ Doc. C-15, pág. 1.

- El segundo consistía en establecer un límite al porcentaje de Regalías a pagar para las producciones por encima de 8 MTA “de manera que sea factible la expansión del proyecto”;
- El tercero consistía en actualizar los valores utilizados para calcular los pagos de la CIB;
- El cuarto consistía en aclarar la fórmula usada para determinar la Regalía Adicional;
- Y el quinto consistía en determinar el Precio de Referencia del Carbón utilizando el ICR, con una fórmula para introducir rezagos que reflejara el precio real de venta de Prodeco.

327. El último Considerando establece los objetivos del Otrosí No. 8²⁵⁹:

“6. Que con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes”.

Cláusulas²⁶⁰

328. La **Cláusula 1** del Otrosí No. 8 modifica la cláusula 14.1 del Contrato Minero respecto al cálculo de Regalías.
329. De conformidad con el Otrosí No. 8, Prodeco se compromete a pagar una Regalía Básica del 7,6% por la producción de hasta 3 MTA y una Regalía Adicional del 1% por cada incremento de 1 MTA en la producción, hasta 8 MTA (es decir, 12,6%), sobre el total del carbón vendido²⁶¹. Este esquema fue el que se acordó inicialmente en el Contrato Minero.
330. Cuando la producción supera los 8 MTA, la Regalía Adicional deja de aplicarse a toda la producción anual. En cambio, el 1% de incremento en la regalía se aplica solo al incremento de MTA en la producción:
- un 1% adicional para la producción de entre 8 y 9 MTA,
 - un 2% adicional para la producción de entre 9 y 10 MTA,
 - un 3% adicional para la producción de entre 10 y 11 MTA, y así sucesivamente.
331. Esto significa que, si la producción total es de 9 MTA, se aplicará una tasa de regalías del 12,6% a los primeros 8 MTA y una tasa de regalías del 13,6% al noveno MTA solamente.

²⁵⁹ Doc. C-15, pág. 2.

²⁶⁰ Doc. C-15, págs. 2-9.

²⁶¹ Doc. C-15, nueva Cláusula. 14.1.

332. Si bien las partes no establecieron un límite de producción, no se proyectó una producción superior a 15 MTA.
333. Además, el Otrosí No. 8 también realiza una modificación menor a la disposición de la cláusula 14.1 relativa a las regalías aplicables al carbón vendido en el mercado nacional colombiano.
334. La **Cláusula 2** del Otrosí No. 8 modifica la cláusula 14.2 del Contrato Minero. Establece que la Regalía Básica deberá pagarse mensualmente, dentro de los diez días siguientes a la terminación de cada mes, a la tasa de cambio aplicable. Con respecto a la Regalía Adicional, aplicable cuando la producción supera tanto los 3 MTA como los 8 MTA, ésta se deberá pagar anualmente, dentro del mes siguiente a la terminación de cada año.
335. La **Cláusula 3** modifica la cláusula 14.3 del Contrato Minero, relativa al Precio de Referencia del Carbón para el pago de regalías.
336. *Pro memoria:* El Otrosí No. 7 había establecido que, si el carbón exportado por Prodeco provenía exclusivamente de la Mina, el Precio de Referencia del Carbón para el pago de las Regalías y la CIB sería el mayor valor de entre (i) el precio FOB puerto colombiano del carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico [definido como el “Precio FOB”], y (ii) el precio real de venta²⁶².
337. El Otrosí No. 8 introduce dos cambios relevantes:
 - Primero, suprime “el mayor valor entre”; por consiguiente, el Precio de Referencia del Carbón se basa solamente en el Precio FOB en el Puerto colombiano;
 - Segundo, crea una nueva fórmula, que introduce un rezago; en esencia, la fórmula considera los Precios FOB de los 18 meses anteriores a la fecha de cálculo, ponderados por las ventas de Prodeco en los períodos correspondientes, sobre la base de coeficientes de ponderación anuales, establecidos *ex ante* (antes del 15 de enero de cada año) por un auditor independiente nombrado por Ingeominas el 31 de octubre de cada año; estos mismos coeficientes también se utilizan luego para corregir la contraprestación pagada en el año en cuestión.

Período de Transición

338. De conformidad con la nueva fórmula de precios, para cada fecha en particular, el Precio de Referencia del Carbón se establece tomando en consideración no solo del Precio FOB en dicha fecha, sino también los Precios FOB aplicables en los 18 meses anteriores. Este sistema de cálculo conlleva una dificultad: ¿cómo calcular el coeficiente de ponderación para el primer año de aplicación del Otrosí No. 8? En

²⁶² Doc. C-9, Anexo 9A.

efecto, ningún auditor independiente había sido nombrado aún que hubiera podido establecer los coeficientes *ex ante*.

339. Al igual que la Primera Versión, el Otrosí No. 8 presentó una solución denominada período de transición [“**Período de Transición**”]: durante el primer año de aplicación del Otrosí No. 8, los coeficientes de ponderación ya habían sido fijados por Prodeco e Ingeominas en 0,333. Estos coeficientes habrían de aplicarse al Precio FOB que era aplicable tres, seis y nueve meses antes de cada fecha de determinación.
340. Este régimen transitorio habría de aplicarse en el período comprendido entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2010; por esta razón, este período se definió como el Período de Transición.
341. Como se explicará *infra*, el Período de Transición sería sumamente relevante porque, en el Proceso de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría, el daño causado al Estado se calcula aplicando el Período de Transición como parámetro.
342. La **Cláusula 4** modifica la cláusula 14.4 del Contrato Minero y define la información con respecto al pago de regalías que Prodeco debe suministrar a Ingeominas de forma mensual.
343. La **Cláusula 5** modifica la cláusula 43 del Otrosí No. 3 al Contrato Minero, y elimina los Anexos 9 y 9A, los que se habían incluido en el Contrato Minero al amparo del Otrosí No. 6.
344. La **Cláusula 6** modifica las cláusulas 15.1.1 del Contrato Minero:
 - La Cláusula 15.1 establece nuevos umbrales del precio FOB para calcular los pagos de la CIB, de la siguiente manera:

A Precio FOB US\$/t	B Precio Base US\$/t	C % Aplicable a diferencia	D Monto Fijo US\$/t
59.94 ≤ FOB < 67.43	59.94	1.0%	\$0.00
67.43 ≤ FOB < 74.93	67.43	1.5%	\$0.10
74.93 ≤ FOB < 82.42	74.93	7.5%	\$0.25
82.42 ≤ FOB < 89.91	82.42	11.0%	\$0.55
FOB > 89.91	89.91	12.5%	\$1.05

- La Cláusula 15.1.2 estipula que Prodeco e Ingeominas acuerdan que estos umbrales deberán ajustarse trimestralmente, indexándolos al índice de precio al consumidor colombiano publicado por el DANE, ente estatal de Colombia a cargo de las estadísticas²⁶³ – aunque los umbrales de la CIB se expresan en USD²⁶⁴;

²⁶³ Doc. C-15, nueva Cláusula. 15.1.2.

²⁶⁴ Al parecer, Prodeco e Ingeominas no encontraron otro índice adecuado (véanse Doc. C-132, pág. 6; Doc. C-133, pág. 2).

- La Cláusula 15.1.3 estipula que la CIB se pagará trimestralmente, dentro de los diez días siguientes a la terminación del trimestre;
 - La Cláusula 15.4 establece que la CIB se pagará con base en el Precio de Referencia del Carbón que se establece en la nueva cláusula 14.3.
345. De conformidad con la **Cláusula 7**, Prodeco acuerda pagar, aproximadamente, USD 20,8 M²⁶⁵ a Ingeominas para saldar los montos pendientes derivados de la interpretación por parte de Ingeominas del término Precio Definitivo – sin aceptar dicha interpretación.
346. A su vez, en la **Cláusula 8**, Ingeominas declara que²⁶⁶:
- “Habida cuenta que con los acuerdos consagrados en los numerales anteriores se soluciona y por ende deja de existir la controversia que dio origen a la suscripción del Acuerdo de Compromiso y del presente otrosí, y teniendo en cuenta que EL CONTRATISTA pagará las sumas indicadas en la cláusula anterior, la AUTORIDAD MINERA declara subsanada cualquier causal de aplicación de multas, caducidad o cualquier otra medida sobre la liquidación de contraprestaciones económicas por razón de dicha controversia”[Énfasis agregado].
347. La **Cláusula 9** estipula que se considerará que el Otrosí No. 8 entró a regir el 1 de enero de 2010.
348. En la **Cláusula 10**, Prodeco e Ingeominas se comprometen a revisar la fórmula del Precio de Referencia del Carbón dentro de un año, para considerar la aplicación de los índices API2-BC17.
349. Por último, la **Cláusula 11** establece que el Otrosí No. 8 entrará en vigor una vez inscrito en el Registro Minero Nacional.
350. El Otrosí No. 8 se inscribió debidamente en el Registro Minero el 25 de enero de 2010²⁶⁷ y, por ende, entró en vigor en esa fecha, con efectos retroactivos a partir de 1 de enero.

F. La reunión del Consejo Directivo de 26 de enero de 2010

351. El 26 de enero de 2010, Ingeominas celebró nuevamente una reunión de su Consejo Directivo. En esta oportunidad, fue el propio Sr. Ballesteros quien informó a los miembros del Consejo que se había suscrito el Otrosí No. 8 “teniendo en cuenta las sugerencias emitidas por ellos en consejos anteriores”. Luego proporcionó información detallada acerca de los cambios acordados²⁶⁸.

²⁶⁵ USD 9.713.947,49 y USD 11.085.718,06.

²⁶⁶ Doc. C-15, pág. 9.

²⁶⁷ Nagle I, párr. 83.

²⁶⁸ Doc. C-257, págs. 4-5.

G. Enero de 2010: El Estudio de Viabilidad

352. En algún momento en enero de 2010, Ingeominas preparó un estudio de la “Viabilidad para la suscripción del Otrosí No. 8 modificadorio del Contrato 044-89” [el “**Estudio de Viabilidad**”], el cual resumía los argumentos que Ingeominas había considerado para la negociación con Prodeco²⁶⁹.
353. El documento de ocho páginas estaba firmado por la Sra. Luz Aristizábal, la Sra. Luz Mireya Gómez, la Sra. Mélida Cabezas y el Sr. Giovanny Balcero, y fechado “el mes de enero de 2010”²⁷⁰. Es probable que el Estudio de Viabilidad se firmara luego de la suscripción del Otrosí No. 8.
354. La conclusión principal del Estudio de Viabilidad es la siguiente²⁷¹:

“Con la suscripción del otrosí descrito, se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes” [Énfasis agregado].

355. Y esta conclusión se explica así²⁷²:

“La razón de ser de la negociación dentro del Contrato 044-89 con PRODECO S.A., en términos prácticos radica en que de no negociar con el titular minero, la interpretación de algunas de las cláusulas contractuales que se relacionan con las modificaciones por ellos solicitadas, se asumiría un alto riesgo en donde la Nación podría perder cuantiosas sumas de dinero, frente a posibles litigios que se adelantaran ante la justicia contenciosa administrativa, por la falta de toma de decisiones en el presente caso, con lo cual de no llegarse a un acuerdo, además se impediría el desarrollo probable de una expansión minera que traería consigo desarrollo económico y social para el país y sus diferentes regiones, sin dejar de lado las obras de infraestructura que sin ella se dejarían de realizar” [Énfasis agregado].

356. El Estudio de Viabilidad explicaba que Prodeco había solicitado que se revisaran, *inter alia*, los siguientes elementos del Contrato Minero:
 - el índice de precios aplicable a la contraprestación,
 - el precio FOB versus los precios en boca de mina,
 - la Regalía Adicional, y
 - la CIB.

El Estudio de Viabilidad reconocía que Prodeco había presentado varias propuestas y sintetizaba estas propuestas en términos generales. El Estudio de Viabilidad,

²⁶⁹ Doc. R-13.

²⁷⁰ Doc. R-13, pág. 8.

²⁷¹ Doc. R-13, pág. 2.

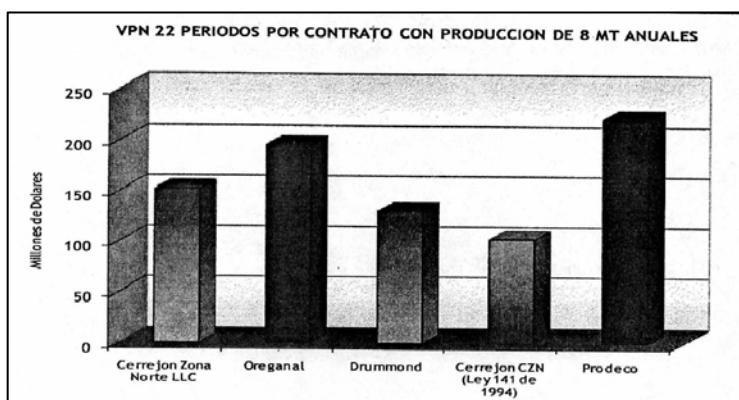
²⁷² Doc. R-13, pág. 3.

además, señalaba que las cláusulas de contratos mineros podían ser negociadas libremente entre la autoridad minera y el contratista²⁷³.

357. El Estudio de Viabilidad determinó que las negociaciones con Prodeco tenían los siguientes beneficios para el Estado²⁷⁴:

- La cláusula relativa a la Regalía Adicional, que podía originar una disputa legal, ya no era ambigua: ahora era claro que desde 3 MTA hasta 8 MTA, la Regalía Adicional era aplicable a todo el carbón vendido y que el Precio de Referencia del Carbón para el cálculo de la Regalía Adicional no era el precio de las facturas;
- Para las producciones superiores a 8 MTA, el incremento de las Regalías estaba limitado, pero dicha limitación era necesaria para garantizar la expansión de la Mina Calenturitas y, por ende, el desarrollo económico de la región;
- Los umbrales de la CIB debían actualizarse para tener en cuenta la inflación, ya que los costos de producción superaban los USD 42 por tonelada de carbón, sobrepasando el umbral de la CIB; el umbral debía indexarse a futuro, y, para tal fin, luego de un análisis extenso, se seleccionó el índice de precios al consumidor de Colombia;
- Se aclararon todas las dudas respecto del Precio de Referencia del Carbón para el pago de las Regalías y la CIB; el nuevo Precio de Referencia del Carbón ahora se basaba en el índice ICR.

358. El Estudio de Viabilidad además explicó que Ingeominas había comparado todos los proyectos mineros con producciones que superaban los 8 MTA en los últimos 22 meses, y había determinado que Prodeco siempre generaría más ingresos para el Estado que otros proyectos. El Estudio contenía el siguiente gráfico en sustento de esta conclusión²⁷⁵:



²⁷³ Doc. R-13, págs. 2-4.

²⁷⁴ Doc. R-13, págs. 4-5.

²⁷⁵ Doc. R-13, pág. 7.

(6) EJECUCIÓN DEL OTROSÍ NO. 8

A. Febrero de 2010: Pago en virtud del Otrosí No. 8

359. El 16 de febrero de 2010, Prodeco pagó por segunda vez a Ingeominas la suma de USD 20,8 M, tal como fuera requerido por el Otrosí No. 8 (el pago debido en virtud de la Primera Versión del Otrosí No. 8 había sido, en el entre tanto, reembolsado por Ingeominas)²⁷⁶.

B. Marzo de 2010: Glencore readquiere Prodeco

360. En marzo de 2010, Glencore hizo uso de su opción de compra y compró nuevamente Prodeco a Xstrata²⁷⁷.

C. Junio de 2010: El PTI 2010

361. Mientras tanto, Prodeco estaba preparando un PTI de largo plazo actualizado, que debía presentarse en mayo de 2009²⁷⁸, pero que se había retrasado por las negociaciones entre las Partes²⁷⁹.

El PTI 2006

362. *Pro memoria*: El PTI 2006 había sido preparado antes de la suscripción del Otrosí No. 7 (mediante el cual se extendió la vida del Contrato Minero hasta el año 2035)²⁸⁰ y del Otrosí No. 8 (que cambió el Esquema de Contraprestación). La exploración en los Sectores B y D de la Mina y la desviación del Río Calenturitas también tuvieron lugar después de 2006²⁸¹.

363. En el PTI 2006, Prodeco había planeado expandir la producción total de carbón de la Mina a 116 MT. La producción anual se incrementaría gradualmente de 4,4 MTA en 2007 a 10 MTA desde 2010 hasta 2019²⁸².

364. El PTI 2006 también preveía una inversión de USD 500,1 M en el período 2007-2010 (dividida en USD 196,4 M para equipo, USD 114,6 M para vías de ferrocarril, USD 85,2 M para infraestructura y USD 103,9 M para puertos e inversiones varias).

365. Para 2010, la mayoría de estas inversiones habían sido realizadas: el valor de la inversión había crecido entre 2006 y 2010 de USD 162,5 M²⁸³ a USD 644,2 M²⁸⁴, es decir, en USD 481,7 M.

²⁷⁶ Doc. C-116.

²⁷⁷ Doc. R-77, pág. 62; Doc. R-78.

²⁷⁸ Véase Sección **III.(2).D** *supra*.

²⁷⁹ Doc. R-25, pág. 3.

²⁸⁰ Véanse secciones **III.(1).F** y **III.(1).G** *supra*.

²⁸¹ Doc. C-117 / CLEX-28, págs. 52-53.

²⁸² Véase Sección **III.(1).F** *supra*.

²⁸³ Doc. C-78, pág. 174.

²⁸⁴ Doc. C-117, pág. 195.

El PTI 2010

366. En junio de 2010, Prodeco entregó a Ingeominas un PTI de largo plazo actualizado [el “**PTI 2010**”]²⁸⁵, en virtud del cual esperaba cumplir los siguientes objetivos:
367. Producción anual: La producción anual alcanzaría los 6,4 MTA en 2010, aumentaría a 7,6 MTA en 2011 (PTI 2006: 4,4 MTA), y se incrementaría de manera progresiva hasta alcanzar un máximo de 14,2 MTA en 2019 (PTI 2006: 10 MTA), y luego disminuiría progresivamente hasta 2032 (PTI 2006: no habría producción después de 2019)²⁸⁶.
368. Producción durante la vida de la Mina: Prodeco esperaba producir aproximadamente 254 MT de carbón desde 2010 hasta 2032²⁸⁷ (más del doble que la estimación del PTI 2006 de 116 MT entre 2007 y 2019).
369. Inversión 2010-2015: se invertirían USD 654 M durante el desarrollo de la Mina, con inclusión de infraestructura ferroviaria y portuaria, en el período de 5 años²⁸⁸ entre 2011 y 2015²⁸⁹ (PTI 2006: USD 684,4 M distribuidos en el período de 13 años comprendido entre los años 2007 y 2020)²⁹⁰.
370. Inversión durante la vida de la Mina: USD 1.477 M²⁹¹ (PTI 2006: USD 1.184 M)²⁹².
371. Valor presente neto: la Mina ofrecía un VPN de USD 116 M (PTI 2006: USD 98 M) (ambos a una tasa de descuento del 15%), asumiendo costos de USD 47,26 por tonelada (PTI 2006: USD 24,79) y un precio del carbón de USD 55 por tonelada²⁹³ (PTI 2006: USD 42,58).
372. Regalías durante la vida de la Mina: estimadas en USD 1.782 M²⁹⁴ (PTI 2006: 671 M).
373. El PTI 2010 fue aprobado por Ingeominas el 6 de diciembre de 2010, tras haberle solicitado a Prodeco que realizara pequeñas modificaciones²⁹⁵.

²⁸⁵ Doc. C-117.

²⁸⁶ Doc. C-117, págs. 59, 61 y 199.

²⁸⁷ Doc. C-117, pág. 61.

²⁸⁸ El PTI 2010 no es muy claro en cuanto a la fecha de inicio del período de cinco años; el PTI, propuesto en junio de 2010 y aprobado en diciembre de 2010, simplemente establece que las cantidades deben invertirse “en los próximos 5 años” (pág. 191). El Tribunal asume que esto se refiere al período entre 2011 y 2015.

²⁸⁹ Doc. C-117, págs. 173 y 176.

²⁹⁰ Doc. C-78, pág. 173.

²⁹¹ Doc. C-117, pág. 191.

²⁹² Doc. C-78, pág. 173.

²⁹³ Doc. C-117, págs. 191 y 204.

²⁹⁴ Doc. C-117, pág. 200.

²⁹⁵ Doc. C-122.

D. 2010-2015: Inversiones prometidas

374. Tal como se consagró en su preámbulo, el Otrosí No. 8 tenía dos objetivos principales:

- Garantizar que la expansión de la Mina fuera viable, y
- Maximizar los ingresos del Estado.

375. El Preámbulo expresa esta idea en los siguientes términos²⁹⁶:

“[...] con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes” [Énfasis agregado].

376. En otras palabras: en virtud del Otrosí No. 8, Prodeco asumió el compromiso de realizar inversiones significativas en la Mina y expandir su capacidad de producción; el aumento de la producción generaría Regalías adicionales, lo cual derivaría en que Colombia recibiría mayores ingresos.

377. Tal como dijo el Sr. Nagle en su testimonio, los niveles de inversión y producción proyectados en el PTI 2010 fueron “un acuerdo de compromiso que [...] llevó a [Ingeominas y Prodeco] a acordar [el Otrosí]”²⁹⁷. Y el Ministro Martínez Torres confirmó que, a través del Otrosí No. 8, Prodeco se comprometía a aumentar la producción por encima de 8 MTA²⁹⁸.

378. ¿Cuáles fueron los niveles concretos de inversión y producción prometidos por Prodeco?

379. Los objetivos cuantificados no se incluyeron en el Otrosí No. 8, sino en el PTI 2010 – documento semi-contractual propuesto por Prodeco y aprobado por Ingeominas en junio de 2010.

380. Según el PTI 2010, Prodeco se comprometió a invertir USD 654 M en el período de cinco años entre 2011 y 2015, dividido en²⁹⁹:

- USD 243 M para equipo minero,
- USD 7,6 M para vías de ferrocarril,
- USD 40 M para infraestructura,
- USD 301 M para puertos, y

²⁹⁶ Doc. C-15, Considerando 6.

²⁹⁷ TA, Día 3 (Declaración del Sr. Nagle), pág. 882, ll. 13-15.

²⁹⁸ TA, Día 4, pág. 1148, l. 22 – pág. 1150, l. 4.

²⁹⁹ Doc. C-117, pág. 194.

- USD 62,4 para inversiones varias.
381. Las Demandantes afirman que, de hecho, invirtieron sumas más grandes: USD 465 M en 2011, USD 300 M en 2012, USD 75 M en 2013 y USD 45 M en 2014³⁰⁰, por un total de USD 885 M. Estas cifras no fueron objetadas por la Demandada³⁰¹. Prodeco, consecuentemente, invirtió en el período comprendido entre los años 2011 y 2014, alrededor de USD 231 M más de lo anticipado en 2010.
382. El Tribunal concluye que Prodeco en efecto cumplió con sus compromisos de inversión en virtud del Otrosí No. 8 y del PTI 2010.

E. 2010-2018: Producción de carbón y Regalías

383. De acuerdo con el PTI 2010, se había planeado que la producción de la Mina para los años 2010-2018 alcanzara ciertos niveles; en realidad, la producción fue, en la mayoría de los años, más baja³⁰²:

Año	PTI 2006 (MTA)	PTI 2010 (MTA)	Producción real (MTA)	Regalías pagadas (con inclusión de incluyendo CIB) (M de COP)	Tasa de cambio (promedioPro m.)	Regalías pagadas (con inclusión de incluyendo CIB) (M de USD)
	[1]	[2]	[3]	[4]	[5]	[6]
2006	-	-	2,9	22.638	2.359	9,6
2007	4,4	-	3,2	37.215	2.076	17,9
2008	4,2	-	4,7	100.329	1.967	51,0
2009	8,0	-	5,7	140.698	2.153	65,3
2010	10,0	6,4	5,2	63.391	1.899	33,4
2011	10,0	7,6	7,6	135.571	1.847	73,4
2012	10,0	11,5	10,2	250.819	1.798	139,5
2013	10,0	11,5	11,6	236.466	1.869	126,5
2014	10,0	12,5	12,6	230.769	2.000	115,4
2015	10,0	13,8	11,0	223.052	2.743	81,3
2016	10,0	13,8	11,1	225.327	3.051	73,9
2017	10,0	13,8	9,8	248.513	2.951	84,2
2018	10,0	13,8	7	216.127	3.216	67,2
TOTAL	106,6	104,7	102,5	2.113.464	n.a.N.C.	938,6

Fuentes del registro correspondiente en el expediente para los años 2006-2017:

[1] PTI 2006: CLEX-23 - C.I. Prodeco S.A., Proyecto Calenturitas, Contrato No. 044-89, Programa de Trabajos e Inversiones (PTI), Versión Revisada, noviembre de 2006, pág. 36 (pág. 54/176 del PDF).

[2] PTI 2010: C-0117 -, PTI 2010, pág. 43 (pág. 61/204 del PDF).

[3] Producción: CLEX-31 — PDF de Producción de Carbón en Calenturitas desde 2004 hasta 2015Calenturitas Coal Production from 2004 to 2015.pdf (2006-2015); CLEX-79 — PDF de Declaración de Opex B1 20162016 B1 Opex Statement.pdf (2016); CLEX-88 — PDF de Información sobre Costos de Calenturitas de 20172017 Calenturitas Cost Data.pdf (2017).

[4] Regalías (COP): CLEX-40 - Información Financiera Anual de C.I. Prodeco S.A. (2006-2014); CLEX-100 - Información Financiera Anual Actualizada de C.I. Prodeco S.A. (2006-2014).

[5] Tasa de cambio: CLEX-57 - Modelo de Regalías Retroactivas de Spiller y Dellepiane (Columna Pestaña de Tasa de cambio, promedio anual).

[6] Regalías (USD) [5] / [4]

Las cifras correspondientes para el año 2018 han sido proporcionadas por C.I. Prodeco S.A. sobre la base de la información presentada ante las autoridades colombianas. No hay fuentes en el expediente para esta información en los registros. Si Colombia cuestiona alguna de las cifras expuestas *supra*, las Demandantes podrán, con el permiso del Tribunal, proporcionar documentos de respaldo adicionales.

³⁰⁰ McManus I, n. 18.

³⁰¹ R II, párr. 211.

³⁰² Tabla de producción real y regalías pagadas entre 2006 y 2017, enviada por las Demandantes el 14 de marzo de 2019.

Producción de carbón

384. La producción real para el período 2010-2018 fue entonces de solo 86,1 MT, mientras que el PTI 2010 había previsto una producción de más de 100 MT.
385. Un motivo para la baja en la producción es que, en 2016, Prodeco realizó una nueva valoración geológica de la Mina, con resultados negativos. Según los nuevos estudios, las reservas disponibles tuvieron que reducirse de 254 MT (la cantidad prevista en el PTI 2010) a 170 MT. Esta reducción en el carbón disponible se vio reflejada en el PTI 2016, que fue aprobado por Ingeominas³⁰³.
386. La producción en 2015 y 2016 también se vio desincentivada por los muy bajos precios internacionales del carbón, y los años 2016 y 2017 resultaron ser extremadamente lluviosos, afectando así las actividades mineras³⁰⁴.

Regalías

387. Las regalías pagadas en el período 2006-2018 sumaron USD 938,6 M, más de la mitad del total estimado en el PTI 2010 para el período 2010-2035 (USD 1.782 M)³⁰⁵, pero superando ampliamente la estimación del PTI 2006 para el período 2006-2019 (USD 671 M)³⁰⁶.

(7) EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

388. La Contraloría es una agencia autónoma del Estado colombiano que se encarga de la supervisión y el control del uso de los fondos públicos³⁰⁷. La tarea principal de la agencia es la de establecer lo que la ley denomina “responsabilidad fiscal”, es decir, la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares por el mal uso de los fondos o bienes públicos³⁰⁸.
389. La responsabilidad fiscal se establece mediante un proceso administrativo, el cual es iniciado, tramitado y decidido por la Contraloría misma.
390. La Sra. Soraya Vargas, quien ocupó el cargo de Contralora Delegada Intersectorial de Regalías adscrita a la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción

³⁰³ TA, Día 6 (Declaración del Prof. Spiller), pág. 1504, l. 1:4 – pág. 1505, l. 18. Véase también Compass Lexecon II, párrs. 62-63.

³⁰⁴ Doc. CLEX-84, págs. 6-7; Doc. CLEX-5, págs. 7-8; Doc. CLEX-59, págs. 18-20; Doc. H 5, diapositiva 14; Compass Lexecon II, párr. 61; TA, Día 6 (Declaración del Prof. Spiller), pág. 1499, l. 22 – pág. 1505, l. 18.

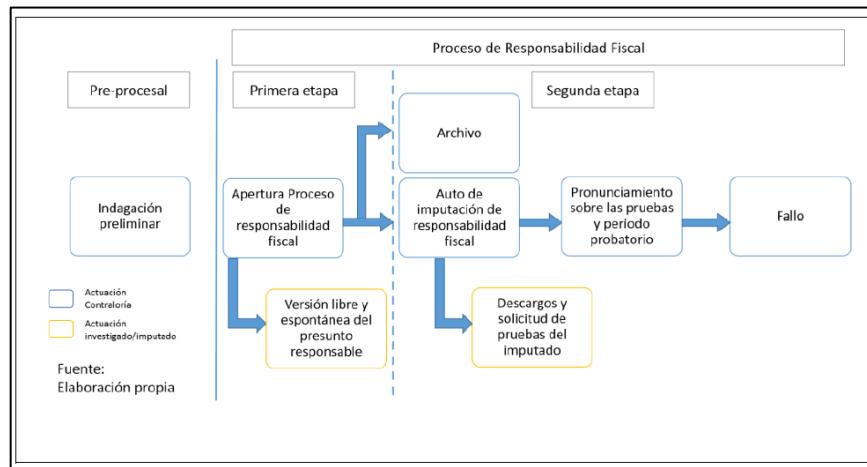
³⁰⁵ Doc. C-117, pág. 200.

³⁰⁶ Doc. C-78, pág. 177.

³⁰⁷ Doc. C-68, Art. 267: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”.

³⁰⁸ Doc. C-71, Art. 1. El Art. 268(5) de la Constitución Política establece que el Contralor General de la República tiene la atribución de “establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva sobre los alcances deducidos de la misma” (Doc. C-68).

desde 2013 hasta 2016³⁰⁹, y quien aprobó el Fallo de la Contraloría, ha proporcionado el siguiente diagrama, en el que se explica cómo se desarrollan una indagación preliminar y un proceso de responsabilidad fiscal³¹⁰:



391. Este proceso de responsabilidad fiscal puede estar precedido por una indagación preliminar, aunque esto no es obligatorio³¹¹. El proceso se divide en dos etapas: la primera está precedida por una decisión de apertura y requiere que los servidores públicos o particulares supuestamente responsables sean oídos. Después de esto, la Contraloría puede decidir archivar las diligencias o emitir un auto de imputación en contra de personas determinadas. En la segunda etapa, las pruebas son aportadas, lo cual deriva en el fallo, sea absolviendo o declarando la responsabilidad fiscal de los imputados y ordenando que aquellos declarados responsables indemnicen a la República por el daño causado.

Naturaleza del Proceso de Responsabilidad Fiscal

392. El Proceso de Responsabilidad Fiscal es un procedimiento puramente administrativo e inquisitorio, en el cual la Contraloría investiga los hechos y luego emite un fallo. La propia Contraloría lo ha descrito en los siguientes términos³¹²:

“[...] el proceso de responsabilidad fiscal es un procedimiento administrativo de carácter patrimonial que persigue la reparación de un daño causado al patrimonio del Estado por un servidor público o un particular en ejercicio de gestión fiscal o con ocasión de esta como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa”.

³⁰⁹ Doc. R-26. Véase también Vargas I, párr. 9.

³¹⁰ Vargas I, párr. 21.

³¹¹ Doc. C-71, Art. 39. “Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal”.

³¹² Doc. C-32, pág. 113.

393. Una característica importante del Proceso de Responsabilidad Fiscal es que la Contraloría actúa simultáneamente como fiscal y como juez frente al servidor público o al particular que está siendo investigado. En uno de sus fallos, la Contraloría ha reconocido este hecho y ha proporcionado la siguiente descripción de cómo se desarrolla el Proceso³¹³:

“[...] en el proceso de responsabilidad fiscal no opera el concepto de partes que aparece cabalmente diseñado en el proceso judicial, en el cual existe un juez, que es el encargado de dirimir la controversia, y unas partes con intereses opuestos. En la actuación administrativa, la administración funge como juez y como parte frente a un administrado que es el sujeto que puede resultar afectado con la decisión que se adopte dentro de la respectiva actuación”

[Énfasis agregado].

394. Sin perjuicio del hecho de que éste es un procedimiento administrativo, la ley autoriza a la Contraloría a ordenar el embargo preventivo de los bienes pertenecientes al servidor público o al particular que está siendo investigado (sin necesidad de autorización judicial)³¹⁴.
395. El Proceso derivará finalmente en un fallo, en el que la Contraloría (por sí misma y sin la participación de un juez) decide si debe absolverse o declararse culpable al imputado. En el segundo caso, el fallo ordenará que la persona declarada fiscalmente responsable pague inmediatamente la suma requerida para compensar a la República por los perjuicios que ha sufrido³¹⁵.
396. Cabe destacar que el fallo es un acto administrativo, realizado por un servidor público. Tal como la Contraloría reconoció en uno de sus fallos³¹⁶:

“[...] ni el Contralor General de la República, ni los contralores delegados intersectoriales administran justicia en nombre de la República de Colombia, no ejercen funciones jurisdiccionales, esto es, no son jueces, y los procesos de responsabilidad fiscal se adelantan en ejercicio de sus funciones de control”.

397. Tras ser dictado por el Contralor Delegado (y su apelación al Contralor General³¹⁷), el fallo se vuelve definitivo. Si el servidor público o el particular que ha sido declarado responsable disiente con las conclusiones de la Contraloría, el fallo puede impugnarse ante los tribunales colombianos mediante un procedimiento contencioso administrativo³¹⁸, pero esta revisión del fallo por las cortes colombianas ocurre *ex post*.

³¹³ Doc. C-26, pág. 8.

³¹⁴ Doc. C-71, Art. 12.

³¹⁵ Doc. C-71, Arts. 53 y 54.

³¹⁶ Doc. C-35, pág. 35.

³¹⁷ Doc. C-71, Art. 64.

³¹⁸ Doc. C-71, Art. 59.

A. La Indagación Preliminar

398. Unos meses después de la suscripción del Otrosí No. 8, se desató un escándalo por las supuestas prácticas corruptas en Ingeominas³¹⁹.
399. A la luz de este escándalo, pero también de las auditorías que la Contraloría había estado realizando en Ingeominas³²⁰, el 8 de octubre de 2010, la recién nombrada Contralora General de la República, la Sra. Sandra Morelli, decidió formar un Equipo Especial de Reacción Inmediata [“**Equipo de Reacción Inmediata**”], con el propósito de³²¹:
- “[...] analizar la situación que comporta un especial interés nacional y que eventualmente podría comprometer el patrimonio público del Estado en lo referente a las presuntas irregularidades en el manejo contractual que INGEOMINAS le ha dado a los contratos con la Sociedad CERRO MATOSO S.A., Sociedad DRUMMOND y Sociedad C.I PRODECO S.A.”.
400. Por consiguiente, el 19 de octubre de 2010, la Contraloría inició una indagación preliminar contra Ingeominas [“**Indagación Preliminar**”]³²². La Indagación comenzaría con una visita a las oficinas de Ingeominas para inspeccionar todos los documentos relativos a los contratos de Cerro Matoso y Drummond (empresas mineras también bajo sospecha), y de Prodeco³²³.
401. El 20 de octubre de 2010, el Equipo de Reacción Inmediata visitó las oficinas de Ingeominas y pidió los expedientes relacionados con Drummond, Cerro Matoso y Prodeco y, en particular, los documentos posteriores a 2006³²⁴. Ingeominas entregó una serie de documentos, tal como se le había solicitado³²⁵.
402. El 27 de octubre de 2010, la Contraloría entrevistó a dos funcionarios de Ingeominas que habían participado en las negociaciones del Otrosí No. 8, la Sra. Luz Aristizábal y el Sr. Giovanny Balcero³²⁶. *Pro memoria*, estas personas habían firmado el Estudio de Viabilidad; la Sra. Aristizábal había estado a cargo de las presentaciones ante el Consejo Directivo de Ingeominas y el Sr. Balcero había preparado un memorando en octubre de 2009 sobre el VPN de Prodeco.
403. En los meses siguientes, Ingeominas respondió a varias solicitudes de información del Equipo de Reacción Inmediata³²⁷.

³¹⁹ Paredes I, párr. 26. Véanse también Doc. R-42; Doc. R-170.

³²⁰ Doc. R-28, pág. 2.

³²¹ Doc. C-118 / R-27. Véase también Vargas I, párrs. 34-37.

³²² Doc. C-120.

³²³ Doc. C-120, Resolución Segunda, pág. 6.

³²⁴ Doc. R-30, pág. 1.

³²⁵ Doc. R-167.

³²⁶ Doc. C-121. Véanse también C I, párr. 74 y R I, párr. 232.

³²⁷ Doc. C-124; Doc. C-125.

404. En marzo de 2011, el Equipo de Reacción Inmediata terminó su informe³²⁸, que estaba dividido en tres subinformes, para cada uno de los proyectos mineros. La Sra. Johanna Tovar Silva estaba a cargo del informe de Prodeco [el “**Informe Tovar Silva**”]³²⁹.
405. El Informe Tovar Silva relataba la historia del Contrato Minero y sus otrosíes. También resumía las negociaciones entre Prodeco e Ingeominas sobre el Otrosí No. 8.
406. El Informe Tovar Silva concluyó que:
 - Prodeco no había aportado pruebas demostrando que el proyecto minero sería inviable sin el Otrosí No. 8³³⁰;
 - No había motivos jurídicos, técnicos ni financieros para modificar las condiciones económicas del Contrato Minero;
 - Ingeominas no había analizado correctamente el impacto del Otrosí No. 8³³¹;
 - Las modificaciones al esquema de contraprestación introducidas mediante el Otrosí No. 8 eran perjudiciales para Colombia, puesto que, en el año 2010, Colombia había tenido ingresos menores de los que habría recibido en virtud del esquema de contraprestación anterior.
407. Las conclusiones del Informe Tovar Silva se basaban en el denominado Período de Transición contemplado en el Otrosí No. 8, que era el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2010.
408. El análisis de la Sra. Tovar Silva resalta una de las cuestiones principales abordadas en el análisis de la Contraloría: cómo calcular el daño causado en un contrato a largo plazo. Tal como explica la Sra. Tovar Silva, en este tipo de contrato, hay una posibilidad de que las pérdidas de un año sean compensadas con las ganancias de los años sucesivos – haciendo el cálculo del daño causado más incierto. Para resolver esta dificultad, la Sra. Tovar Silva decidió enfocarse en el “período de transición” de un año previsto en el Otrosí No. 8, que, en su opinión, “se ha consolidado plenamente”, y luego calculó el daño como la pérdida de ingresos sufrida por la República en dicho período – desestimando todos los posibles eventos en los años siguientes.
409. Prodeco no sería notificado del Informe Tovar Silva sino hasta agosto de 2012³³² (más de un año después).

³²⁸ Doc. R-32.

³²⁹ Doc. C-125.

³³⁰ Doc. C-125, pág. 21.

³³¹ Doc. C-125, pág. 22.

³³² Doc. C-146, pág. 4.

B. La Contraloría inicia el Proceso de Responsabilidad Fiscal

410. El 10 de mayo de 2011, la Contraloría cerró la Indagación Preliminar³³³ y decidió abrir el Proceso de Responsabilidad Fiscal en contra de los siguientes sujetos³³⁴:
- Prodeco, y
 - el Sr. José Fernando Ceballos, Director del Servicio Minero de Ingeominas, quien había suscrito el Otrosí No. 8 en representación de Ingeominas.
411. La Contraloría fundó dicha decisión en las conclusiones del Informe Tovar Silva³³⁵. La Contraloría determinó que todos los contratos mineros auditados (incluyendo los de Drummond y Cerro Matoso) contenían irregularidades, pero que solo el contrato de Prodeco había causado realmente un perjuicio al patrimonio del Estado y podría dar lugar a responsabilidad fiscal³³⁶.
412. El Proceso buscaba el cobro de COP 51,35 MM (aproximadamente USD 29 M a la tasa de cambio vigente en ese momento)³³⁷, suma que se calculó como la diferencia entre las Regalías y la CIB que Prodeco habría pagado durante el Período de Transición en virtud del antiguo régimen y aquellas efectivamente pagadas en virtud del Otrosí No. 8³³⁸.
413. La Contraloría explicó que se había centrado en el Sr. Ceballos puesto que Ingeominas estaba a cargo del cobro de regalías y contraprestaciones, que, según la Constitución Política colombiana, son recursos pertenecientes al Estado³³⁹.
414. La Contraloría también consideró que podía centrarse en Prodeco por dos razones³⁴⁰:
- Porque Prodeco era el “orientador” del Otrosí No. 8, y
 - Porque proporcionó información a Ingeominas, la cual Ingeominas utilizó en su “evaluación técnica y económica”.
415. Según la Contraloría, Prodeco no era simplemente un tercero cuyas acciones se limitaban a pagar contraprestaciones a Ingeominas; por el contrario, Prodeco tenía

³³³ Doc. R-36. La Contraloría concluyó oficialmente las visitas a las instalaciones de Ingeominas el 14 de abril de 2011 (Doc. R-31).

³³⁴ Doc. C-17.

³³⁵ Doc. C-17, págs. 13 y ss.

³³⁶ Doc. C-17, págs. 8 y 43.

³³⁷ C I, párr. 79.

³³⁸ Doc. C-17, pág. 41: “[...] de no haberse modificado la fórmula para el cálculo y de la indemnización por ingresos brutos y la del cálculo de regalías, el Estado habría recibido – tan solo en el período de transición – la suma de \$51.353.629.267,07, valor que para efectos del Proceso de Responsabilidad Fiscal, se entiende como la cuantía estimada del daño”. Véase también Doc. C-17, pág. 38.

³³⁹ Doc. C-17, pág. 11.

³⁴⁰ Doc. C-17, págs. 41-42.

una relación cercana y necesaria con la gestión fiscal de Ingeominas y, por ello, debía ser declarada responsable mediante el Proceso de Responsabilidad Fiscal³⁴¹.

416. Unos días después, Prodeco fue notificada del inicio del Proceso de Responsabilidad Fiscal³⁴².

C. Declaraciones

417. Puesto que la Contraloría debe garantizar el derecho al debido proceso en su Proceso de Responsabilidad Fiscal, incluyendo, *inter alia*, el derecho a defenderse y a ser oído³⁴³, la Contraloría citó a declarar al Sr. Ceballos y a un representante de Prodeco.

418. El 9 de junio de 2011, el Sr. Ceballos declaró ante la Contraloría que³⁴⁴:

- Había trabajado como Director del Servicio Minero desde noviembre de 2009 hasta agosto de 2010 y que, para cuando se incorporó al proceso, Prodeco e Ingeominas ya habían llevado a cabo extensas negociaciones (pro memoria, el Acuerdo de Compromiso se firmó en mayo de 2009 y el Otrosí No. 8 en enero de 2010);
- Tanto el Sr. Ballesteros como el Consejo Directivo, incluyendo al Ministro de Minas y Energía, habían sido siempre informados de las propuestas de Prodeco y de los análisis que se estaban realizando;
- Los empleados de la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero³⁴⁵ a cargo del Otrosí No. 8 eran competentes para interpretar la legislación minera y para realizar el análisis necesario; en enero de 2010, dichos empleados habían preparado un Estudio de Viabilidad en respaldo de la viabilidad del Otrosí No. 8;
- El Otrosí No. 8 había sido objeto de un análisis detallado y no se habían tomado decisiones apresuradas³⁴⁶:

“[...] el otrosí No. 8 no fue un documento que apareció de un momento a otro, ni que lo hubiera firmado de manera aislada sino que fue el producto de una acción previamente analizada discutida al interior de Ingeominas, teniendo en

³⁴¹ Doc. C-17, págs. 42-43.

³⁴² Doc. C-127. Ingeominas también fue notificada del inicio del Proceso de Responsabilidad Fiscal (Doc. R-51).

³⁴³ Doc. C-71, Art. 2: “En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo”. Véase también Vargas I, párr. 20.

³⁴⁴ Doc. C-128, págs. 1-2.

³⁴⁵ El Sr. Ceballos declaró que estos empleados eran la Sra. Luz Marina Aristizábal (ingeniera), la Sra. Luz Mireya Gómez Ríos (economista), la Sra. Mélida Andrea Cabezas (asesora jurídica) y el Sr. Giovani Balcerio (ingeniero).

³⁴⁶ Doc. C-128, págs. 4-5.

cuenta las diferentes propuestas presentadas por Prodeco y siempre teniendo en la mira buscar condiciones más favorables para el Estado”.

- La expansión propuesta por Prodeco para la Mina Calenturitas y el nuevo esquema de contraprestación generaría, a largo plazo, ingresos mucho mayores para el Estado, en comparación con el régimen anterior.
419. Además, el Sr. Ceballos entregó el Estudio de Viabilidad de enero de 2010 y pidió que la Contraloría citara a declarar a los cuatro empleados de Ingeominas que habían estado a cargo del Otrosí No. 8³⁴⁷.
420. Dos días después, la Sra. Margarita Zuleta, funcionaria de Prodeco, quien había suscrito el Otrosí No. 8 en representación de la empresa, también fue citada a declarar ante la Contraloría. La Sra. Zuleta describió las negociaciones entre Prodeco e Ingeominas y explicó el razonamiento detrás del Otrosí No. 8³⁴⁸. La Sra. Zuleta explicó lo siguiente³⁴⁹:

“Finalmente creo que es importante tener en cuenta que el proyecto Calenturitas iba a producir Carbón solo hasta 8 millones de toneladas y que el otrosí No. 8 permitió a Prodeco expandir su operación por encima de 8 millones de toneladas, lo cual requiere de importantes inversiones en equipo y personal las cuales nunca hubieran sido efectuadas si el VPN de la expansión hubiera sido inferior a cero. En consecuencia, la Nación con el otrosí No. 8 tiene un ingreso adicional en regalía y contraprestaciones consistente en las contraprestaciones aplicables a los tonelajes superiores a 8 millones de toneladas al año. Por lo cual Prodeco considera que el otrosí No. 8 en ningún caso implica un detrimiento para la Nación por el contrario implica unos ingresos adicionales derivados de la explotación adicional a 8 millones de toneladas al año. Una vez el otrosí No. 8 fue perfeccionado, Prodeco presentó a Ingeominas un plan de trabajo de inversiones para explotar hasta 15 millones de toneladas al año” [Énfasis agregado].

421. La Sra. Zuleta concluyó diciendo que la Contraloría debería emplear asesores financieros para que estudiaran el caso en detalle y que el equipo de Prodeco estaba disponible para responder cualquier pregunta de la Contraloría³⁵⁰.
422. En agosto de 2011, Prodeco envió una carta a la Contraloría, explicando en detalle el proceso de negociación entre Prodeco e Ingeominas y las motivaciones detrás del Otrosí No. 8. Prodeco sostuvo que no había causado un daño al Estado y solicitó que la Contraloría archivase el Proceso de Responsabilidad Fiscal³⁵¹.

³⁴⁷ Doc. C-128, pág. 3.

³⁴⁸ Doc. C-129; Doc. R-171.

³⁴⁹ Doc. R-171, pág. 3.

³⁵⁰ Doc. R-171, pág. 4.

³⁵¹ Doc. C-130.

D. Declaraciones de los funcionarios de Ingeominas y del Ministerio de Minas

423. A la luz de la solicitud del Sr. Ceballos de pruebas adicionales, a finales de septiembre de 2011, la Contraloría citó a declarar a varios funcionarios de Ingeominas y del Ministerio de Minas y Energía³⁵². La Contraloría también ordenó la elaboración de un informe técnico por un economista especializado con conocimientos del sector energético³⁵³.
424. Entre el 24 y el 26 de octubre de 2011, la Contraloría tomó la declaración de los funcionarios de Ingeominas que habían firmado el Estudio de Viabilidad (tal como se explicará en detalle en (a) a (d) *infra*) y a un empleado del Ministerio de Minas (e). Antes de declarar, los testigos tuvieron que jurar que iban a decir la verdad, y la Contraloría les informó las consecuencias del perjurio³⁵⁴. El abogado de Prodeco y del Sr. Ceballos, y el propio Sr. Ceballos, estuvieron presentes en estas deposiciones³⁵⁵.
425. (a) La Sra. Aristizábal – quien ya había prestado declaración durante la Indagación Preliminar – declaró que se habían celebrado varias reuniones entre Prodeco e Ingeominas, aunque no todas estaban documentadas, para discutir una modificación del Contrato Minero. Ella confirmó, además, que los costos de Prodeco habían aumentado de manera significativa entre 2003 y 2008, y que, en virtud del esquema de contraprestación previo, no habría sido posible expandir la Mina. La Sra. Aristizábal también observó que Prodeco estaba pagando las regalías más altas en comparación con otros proyectos. Por último, señaló que había entregado varios documentos al Equipo de Reacción Inmediata que no obraban en el expediente del Proceso de Responsabilidad Fiscal³⁵⁶.
426. (b) La Sra. Luz Mireya Gómez – quien, junto con el Sr. Balcero, había preparado el memorando de Ingeominas de octubre de 2009– declaró que Prodeco e Ingeominas habían celebrado reuniones semanales para discutir las propuestas de Prodeco, y que el Sr. Ballesteros y el Consejo Directivo de Ingeominas siempre habían estado al tanto de las negociaciones. La Sra. Gómez también confirmó que había habido un aumento sustancial en los costos de la producción de carbón en los últimos diez años. La Sra. Gómez explicó que Prodeco e Ingeominas habían acordado que el umbral de la CIB se ajustaría trimestralmente por referencia al índice de precios al consumidor colombiano, ya que derivaba en incrementos más bajos en los precios que otros índices. Por último, expresó lo siguiente³⁵⁷:

“En el momento en que se realizó la negociación del otrosí no existía un procedimiento en el Instituto para adelantar este tipo de negociaciones y con

³⁵² Doc. R-39 y Doc. C-131.

³⁵³ Doc. R-39, pág. 4.

³⁵⁴ C I, párr. 85; R I, párr. 240. Véanse también Docs. C-132 a C-136, pág. 1.

³⁵⁵ Docs. C-132 a C-136, pág. 1.

³⁵⁶ Doc. C-132.

³⁵⁷ Doc. C-133, pág. 2.

ocasión de un plan de mejoramiento (posterior a la fecha de suscripción del otrosí No. 8), se implementó el procedimiento respectivo”.

427. (c) El Sr. Balcero – quien también había prestado declaración durante la Indagación Preliminar – explicó que él había realizado un análisis técnico de la propuesta de Prodeco; él había encontrado que la propuesta de Prodeco estaba justificada por la necesidad de expandir la Mina, y que esto beneficiaría en última instancia a Colombia. El Sr. Balcero afirmó que él había corrido varios modelos económicos a pedido del Consejo Directivo de Ingeominas. El Sr. Balcero confirmó, al igual que la Sra. Aristizábal y la Sra. Gómez, que el Sr. Ballesteros y el Consejo Directivo de Ingeominas siempre habían estado informados del proceso de negociación, y que los costos de producción habían aumentado durante los últimos 10 años. El Sr. Balcero también dirigió a la Contraloría al Estudio de Viabilidad. Por último, el Sr. Balcero declaró que el Otrosí No. 8 había impulsado a Prodeco a realizar inversiones significativas en la Mina Calenturitas en 2010³⁵⁸.
428. (d) La Sra. Mélida Cabezas – quien había estado a cargo de los aspectos jurídicos de la negociación con Prodeco – declaró que, a mediados de 2009, funcionarios de Ingeominas habían determinado que la propuesta de Prodeco no era técnica ni jurídicamente viable. No obstante, el Sr. Ballesteros les había solicitado que presentaran una contrapropuesta para ofrecerle a Prodeco. Tras la realización de otros estudios, funcionarios de Ingeominas determinaron que la expansión de la Mina beneficiaría al estado colombiano. La Sra. Cabezas también confirmó que el Sr. Ballesteros y el Consejo Directivo habían estado al tanto de las negociaciones³⁵⁹.
429. (e) La Sra. María Díaz López, Jefe Jurídica del Ministerio de Minas y Energía, declaró que los funcionarios de Ingeominas habían informado al Consejo Directivo de las solicitudes de Prodeco respecto de una modificación del Contrato Minero. La Sra. Díaz López explicó que el Ministro de Minas y Energía había dado varias recomendaciones a Ingeominas y que los objetivos de la negociación eran aumentar los pagos de regalías para el Estado y expandir la Mina³⁶⁰.

E. La Contraloría amplía la acusación y embarga bienes

430. El 26 de abril de 2012, la Contraloría ordenó la exhibición de pruebas adicionales en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, incluidos, *inter alia*, todos los documentos y cálculos que habían servido como base para el Estudio de Viabilidad³⁶¹.
431. Como resultado de estas nuevas pruebas, el 11 de julio de 2012, la Contraloría decidió extender la acusación a otros servidores públicos. Además del Sr. Ceballos y de Prodeco, previamente acusados, la Contraloría acusó al exministro de Minas y

³⁵⁸ Doc. C-134.

³⁵⁹ Doc. C-135.

³⁶⁰ Doc. C-136.

³⁶¹ Doc. R-40.

Energía, el Sr. Ballesteros, y a los cuatro funcionarios de Ingeominas que habían estado involucrados en la negociación del Otrosí No. 8, a saber:

- El Sr. Hernán Martínez Torres, que era el Ministro de Minas y Energía durante el período relevante; la Contraloría consideró que la actuación del Sr. Martínez Torres como miembro del Consejo Directivo de Ingeominas había sido pasiva o negligente, cuando tendría que haber sido activa y decisiva³⁶²;
- El Sr. Ballesteros, Director General de Ingeominas durante el período relevante; la Contraloría determinó que el Sr. Ballesteros no había cumplido con los controles y procedimientos apropiados, ni había realizado el análisis apropiado³⁶³;
- La Sra. Aristizábal, la Sra. Cabezas, el Sr. Balcero y la Sra. Gómez, como funcionarios de la Subdirección de Fiscalización y Ordenamiento Minero de Ingeominas, involucrados en el proceso del Otrosí No. 8; la Contraloría los consideró sospechosos porque habían firmado el Estudio de Viabilidad, a pesar de haber declarado previamente que la modificación del Contrato Minero no estaba justificada³⁶⁴.

Embargo preventivo

432. El 17 de julio de 2012, la Contraloría decidió, como medida cautelar, embargar los bienes de cada uno de los servidores públicos acusados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal³⁶⁵. Estos embargos estaban destinados a garantizar el derecho del Estado a ser compensado por el daño causado – el cual se había estimado en USD 29 M para el Período de Transición³⁶⁶.
433. Además, la Contraloría embargó tres de las cuentas bancarias de Prodeco³⁶⁷ y, dos meses después, las acciones de Prodeco en Fenoco³⁶⁸.

F. Nuevos informes técnicos

434. El 24 de agosto de 2012, la Contraloría notificó el Informe Tovar Silva a Prodeco³⁶⁹.

³⁶² Doc. C-18, págs. 5-6.

³⁶³ Doc. C-18, págs. 7-9.

³⁶⁴ Doc. C-18, págs. 9-12.

³⁶⁵ Cabe mencionar que la Contraloría no embargó los bienes del Sr. Ceballos (Doc. C-19).

³⁶⁶ Doc. C-19, pág. 5 y Doc. C-20, pág. 5: “Para hacer efectiva la función que desarrolla este órgano de vigilancia y control cuando se examina la gestión fiscal y determina la responsabilidad fiscal del servidor público y/o particular que administra bienes o fondos del Estado, se hace imperioso practicar las medidas cautelares como instrumento eficaz, sin las cuales no se materializaría el resarcimiento del daño patrimonial al Estado Colombiano y nos encontraríamos frente a un fallo ilusorio, además de que no se estaría logrando el fin esencial del Proceso de Responsabilidad Fiscal, cual es el resarcimiento patrimonial del daño causado al erario”.

³⁶⁷ Doc. C-19.

³⁶⁸ Doc. C-20.

³⁶⁹ Doc. C-146, pág. 4.

435. El 5 de septiembre de 2012, Prodeco objetó el Informe Tovar Silva ((i) *infra*) y solicitó una vez más que la Contraloría archivase el Proceso de Responsabilidad Fiscal (ii). Esta solicitud fue acompañada de un informe pericial de KPMG (iii)³⁷⁰.
436. (i) En la objeción, Prodeco sostuvo que el Informe Tovar Silva había efectuado consideraciones legales fuera de su alcance y había ignorado todos los documentos presentados por Prodeco a Ingeominas que explicaban los beneficios del Otrosí No. 8 para el Estado. Además, Prodeco no estuvo de acuerdo con el hecho de que el Informe Tovar Silva hubiera limitado su análisis económico al Período de Transición, desestimando el impacto a largo plazo del Otrosí No. 8³⁷¹.
437. (ii) Prodeco también sostuvo que el Otrosí No. 8 no había causado daño alguno a Colombia y que Prodeco siempre había actuado de buena fe. Prodeco explicó que el Otrosí No. 8 tenía que examinarse como un todo, y que solo sería posible determinar si el Estado había sufrido un daño una vez que el plazo del Contrato Minero hubiere vencido. Prodeco también sostuvo que no podía ser sometida a un Proceso de Responsabilidad Fiscal porque no tenía responsabilidad fiscal alguna³⁷².
438. (iii) El Informe de KPMG analizó los aspectos económicos y financieros del Otrosí No. 8, así como el beneficio que generó para las finanzas del Estado. El informe determinó que la expansión de la Mina Calenturitas no habría sido posible sin el Otrosí No. 8. El informe también explicó que el Otrosí No. 8 había resultado en un beneficio mucho mayor para el Estado que para Prodeco³⁷³.

Aclaraciones de Tovar Silva

439. Como consecuencia de la objeción de Prodeco al Informe Tovar Silva, el 29 de octubre de 2012, la Contraloría solicitó a la Sra. Tovar Silva que proveyera aclaraciones³⁷⁴. Por consiguiente, el 9 de noviembre de 2012, la Sra. Tovar Silva explicó que ella había estudiado el impacto del Otrosí No. 8 en el patrimonio del Estado solo durante el Período de Transición porque ese era el único período para el cual había datos reales³⁷⁵.

Informe Valenzuela/Riveira

440. El 14 de noviembre de 2012, los Sres. Luis Valenzuela y Felipe Riveira, que se habían desempeñado como Ministro y Viceministro de Minas y Energía

³⁷⁰ Docs. C-141 a C-143.

³⁷¹ Doc. C-142.

³⁷² Doc. C-143.

³⁷³ Doc. C-141. En particular, el informe de KPMG determinó que: “La Nación obtiene un incremento de sus beneficios en casi tres veces el aumento de los beneficios que recibe Prodeco con la realización de la expansión y el Otrosí 8. Con la ejecución del Proyecto de Expansión y con la suscripción del Otrosí 8, el incremento el VPN de las regalías es de un 57% mayor al Proyecto de Producción Anterior al Otrosí 8. Sin embargo, el aumento del VPN de la mina que tiene Prodeco es del 23%” (Doc. C-141, pág. 11).

³⁷⁴ Doc. C-146.

³⁷⁵ Doc. C-147.

respectivamente³⁷⁶, presentaron un informe pericial, encargado por Prodeco, en el que analizaban si el Otrosí No. 8 había beneficiado a Colombia³⁷⁷. El informe llegó a las siguientes conclusiones³⁷⁸:

- En virtud del esquema de contraprestación original, Prodeco no habría expandido su producción, dado que ello habría generado una reducción de su VPN;
 - Las ventajas y desventajas del Otrosí No. 8 para el patrimonio del Estado solo podrían determinarse al examinar toda la vida del Contrato Minero, y no solo su primer año de manera aislada;
 - Colombia solo percibiría los beneficios del Otrosí No. 8 una vez la expansión programada por Prodeco tuviera lugar efectivamente – proceso que requería varios años; ello significó que en 2010-2011, el Otrosí No. 8 todavía no habría estado generando rendimientos altos para el Estado;
 - El Otrosí No. 8 no causó un daño a Colombia; por el contrario, generaría un ingreso adicional de USD 205 M en pagos de contraprestaciones.
441. Enfrentada con información contradictoria, el 10 de abril de 2013, la Contraloría decidió conformar un equipo de apoyo técnico para que produjera un informe sobre el Otrosí No. 8³⁷⁹:
- “[...] para determinar si se desvirtúan los fundamentos del presente proceso de responsabilidad y el daño causado a la Nación por la disminución en las regalías y compensaciones a su favor”.
- G. Nuevas declaraciones**
442. Entre abril y mayo de 2013, la Contraloría escuchó las declaraciones de los nuevos imputados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, el Sr. Ballesteros, el Sr. Martínez Torres, la Sra. Aristazábal, la Sra. Cabezas, la Sra. Gómez y el Sr. Balcerio ((a) a (f) *infra*)³⁸⁰. Dado que estos individuos ya no eran testigos sino acusados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, ellos no tuvieron que jurar decir la verdad en caso de que pudieran incriminarse a sí mismos – y así, presentaron lo que en la práctica colombiana se conoce como “versión libre y espontánea”³⁸¹.
443. (a) El Sr. Ballesteros declaró que los funcionarios de la Subdirección Minera habían realizado un análisis técnico, jurídico y económico de las propuestas de Prodeco. El

³⁷⁶ Doc. R-173, pág. 2.

³⁷⁷ Doc. C-148. Véase también Doc. R-173, mediante el cual Prodeco envía el informe al expediente del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

³⁷⁸ Doc. C-148, págs. 2-3.

³⁷⁹ Doc. C-151, pág. 3.

³⁸⁰ Docs. C-152, C-153, C-154 / ; R-23; C-155 / R-22, C-156 / R-81, C-157 / R-25.

³⁸¹ Doc. C-152: “[el] artículo 33 de la Constitución Política de Colombia [...] señala que no está obligado a declarar contra sí mismo [...]”.

Sr. Ballesteros observó que la negociación entre Ingeominas y Prodeco había sido extensa y que Ingeominas nunca había aceptado las propuestas de Prodeco sin más. Por último, el Sr. Ballesteros insistió en que el Otrosí No. 8 generaría mayores ingresos para el Estado que el régimen anterior³⁸².

444. (b) El Sr. Martínez Torres declaró que siempre había actuado para garantizar que los intereses del Estado fueran protegidos. Sostuvo que el Otrosí No. 8 resultaba beneficioso para el Estado y que entendía que el análisis se había realizado correctamente³⁸³.
445. (c) La Sra. Aristizábal solicitó que se tuviera en cuenta su primera declaración jurada. Observó que no estaba facultada para decidir si el Otrosí No. 8 debía ser suscrito o no y que Ingeominas había decidido no contratar peritos externos para que realizaran un análisis económico. La Sra. Aristizábal explicó que los funcionarios de Ingeominas habían intentado ser lo más diligentes posible, para así evitar cualquier diferencia futura respecto del Otrosí No. 8³⁸⁴.
446. (d) La Sra. Cabezas confirmó que habían tenido múltiples reuniones con Prodeco, con la participación del Sr. Ballesteros, quien insistía en que el Otrosí No. 8 debía suscribirse. Ella declaró que se había sentido presionada por el Sr. Ballesteros³⁸⁵:

“De acuerdo a las proyecciones presentadas por PRODECO se hacía [sic] el estudio económico y técnico de los mismos como la negociación no avanzaba por cuanto el análisis que de los cuadros nosotros hacíamos de las propuestas presentadas por PRODECO al Dr. Mario no le gustaban porque iban en contravía de su querer el cual era el cual era dar viabilidad a la suscripción de la modificación del contrato 0044/89 [sic] Esta circunstancia generó que el Dr. Mario Ballesteros nos exigiera la sustanciación a Luz Marina, Luz Mireya a Giovanni y a mí que teníamos que elaborarle un cuadro y un escrito en el que se viera reflejada la mejor posibilidad presentada por PRODECO para que se pudiera dar la viabilidad del otrosí. Siguiendo estas instrucciones y la furia del Dr. Ballesteros porque no hacíamos el cuadro conforme a su querer se elaboraron otros conforme a sus instrucciones porque el Dr. Mario estaba muy interesado en presentarle dicho cuadro al Ministro Hernán Martínez y a todo el Consejo Directivo en Pleno para que según él tomaran las decisiones correspondientes”.

447. La Sra. Cabezas también afirmó que el Estudio de Viabilidad se había preparado después de la suscripción del Otrosí No. 8³⁸⁶:

“Igualmente quiero agregar que el denominado escrito viabilidad para la suscripción del otrosí número 8 no fue lo que originó la suscripción del mismo por cuanto y reitero el otrosí número 8 ya había sido suscrito lo que generó realmente la suscripción de este otrosí fue la determinación por parte del Dr.

³⁸² Doc. C-152.

³⁸³ Doc. R-81.

³⁸⁴ Doc. C-153.

³⁸⁵ Doc. R-22, pág. 2.

³⁸⁶ Doc. R-22, pág. 4.

Mario Ballesteros Mejía y el Ministro Hernán Martínez y fueron ellos los que *no se [sic] con que [sic]intereses* decidieron modificar el contrato 044/89”.

448. (e) La Sra. Gómez describió el análisis que ella había realizado antes de la suscripción del Otrosí No. 8³⁸⁷:

“Básicamente lo que yo hice fue las estimaciones matemáticas de lo que estaba cancelando PRODECO por concepto de regalías y cuánto pagaría si aumentaba su volumen de producción a diez millones de toneladas”.

449. La Sra. Gómez no mencionó ninguna presión por parte del Sr. Ballesteros.

450. Ella explicó que el Sr. Ceballos les había pedido a ella y a otros colegas que prepararan el Estudio de Viabilidad después de que se hubiere suscrito el Otrosí No. 8. El informe debía servir como una “*aide-mémoire*” que describiera todos los parámetros que Ingeominas había tenido en cuenta al decidir la suscripción del Otrosí No. 8³⁸⁸.

451. (f) El Sr. Giovanny Balcero también confirmó que hubo varias reuniones entre Ingeominas y Prodeco. Él recordó que Prodeco había ofrecido aumentar la capacidad de la mina a 14 MTA, pero que la restricción que hacía que dicha expansión fuera inviable era la contraprestación prevista en el Contrato Minero. Su tarea consistió en preparar modelos económicos de la producción de la Mina³⁸⁹.

452. El Sr. Balcero confirmó además que el Estudio de Viabilidad había sido preparado después de la suscripción del Otrosí No. 8 y estaba pensado como una especie de *aide-mémoire* que compilara toda la información revisada y todos los análisis realizados por la Subdirección Minera. Por último, el Sr. Balcero señaló que el Sr. Ballesteros demostró un interés en la suscripción del Otrosí No. 8, que no se contrataron peritos externos y que él incumplió procesos internos al no consultar con la Subdirectora de Fiscalización, la Sra. Gloria del Socorro Arias³⁹⁰.

H. El Informe de Apoyo Técnico

453. El 20 de mayo de 2013, el equipo de apoyo técnico de la Contraloría entregó un informe con sus conclusiones [“**Informe de Apoyo Técnico**”]. El Informe comentaba principalmente el informe de KPMG de septiembre de 2012³⁹¹.
454. Al igual que el Informe Tovar Silva, el Informe de Apoyo Técnico se enfocó exclusivamente en el año 2010 y determinó que el Otrosí No. 8 había resultado en

³⁸⁷ Doc. R-23, pág. 3.

³⁸⁸ Doc. R-23.

³⁸⁹ Doc. R-25, pág. 3.

³⁹⁰ Doc. R-25, pág. 5.

³⁹¹ Doc. C-159. En la correspondencia, en ocasiones, se hace referencia a este informe como el “Informe García Alarcón - García Olaya”.

una reducción de las Regalías y de la CIB pagadas al Estado por una suma de COP 52,21 MM (equivalentes a USD 27,28 M)³⁹²:

En el cuadro a continuación se presentan las diferencias encontradas en la cuantificación de los ítems de regalía básica, regalía adicional y compensación por ingresos brutos, para el año 2010 (considerado como período de transición dentro del otrosí 8), antes y después de implementar los cambios consagrados mediante el otrosí 8.

REGALIAS Y COMPENSACIONES	ANTES DE OTROSÍ 8	CON OTROSÍ 8	DIFERENCIA
REGALIA BASICA	\$ 60.998.703.286,21	\$ 53.710.098.396,69	\$ 13.288.604.889,53
REGALIA ADICIONAL	\$ 28.144.639.205,52	\$ 23.434.944.406,00	\$ 4.709.694.799,52
COMPENSACION INGRESOS	\$ 34.369.147.636,72	\$ 153.053.343,60	\$ 34.216.094.293,12
TOTAL	\$ 129.512.490.128,46	\$ 77.298.096.146,28	\$ 52.214.393.982,17

455. El Informe de Apoyo Técnico señaló que el informe de KPMG de septiembre de 2012 se había basado en proyecciones, en vez de tener en cuenta los datos reales disponibles tras la suscripción del Otrosí No. 8 para los años 2010 y 2011³⁹³. Por último, el Informe de Apoyo Técnico recomendó que el cálculo realizado para el Período de Transición se repitiera para los años 2011 y 2012³⁹⁴.

Otros informes

456. En junio de 2013, Prodeco planteó objeciones al Informe de Apoyo Técnico³⁹⁵, acompañadas de un nuevo informe pericial de KPMG³⁹⁶.
457. Y en julio de 2013, el equipo de apoyo técnico emitió otro informe más, objetando la metodología de KPMG de proyectar escenarios de producción futuros e insistiendo en que cualquier análisis del daño sufrido por el Estado solo debería tener en cuenta el año 2010³⁹⁷.

Solicitud de archivo del Proceso de Prodeco

458. El 28 de agosto de 2013, Prodeco solicitó una vez más que la Contraloría archivara el Proceso de Responsabilidad Fiscal. Prodeco sostuvo que los hechos no permitían arribar a la conclusión de que el Estado había sufrido un daño ni de que Prodeco había actuado dolosamente o con culpa grave³⁹⁸.

I. La Contraloría dicta el Auto de Imputación

459. Pese a los escritos y solicitudes de Prodeco, el 30 de agosto de 2013, la Contraloría dictó un Auto de imputación de responsabilidad fiscal [“**Auto de Imputación**”], en

³⁹² Doc. C-159, pág. 14.

³⁹³ Doc. C-159, pág. 14.

³⁹⁴ Doc. C-159, pág. 17.

³⁹⁵ Doc. R-174.

³⁹⁶ Doc. C-161.

³⁹⁷ Doc. C-163.

³⁹⁸ Doc. C-164.

el que acusó formalmente a Prodeco, al Sr. Ceballos, al Sr. Ballesteros, al Sr. Martínez Torres y a la Sra. Aristizábal. Prodeco, el Sr. Ceballos y el Sr. Ballesteros fueron acusados de una actuar con dolo, mientras que al Sr. Martínez Torres y a la Sra. Aristizábal fueron acusados de actuar con culpa grave³⁹⁹.

460. El Auto de Imputación es un documento extenso, con más de 200 páginas en total.
461. El Auto de Imputación primero analiza si el Estado ha sufrido daños⁴⁰⁰. Su premisa general es que el Otrosí No. 8 ha causado un daño al Estado colombiano, debido a una reducción en las Regalías que Prodeco debía pagar⁴⁰¹.
462. La Contraloría rechaza el argumento de Prodeco de que el análisis fiscal del Contrato Minero solo podría hacerse luego de su vencimiento en 2035⁴⁰²:

“[...] en el ejercicio de sus funciones las contralorías tienen conferida la atribución de verificar la existencia cierta y actual de un daño fiscal, con ocasión de la ejecución de un contrato, y de adelantar la acción dirigida a su resarcimiento, sin esperar a su liquidación, ni menos a la extinción de las acciones contencioso administrativas”.

463. Con respecto a la cuantificación del daño sufrido por el Estado, el Auto de Imputación se refiere al Informe Tovar Silva y al Informe de Apoyo Técnico, y concluye que el daño asciende a COP 51 MM, que es la reducción en las ganancias sufrida durante el año 2011⁴⁰³.
464. La Contraloría declara asimismo que, si bien Prodeco era una entidad privada, había asumido responsabilidad sobre los activos del Estado cuando suscribió el Contrato Minero porque orientó las negociaciones⁴⁰⁴:

“Así las cosas, es evidente que C.I. PRODECO participó activamente en el resultado objeto de reproche fiscal, como quiera que la Firma, tal como lo señaló el auto de apertura orientó la cuestionada modificación y cada uno [sic] de las propuestas presentadas a INGEOMINAS” [Énfasis agregado; errores de ortografía en el original].

465. La Contraloría concluye asimismo que Prodeco ha causado daño al Estado deliberadamente⁴⁰⁵:

“A lo largo de todo el material probatorio obrante en el proceso, se evidencia una clara intención por parte de Prodeco de modificar el contrato 044-89 a sabiendas de que con esta modificación se disminuirían los ingresos para el

³⁹⁹ Doc. C-24.

⁴⁰⁰ Doc. C-24, pág. 111.

⁴⁰¹ Doc. C-24, pág. 112.

⁴⁰² Doc. C-24, pág. 119.

⁴⁰³ Doc. C-24, pág. 135.

⁴⁰⁴ Doc. C-24, pág. 184.

⁴⁰⁵ Doc. C-24, págs. 176-187.

[sic] Nación Colombiana, por lo cual se califica su conducta como DOLOSA”
[Énfasis agregado y mayúsculas en el original].

466. En el mismo Auto de Imputación, la Contraloría decidió desestimar la acusación y archivar el Proceso de Responsabilidad Fiscal con respecto a la Sra. Cabezas, al Sr. Balcer y a la Sra. Gómez, sobre la base de que sus funciones en Ingeominas no incluían poderes de toma de decisión⁴⁰⁶.

J. Defensa de Prodeco y solicitudes de presentación de pruebas nuevas

467. Conforme al Art. 50 de la Ley 610 de 2000, con respecto al Proceso de Responsabilidad Fiscal⁴⁰⁷:

“Los presuntos responsables fiscales dispondrán de un término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación personal del auto de imputación o de la desfijación del edicto para presentar los argumentos de defensa frente a las imputaciones efectuadas en el auto y solicitar y aportar las pruebas que se pretendan hacer valer [...]” [Énfasis agregado].

468. Por consiguiente, en octubre de 2013, Prodeco y los demás imputados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal presentaron sus argumentos de defensa en contra del Auto de Imputación⁴⁰⁸.

469. La defensa de Prodeco sostuvo que el Auto de Imputación carecía de fundamento por varias razones:

- Colombia no había sufrido un daño cierto y real: Prodeco reconoció que la Contraloría podía ejercer un control fiscal en todo momento; no obstante, no estuvo de acuerdo con el hecho de que la Contraloría hubiera elegido desestimar la economía global del Contrato Minero y hubiera basado su análisis en el Período de Transición⁴⁰⁹.
- La prueba obrante en el expediente no llevaba a la conclusión de que Prodeco había actuado con la intención de causar daño a los intereses económicos del Estado; la Contraloría parecía confundir la intención legítima de Prodeco de suscribir el Otrosí No. 8 con una supuesta intención de causar un daño al Estado⁴¹⁰;

⁴⁰⁶ Doc. C-24, págs. 206-221: “las funciones asignadas al profesional especializado [Sr. Balcer], otorgan ninguna [sic] tipo de decisión o disposición” (pág. 211); “La doctora Gómez según las funciones a su cargo, no tenía ningún poder de decisión en el asunto” (pág. 216); “De igual forma es claro que las obligaciones contratadas [por la Dra. Cabezas] no comportaban ningún poder decisorio [...]” (pág. 221). Véase también Vargas I, párr. 67.

⁴⁰⁷ Doc. C-71, Art. 50.

⁴⁰⁸ Doc. C-166 (Sra. Aristizábal); Doc. C-167 (Sr. Ballesteros); Doc. C-169 (Sr. Martínez Torres); Doc. C-171 (Sr. Ceballos); Doc. C-173 (Prodeco).

⁴⁰⁹ Doc. C-173, págs. 7-10.

⁴¹⁰ Doc. C-173, págs. 11-17 y 35.

- La Contraloría parecía confundir la conducta irregular de Ingeominas con la de Prodeco; la Contraloría no consideró que Ingeominas era una agencia especializada del Estado y que Prodeco no podía haber influido su proceso de toma de decisiones⁴¹¹;
 - Prodeco no podía ser declarada fiscalmente responsable porque no era responsable del manejo de recursos públicos⁴¹².
470. Prodeco también aportó pruebas adicionales: un informe pericial preparado por Inverlink⁴¹³ y una solicitud de que la Contraloría citara a declarar a varios testigos⁴¹⁴.
471. En sus defensas, el Sr. Ballesteros, el Sr. Martínez Torres y la Sra. Aristizábal también solicitaron introducir más pruebas al expediente⁴¹⁵.
472. El 14 de enero de 2014, la Contraloría rechazó la mayoría de las solicitudes de Prodeco para presentar pruebas nuevas⁴¹⁶, sobre la base de que la mayoría de las nuevas pruebas eran superfluas o inútiles⁴¹⁷:
- El informe Inverlink no aportaba una nueva perspectiva sobre las negociaciones entre Ingeominas y Prodeco en comparación con los informes de KPMG;
 - La Sra. Margarita Zuleta, en calidad de representante legal de Prodeco, ya había presentado su declaración sobre los hechos en cuestión;
 - El Sr. Ballesteros era un imputado en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y como tal, no sería apropiado que declarase; además, ya había presentado su declaración;
 - Los testimonios de dos de los empleados de Prodeco que habían participado en el proceso de negociación eran superfluos porque los eventos sobre los cuales iban a declarar ya habían sido abordados en el expediente;
 - Los peritos que habían preparado informes no eran testigos, sino más bien peritos independientes, que ya habían expresado sus opiniones en el curso de la investigación.

⁴¹¹ Doc. C-173, págs. 18-19.

⁴¹² Doc. C-173, págs. 35-37.

⁴¹³ Doc. C-165.

⁴¹⁴ Doc. C-173, págs. 37-40. Prodeco solicitó a la Contraloría que recibiera los testimonios de: la Sra. Margarita Zuleta; del Sr. Ballesteros; de dos de los empleados de Prodeco que habían participado en el proceso de negociación; de varios funcionarios de la Contraloría, incluida la Sra. Tovar Silva; y de los peritos que habían presentado informes en el curso del Proceso de Responsabilidad Fiscal.

⁴¹⁵ Doc. C-166, págs. 30-31 (Sra. Aristizábal); Doc. C-167, pág. 22 (Sr. Ballesteros); Doc. C-169, pág. 6 (Sr. Martínez Torres).

⁴¹⁶ Doc. C-26.

⁴¹⁷ Doc. C-26, págs. 8-11.

473. La Contraloría decidió oír solo a la Sra. Natalia Anaya, funcionaria de Prodeco que había participado en la negociación del Otrosí No. 8⁴¹⁸.
474. Cabe destacar que la Contraloría también aceptó la solicitud de la Sra. Aristizábal (funcionaria de Ingeominas que estaba entre los imputados) de declarar nuevamente⁴¹⁹, pese a que ya había sido oída tres veces anteriormente, mientras que negó la solicitud de Prodeco de oír nuevamente a la Sra. Margarita Zuleta.
475. El 23 de enero de 2014, Prodeco objetó el fallo de la Contraloría. Según Prodeco⁴²⁰:
- Un rechazo *in limine* de la prueba solo podría tener lugar cuando la prueba fuera manifiesta y flagrantemente irrelevante, inútil o inoportuna;
 - Todas las pruebas que había solicitado presentar eran necesarias para establecer el razonamiento económico detrás del Otrosí No. 8 y del proceso de negociación, que eran el eje central del Proceso de Responsabilidad Fiscal;
 - Si la Contraloría se declaraba “juez y parte”, no había garantía alguna de imparcialidad;
 - La Contraloría había menoscabado los derechos de Prodeco al debido proceso.

476. El 13 de febrero de 2014, la Contralora Delegada confirmó su decisión inicial y rechazó la objeción de Prodeco⁴²¹. Prodeco apeló el fallo de la Contralora Delegada. El 17 de marzo de 2014, la Contralora General confirmó el fallo de primera instancia⁴²².

Otras apelaciones

477. El 6 de mayo de 2014, Prodeco presentó una demanda de nulidad del fallo de la Contraloría que había impedido que Prodeco exhibiera pruebas adicionales, al igual que de todas las decisiones procesales posteriores. Según Prodeco, el proceso había violado los derechos de Prodeco al debido proceso, en particular, el derecho de Prodeco de defenderse a sí misma⁴²³.
478. Ello llevó a que Prodeco presentara una acción de tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁴²⁴. Este tribunal rechazó la acción de Prodeco, luego de lo cual Prodeco presentó una apelación ante la Corte Suprema de Justicia⁴²⁵.

⁴¹⁸ Doc. C-26, pág. 13.

⁴¹⁹ Doc. C-26, pág. 18.

⁴²⁰ Doc. C-174.

⁴²¹ Doc. C-27.

⁴²² Doc. C-28, pág. 20.

⁴²³ Doc. C-176.

⁴²⁴ Doc. R-250, págs. 8348-8356. Véanse también Doc. C-31, pág. 1 y Doc. C-32, pág. 10.

⁴²⁵ Doc. C-31.

479. El 22 de octubre de 2014, la Corte Suprema rechazó la solicitud de Prodeco⁴²⁶. La Corte Suprema observó que una acción de tutela no era aplicable a un Proceso de Responsabilidad Fiscal, el cual tenía sus propios mecanismos para impugnar un fallo y estaba sujeto a la jurisdicción de los tribunales administrativos⁴²⁷. Además, la Corte determinó que la Contraloría no había actuado arbitrariamente y había justificado adecuadamente sus decisiones⁴²⁸. La Corte Suprema concluyó que⁴²⁹:

“[...] dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal no se ha vulnerado el derecho al debido proceso y a la defensa de la accionante; máxime que la actuación aún se encuentra en curso y, como anteriormente se expresó, contra la decisión administrativa que ponga fin al proceso, en caso de que le sea desfavorable, tiene la posibilidad de impetrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”.

480. El 18 de diciembre de 2014, la Corte Constitucional de Colombia decidió no revisar el fallo de la Corte Suprema⁴³⁰.

K. Tercera declaración de la Sra. Aristizábal

481. El 24 de abril de 2014, la Contraloría recibió la nueva declaración de la Sra. Aristizábal⁴³¹. La Sra. Aristizábal explicó en más detalle su misión en Ingeominas y su participación en la negociación del Otrosí No. 8.
482. Apartándose de sus tres declaraciones anteriores, la Sra. Aristizábal afirmó que el Sr. Ballesteros la había presionado indebidamente y que los otros funcionarios de Ingeominas que estaban trabajando en el Otrosí No. 8 habían violado los procedimientos internos aplicables. La Sra. Aristizábal aclaró queno era responsable de la suscripción del Otrosí No. 8⁴³²:

“Con lo anterior quiero reiterar que frente a acuerdos e imposiciones, previamente establecidas, primó la subordinación y el temor al desobedecimiento de unas órdenes que en forma directa venían siendo dadas por el mismo Director General”.

L. Entrevista pública de la Contralora General

483. En diciembre de 2013, la Contralora General, la Sra. Morelli Rico, dio una entrevista al periódico Semana Sostenible. En esa entrevista, ella expresó su opinión de que Prodeco no estaba pagando apropiadamente las regalías adeudadas de conformidad con el Contrato Minero, por un monto de casi COP 50 MM, añadiendo que había “un principio de prueba”, que se definiría apropiadamente durante el

⁴²⁶ Doc. C-31.

⁴²⁷ Doc. C-31, pág. 6.

⁴²⁸ Doc. C-31, pág. 7.

⁴²⁹ Doc. C-31, pág. 9.

⁴³⁰ Doc. C-32, pág. 10.

⁴³¹ Doc. C-175 / R-9.

⁴³² Doc. R-9, pág. 5.

proceso. Ella también expresó sorpresa respecto de que Prodeco estuviera amenazando con una reclamación en virtud del TBI⁴³³.

M. La Procuraduría cierra la investigación del Sr. Ceballos

484. En noviembre de 2013, la Procuraduría había iniciado una investigación disciplinaria en contra del Sr. Ceballos, el funcionario de Ingeominas que había firmado el Otrosí No. 8.
485. Seis meses después, el 13 de mayo de 2014, la Procuraduría decidió cerrar el expediente, sin adjudicar responsabilidad alguna.
486. Tras revisar la documentación relativa a la negociación del Otrosí No. 8, la Procuraduría determinó que el Otrosí No. 8 había sido aprobado por Ingeominas mediante la aplicación de criterios técnicos y financieros razonables⁴³⁴:

“Al estudiar los antecedentes descritos y las explicaciones contenidas en los distintos documentos aportados por la Agencia Nacional de Minería, a petición de este despacho, es dable colegir que no existe conducta constitutiva de falta disciplinaria atribuible a JOSÉ FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE” [Énfasis agregado].

N. El Fallo de la Contraloría

487. El 30 de abril de 2015, la Contralora Delegada, la Sra. Vargas, emitió el Fallo de la Contraloría, un fallo de 234 páginas que puso fin al Proceso de Responsabilidad Fiscal. La conclusión principal fue que, al suscribir el Otrosí No. 8,
- Prodeco,
 - el Sr. Ballesteros (Director de Ingeominas),
 - el Sr. Martínez Torres (Ministro de Minas), y
 - el Sr. Ceballos (funcionario de Ingeominas que firmó el Otrosí No. 8 y que había sido absuelto en el proceso disciplinario),

habían incurrido en responsabilidad fiscal. El fallo condenó a los acusados condenados a pagar al Estado, solidariamente, una compensación por el daño causado, que ascendía a COP 60 MM⁴³⁵.

⁴³³ Doc. C-266.

⁴³⁴ Doc. R-250, pág. 8783.

⁴³⁵ Doc. C-32, pág. 231. Aproximadamente USD 25 millones a la tasa de cambio vigente entonces (McManus I, n. 20).

488. El Fallo de la Contraloría, no obstante, absolvió a la Sra. Aristizábal de responsabilidad, tras determinar que no había nexo causal entre su conducta y el daño al patrimonio del Estado⁴³⁶.

Síntesis

489. El Tribunal resaltará algunos aspectos del Fallo de la Contraloría⁴³⁷. En términos generales, el Fallo aceptó la misma línea de razonamiento que el Auto de Imputación, y su eje principal es el de reforzar los argumentos ya enunciados en el *Auto*⁴³⁸.
490. La Contraloría primero determinó que, contrariamente al argumento de Prodeco, si bien el Contrato Minero es un contrato de largo plazo, la Contraloría tenía derecho a evaluar sus efectos fiscales en cualquier momento, sin tener que esperar a su terminación⁴³⁹.
491. La conclusión principal de la Contraloría fue que el Otrosí No. 8 no defendía apropiadamente los intereses de Colombia: el Otrosí no formalizaba la obligación de Prodeco de aumentar la producción de la Mina, ni cómo ni cuándo dicho aumento derivaría en un aumento de la contraprestación recibida por el Estado. De acuerdo con la argumentación de Prodeco, el aumento de la producción se había formalizado en el PTI 2010 – pero el Otrosí No. 8 no hace referencia alguna a dicho documento⁴⁴⁰.

Dolo

492. La Contraloría explicó que Prodeco había permitido intencionadamente el daño a los intereses económicos del Estado, para así obtener mayores beneficios, actuado de esa manera con dolo⁴⁴¹. Si bien la Contraloría reconoció que cualquier contratista privado tiene el derecho de recibir beneficios de su actividad económica, determinó que era inapropiado que un contratista tratara de recibir mayores beneficios en detrimento de los intereses del Estado⁴⁴².
493. La Contraloría determinó que Prodeco había puesto en funcionamiento una serie de maniobras para pagar una contraprestación menor al Estado⁴⁴³, en particular⁴⁴⁴:

“El grado de culpabilidad que se le ha endilgado a PRODECO no se basa en la intención legítima de impedir o detener pérdidas, ni en la obtención de mayores ingresos, circunstancias que por sí solas no constituyen irregularidad alguna, como bien lo ha dicho el apoderado. Se fundamenta en la serie de

⁴³⁶ Doc. C-32, págs. 171 y 232.

⁴³⁷ La decisión relativa a Prodeco puede encontrarse en las págs. 68-115 del Fallo de la Contraloría (Doc. C-32).

⁴³⁸ Doc. C-32, pág. 68.

⁴³⁹ Doc. C-32, pág. 69.

⁴⁴⁰ Doc. C-32, págs. 78-79.

⁴⁴¹ Doc. C-32, pág. 109.

⁴⁴² Doc. C-32, págs. 85, 93 y 106.

⁴⁴³ Doc. C-32, pág. 106.

⁴⁴⁴ Doc. C-32, pág. 85.

maniobras desplegadas por PRODECO que se materializan, en cómo rechazadas sus propuestas por INGEOMINAS, planteaba diferentes escenarios, cómo [sic] pasó entre otros, de desequilibrio económico contractual, desacuerdo en la interpretación de cláusulas contractuales, falta de competitividad en el mercado aduciendo entonces desigualdad con otras empresas explotadoras de carbón en Colombia, hasta expansión, pero con ésta disminuyendo el porcentaje de regalías a favor del Estado con el argumento de que entre mayor producción mayores ingresos a favor del mismo. En este último escenario se sostiene que tal disminución se compensará más adelante, sin que se hubiese determinado de antemano forma y término para ello, salvo enunciados abstractos y genéricos” [Énfasis agregado].

494. La Contraloría también concluyó que la conducta de Prodeco luego de recibir la Primera Versión del Otrosí No. 8 era contraria a la buena fe⁴⁴⁵:

“No obedece a los postulados de la buena fe, que después de suscrito el primer otrosí No 8, que se devuelve sin registro minero, por lesivo a los intereses de la Nación, CI PRODECO, no asumiera un comportamiento acorde con la realización y ejecución del contrato suscrito, pasara por alto la advertencia realizada y con ello desconociera el interés de la otra parte” [Énfasis en el original].

495. La Contraloría determinó que Prodeco era un “colaborador” de Ingeominas⁴⁴⁶:

“Pasa por alto el señor apoderado que PRODECO tiene una relación contractual *sui generis*, producto del contrato estatal suscrito mediante el cual se busca el cumplimiento de los fines del Estado, vínculo jurídico en el que está involucrado el interés general, y por tal razón, adquirió la calidad o condición de ‘colaborador’ en el cumplimiento de tales fines”.

496. La Contraloría finalmente concluyó que, si bien Ingeominas no había cumplido con sus responsabilidades, Prodeco tampoco lo había hecho⁴⁴⁷:

“En el caso objeto de debate, C.I. PRODECO conoció y participó en los hechos que dieron lugar a la lesión de los intereses patrimoniales del Estado. No obstante, ahora pretende que las cargas sólo reposaban en cabeza de la administración INGEOMINAS, cuando en realidad también formaban parte de su carga y responsabilidad como colaborador de aquella”⁴⁴⁸ [Énfasis en el original].

Estudios preliminares

497. Además, la Contraloría determinó que Ingeominas no preparó los estudios preliminares, los cuales se hubieran requerido en cualquier contrato de gran minería. Ingeominas tampoco nombró formalmente a funcionarios para la negociación ni

⁴⁴⁵ Doc. C-32, pág. 99.

⁴⁴⁶ Doc. C-32, pág. 87.

⁴⁴⁷ Doc. C-32, págs. 99 y 102.

⁴⁴⁸ Doc. C-32, pág. 94.

solicitó la recomendación del Comité de Contratación⁴⁴⁹. La Contraloría observó asimismo que el Estudio de Viabilidad no había sido preparado antes de la suscripción del Otrosí No. 8, y contenía varias inconsistencias y, en general, no garantizaba los intereses del Estado⁴⁵⁰.

498. En síntesis, la Contraloría consideró que, si bien Prodeco era un particular, al suscribir el Contrato Minero, ésta había asumido responsabilidad por la explotación de un recurso público no renovable y, por ende, se había convertido en sujeto de responsabilidad fiscal⁴⁵¹.

Daño

499. La siguiente conclusión de la Contraloría fue que, durante el Período de Transición (es decir, durante el año 2010), la República había sufrido una reducción en la contraprestación recibida de parte de Prodeco y que Prodeco era responsable de ello⁴⁵²:

“La responsabilidad de C.I. PRODECO deviene de la lesión a los intereses patrimoniales del Estado Colombiano como consecuencia de la modificación al negocio y condiciones ya pactadas, conocidas y en ejecución por el inversionista PRODECO e INGEOMINAS respecto del contrato 044/89, las que fueron lesivas en el periodo de transición a los intereses de la Nación, por lo que como bien se evidencia, lo que se busca es la reparación al Estado con una indemnización equivalente al valor que debía haberse pagado por parte del inversionista al Estado Colombiano, por la explotación del suelo y subsuelo en el periodo de transición, bajo las condiciones del contrato que no habían cambiado en dicho periodo, que conocía y había aceptado el inversionista con la suscripción del mismo” [Énfasis agregado].

500. El período relevante para el cálculo del daño era exclusivamente el período de transición. El Fallo justificaba esta conclusión solo por referencia al Informe Tovar Silva⁴⁵³:

“Con el otrosí No. 8, se establecieron modificaciones en relación con la liquidación de regalías y otras contraprestaciones económicas, tal como se recoge en el informe técnico del grupo de reacción inmediata, rendido por la doctora Johanna Tovar Silva, el cual obra en el expediente y que claramente determina las condiciones económicas que fueron modificadas con ocasión del otrosí No. 8 y su período de transición.

Por lo tanto, para la presente causa fiscal, el daño ocasionado y cuantificado es el previsto para el denominado período de transición, el cual se estipuló en el otrosí No. 8, tal y como lo precisan los informes técnicos obrantes como pruebas dentro del proceso, y lo señaló en su oportunidad el auto de imputación, las distintas modificaciones introducidas al contrato advierten una

⁴⁴⁹ Doc. C-32, págs. 198-199.

⁴⁵⁰ Doc. C-32, págs. 200-203.

⁴⁵¹ Doc. C-32, págs. 93 y 107.

⁴⁵² Doc. C-32, págs. 115-116.

⁴⁵³ Doc. C-32, pág. 219.

disminución y menoscabo en la [sic] regalías y contraprestaciones económicas, como en efecto ocurrió para dicho periodo [...].”

501. El Fallo de la Contraloría calculó dicho daño como la diferencia entre el ingreso que la República había recibido en virtud del Otrosí No. 8 durante el Período de Transición (es decir, durante el año 2010) y el ingreso que habría recibido si no se hubiera suscrito el Otrosí No. 8⁴⁵⁴. Para los cálculos precisos, el Fallo de la Contraloría se refirió a⁴⁵⁵:

- El Informe Tovar Silva, que estimó el daño en COP 51,4 MM, y
- El Informe de Apoyo Técnico, que llegó a una suma un poco mayor de COP 52,2 MM.

502. El Fallo explicó que la diferencia entre ambos informes se debía a discrepancias en la Tasa Representativa del Mercado [“TRM”], sin proporcionar más detalles⁴⁵⁶ y, finalmente, se decidió por la suma más alta⁴⁵⁷:

“Para este despacho, las conclusiones del informe son contundentes en señalar que como consecuencia de los cambios realizados en el cálculo de los ítems de regalía básica, regalía adicional y compensación por ingresos brutos, para la producción del año 2010 (año considerado de transición), en la Mina Calenturitas de acuerdo con el Otrosí 8, el Estado dejó de percibir la suma de \$52.214.393.982,17”.

503. Esta suma fue luego indexada de conformidad con la tasa inflacionaria colombiana entre diciembre de 2010 y enero de 2015, alcanzando un total de COP 60.023.730.368,33.

Nexo causal

504. La Contraloría también sostuvo que la conducta de Prodeco había sido decisiva para la suscripción del Otrosí No. 8, y, por consiguiente, que había un nexo causal entre el dolo de Prodeco y el daño sufrido por el Estado⁴⁵⁸.

Parte dispositiva

505. La parte dispositiva ordenó a Prodeco y a los Sres. Ceballos, Martínez Torres y Ballesteros pagar solidariamente al Estado colombiano la suma de COP 60 MM. La Sra. Aristizábal fue absuelta de responsabilidad⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Doc. C-32, pág. 217.

⁴⁵⁵ Doc. C-32, págs. 221-222.

⁴⁵⁶ Doc. C-32, pág. 222.

⁴⁵⁷ Doc. C-32, pág. 228.

⁴⁵⁸ Doc. C-32, pág. 109.

⁴⁵⁹ Doc. C-32, pág. 232. El Fallo de la *Contraloría* también levantó las medidas cautelares que se habían ordenado en contra de la Sra. Aristizábal (Doc. C-32, pág. 234).

506. Finalmente, la Contraloría decidió enviar una copia del Fallo a la agencia minera del Estado, a efectos del Art. 61 de la Ley 610 de 2000⁴⁶⁰, que dispone⁴⁶¹:

“CADUCIDAD DEL CONTRATO ESTATAL. Cuando en un Proceso de Responsabilidad Fiscal un contratista sea declarado responsable las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”.

O. Recursos de Prodeco en vía gubernativa

507. Inmediatamente después de la promulgación del Fallo de la Contraloría, Prodeco inició una larga serie de solicitudes y apelaciones para lograr la revocación de dicho Fallo.

508. El 11 de mayo de 2015, Prodeco presentó:

- Un recurso de reposición, en el que pidió la reconsideración del Fallo de la Contraloría ante la Contralora Delegada, la misma autoridad que había emitido el Fallo, y
- Un recurso de apelación ante el Contralor General de la República, el supervisor de la Contralora Delegada⁴⁶².

509. Estos recursos administrativos no prosperaron.

Fallo de Reposición

510. En julio de 2015, la Contralora Delegada rechazó el recurso de reposición de Prodeco. En su Fallo de Reposición, la Contraloría desestimó el razonamiento de Prodeco⁴⁶³.

Fallo de Apelación

511. El 21 de agosto de 2015, el Contralor General de la República emitió el Fallo de Apelación en el recurso de apelación, confirmando el Fallo de la Contraloría [“**Fallo de Apelación**”]⁴⁶⁴.
512. En su Fallo, el Contralor General explicó los antecedentes del Proceso de Responsabilidad Fiscal y resumió el Fallo de la Contraloría⁴⁶⁵. Tras estudiar los

⁴⁶⁰ Doc. C-32, pág. 234.

⁴⁶¹ Doc. C-71, Art. 61.

⁴⁶² Doc. C-33.

⁴⁶³ Doc. C-35.

⁴⁶⁴ Doc. C-37.

⁴⁶⁵ Doc. C-37, págs. 3-14.

hechos en el expediente, el Contralor General apoyó completamente las conclusiones de la Contralora Delegada y rechazó la apelación⁴⁶⁶.

513. Con respecto a los motivos de Prodeco para presentar una apelación, el Contralor General observó lo siguiente:
514. (i) La Contraloría está autorizada a ejercer su función de control sobre los contratos una vez que el contrato ha sido firmado, sin que haya un requisito de que el contrato haya sido finalizado y liquidado⁴⁶⁷.
515. (ii) La falta de planificación y estudios preliminares por parte de Ingeominas podría imputarse directamente a Prodeco. Prodeco, al firmar un contrato con la administración pública, se convirtió en su colaborador y se involucró en una relación especial⁴⁶⁸.
516. Prodeco no cumplió con este elevado nivel de responsabilidad. Impuso su deseo de obtener ganancias por encima de los intereses colectivos de la sociedad y se aprovechó de la fragilidad institucional de Ingeominas⁴⁶⁹.
517. (iii) La caracterización de la conducta de Prodeco como dolosa en el Fallo de la Contraloría fue correcta⁴⁷⁰. Hay dos motivos fundamentales por los que Prodeco actuó con dolo:
 - Su accionar revela “una intención de incrementar ilegítimamente sus ganancias derivadas del negocio, sin hacer un mínimo esfuerzo por armonizarlos [sic] con los intereses estatales, obligación que se deriva de su condición de colaborador de la administración”;
 - Además, el dolo se deriva del hecho de que Prodeco recurrió al argumento de que aumentaría sus inversiones y el volumen de carbón extraído, pero dichos aumentos no se materializaron durante el Período de Transición (es decir, durante el año 2010)⁴⁷¹.
518. (iv) El Fallo de Apelación también confirmó que Prodeco puede ser sometida a un proceso de control fiscal y que no había habido violación alguna del debido proceso⁴⁷².
519. El Contralor General también rechazó las apelaciones restantes del Sr. Martínez Torres, del Sr. Ballesteros y del Sr. Ceballos⁴⁷³.

⁴⁶⁶ Doc. C-37, págs. 15-43.

⁴⁶⁷ Doc. C-37, págs. 58-59.

⁴⁶⁸ Doc. C-37, pág. 61.

⁴⁶⁹ Doc. C-37, pág. 62.

⁴⁷⁰ Doc. C-37, págs. 62-64.

⁴⁷¹ Doc. C-37, págs. 63-64.

⁴⁷² Doc. C-37, págs. 65-67.

⁴⁷³ Doc. C-37, págs. 67-87.

P. Vía judicial: El Proceso de Nulidad

520. Habiendo agotado los recursos en vía gubernativa disponibles, Prodeco puso en marcha un proceso de nulidad judicial ante un Tribunal Administrativo de Cundinamarca [“**Proceso de Nulidad**”]. Ésta fue la primera vez que la disputa entre Prodeco y la Contraloría se sometió a un Tribunal de Justicia – hasta ese momento, el Proceso de Responsabilidad Fiscal había sido manejado y decidido por la Contraloría, una agencia no judicial de la República de Colombia.
521. Después de un obligatorio, pero eventualmente fallido intento de conciliación, el 31 de marzo de 2016, Prodeco inició el Proceso de Nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴⁷⁴. Las pretensiones eran las siguientes⁴⁷⁵:
- Declaración de Nulidad del Fallo de la Contraloría,
 - Con la consiguiente restitución de las sumas de dinero ya pagadas por Prodeco en cumplimiento del Fallo de la Contraloría,
 - Ciertas solicitudes adicionales más indemnización de daños.

Progreso

522. El progreso de este proceso judicial ha sido lento.
523. El Tribunal Administrativo adoptó su primera medida el 31 de enero de 2017, cuando rechazó la reclamación por razones de forma. Dos meses después, el 17 de marzo de 2017, Prodeco hizo una presentación corrigiendo los errores. Este escrito fue presentado ante el Juez (“al despacho”) el 28 marzo de 2017⁴⁷⁶.
524. Las pruebas presentadas por las Partes que obran en el expediente muestran el desarrollo del Proceso de Nulidad solo hasta junio de 2017⁴⁷⁷. Las Partes, no obstante, han confirmado que el Tribunal no ha emitido aún una decisión respecto de la reclamación de Prodeco⁴⁷⁸.

Q. Pago por Prodeco

525. El 19 de enero de 2016, con el fin de evitar la caducidad del Contrato Minero, Prodeco pagó al Estado Colombiano el Monto de Responsabilidad Fiscal de COP 63 MM (USD 19,1 M), el cual se le había ordenado pagar como resultado del

⁴⁷⁴ Doc. R-2. Véase también McManus I, párr. 45.

⁴⁷⁵ En subsidio, Prodeco también planteó una reclamación en contra de los Sres. Martínez Torres, Ballesteros y Ceballos, y de las aseguradoras, solicitando el reembolso de las sumas de dinero pagadas a la Contraloría.

⁴⁷⁶ Doc. R-175.

⁴⁷⁷ Doc. R-175, que es un registro oficial de todas las medidas y decisiones adoptadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con relación a este proceso.

⁴⁷⁸ RPHB, párr. 114; TA, Día 1, pág. 166, ll. 19-20.

Proceso de Responsabilidad Fiscal [el “**Monto de Responsabilidad Fiscal**”]. Prodeco lo hizo bajo protesta⁴⁷⁹.

526. Prodeco también solicitó que la Contraloría levantara el embargo de sus bienes, que se había ordenado en el año 2012⁴⁸⁰.

(8) INICIO DEL PROCESO DE NULIDAD CONTRACTUAL

527. Conforme a la cláusula 39, el Contrato Minero se rige por el derecho colombiano y está sujeto a la jurisdicción de los tribunales colombianos⁴⁸¹. Los tribunales colombianos tienen entonces la facultad de dirimir todas las diferencias que surjan con respecto al Contrato Minero – incluyendo cualquier diferencia relativa a la validez del Contrato o de sus Otrosíes.
528. El 30 marzo de 2012, el SGC (la agencia minera), invocando la cláusula 39 del Contrato Minero, y tras una fallida solicitud de conciliación obligatoria, inició el Proceso de Nulidad Contractual ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca [definido anteriormente como el “**Proceso de Nulidad Contractual**”]. El SGC solicitó al tribunal que declarase la nulidad del Otrosí No. 8, argumentando que este Otrosí era perjudicial para el interés general del Estado: el Otrosí se había suscrito sobre el supuesto de que generaría beneficios para el Estado, pero este escenario no se había materializado⁴⁸².
529. En subsidio, el SGC solicitó que el Tribunal Administrativo revisara el Otrosí No. 8, “de tal manera que se preserve el interés general, recuperando y manteniendo a un futuro el equilibrio de la ecuación financiera del Contrato 044/89, perdido con el desarrollo del Otrosí No. 8”.
530. La reclamación del SGC fue notificada a Prodeco en octubre de 2012⁴⁸³.
531. El 15 de mayo de 2013, la ANM (que había reemplazado al SGC) volvió a presentar su reclamación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴⁸⁴, en términos prácticamente idénticos a los iniciales. La ANM, sin embargo, actualizó la suma de las supuestas pérdidas del Estado a USD 99 M⁴⁸⁵.
532. El 7 de octubre de 2013, Prodeco presentó su respuesta a la nueva reclamación de la ANM⁴⁸⁶, junto con un informe de KPMG⁴⁸⁷.

⁴⁷⁹ Doc. C-180, pág. 3. Véase también McManus I, párr. 43.

⁴⁸⁰ Doc. C-180, pág. 4.

⁴⁸¹ Doc. C-2, cláusula 39, pág. 38.

⁴⁸² Doc. C-140, págs. 3 y 34-35.

⁴⁸³ Doc. C-149, pág. 1.

⁴⁸⁴ Doc. C-158.

⁴⁸⁵ Doc. C-158, pág. 46.

⁴⁸⁶ Doc. C-170. Cabe destacar que Prodeco ya había presentado su respuesta a la reclamación inicial del SGC el 21 de mayo de 2013 (Doc. C-160).

⁴⁸⁷ Doc. C-168.

533. Prodeco sostuvo que el Otrosí No. 8 se había suscrito de conformidad con la legislación colombiana y había sido necesario para permitir la expansión de la Mina. Prodeco también sostuvo que el Otrosí No. 8 aumentaría los beneficios de Colombia a largo plazo. Según Prodeco, el impacto del Otrosí No. 8 en el patrimonio del Estado solo podría determinarse al final de la vida del Contrato Minero⁴⁸⁸.

534. El 22 de octubre de 2013, la ANM presentó su escrito de réplica⁴⁸⁹.

535. No se controvierte que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no ha emitido un fallo en el Proceso de Nulidad Contractual⁴⁹⁰.

(9) CONSULTAS AMIGABLES Y ARBITRAJE

536. El 28 de agosto de 2015, las Demandantes escribieron al Presidente de Colombia, el Sr. Juan Manuel Santos, notificándolo formalmente de una disputa en virtud del Tratado⁴⁹¹. Las Demandantes se refirieron a su carta de septiembre de 2013, en la que habían enunciado sus inversiones en Colombia y expresado su preocupación respecto de las acciones del Estado, que las Demandantes consideraban una violación del Tratado. Las Demandantes, por ende, dieron comienzo al plazo de seis meses de consultas amigables consagrado en el Art. 11 del Tratado⁴⁹².

537. El 4 marzo de 2016, tras el vencimiento de dicho plazo, las Demandantes presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI⁴⁹³, la cual dio lugar al presente arbitraje.

(10) DENUNCIA PENAL EN CONTRA DE PRODECO

538. El domingo 10 de septiembre de 2017, el Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado [definida previamente como “**ANDJE**”] presentó ante la Fiscalía General de la Nación una “Denuncia penal en averiguación de responsables por la presunta comisión de delitos contra la administración pública” en contra de Prodeco y Glencore [definida previamente como la “**Denuncia Penal**”]⁴⁹⁴.

539. La copia de la Denuncia Penal presentada en este proceso tiene partes suprimidas, y, por consiguiente, hay aspectos relevantes de la denuncia que este Tribunal desconoce. En la parte sin supresiones, la ANDJE expone los antecedentes de hecho

⁴⁸⁸ Doc. C-170.

⁴⁸⁹ Doc. C-172.

⁴⁹⁰ C I, párr. 143; Compass Lexecon I, párr. 58; R I, párr. 261; R II, párr. 383; TA, Día 1, pág. 166, ll. 19-20.

⁴⁹¹ Doc. C-38. Las Demandantes también remitieron esta carta a varios Ministros del Gobierno colombiano (véase pág. 26).

⁴⁹² Doc. C-38. Doc. C-6, Art. 11(1) del Tratado establece que: “Si un inversionista de una Parte considera que alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente”.

⁴⁹³ SdA, de fecha 4 de marzo de 2016.

⁴⁹⁴ Doc. C-278.

del Contrato 3ha (véase Sección **III(3) supra**), sintetiza los hechos alrededor de la negociación y suscripción del Otrosí No. 8, y presenta una lista de artículos del Código Penal Colombiano que se podrían haber vulnerado.

540. La Denuncia Penal no acusa a ningún individuo de haber incurrido en una conducta ilícita específica, sino que simplemente le pide a la Fiscalía que investigue y determine si se han cometido delitos⁴⁹⁵.
541. No hay pruebas en el expediente de ninguna investigación llevada a cabo por la Fiscalía como consecuencia de la Denuncia Penal.

Queja disciplinaria en contra de empleados y empleados de la agencia minera

542. Solo dos días después de la presentación de la Denuncia Penal, la ANDJE presentó una nueva denuncia, en este caso una queja disciplinaria, ante el Procurador General de la Nación, en contra de varios empleados de Ingeominas y del Ministerio de Minas, *inter alia*, el Sr. Martínez Torres, el Sr. Ballesteros, el Sr. Ceballos y el Sr. Maldonado, por supuestas violaciones del Código Único Disciplinario⁴⁹⁶.
543. Según la queja de la ANDJE, las personas involucradas habían incurrido en conductas irregulares entre 2006 y 2010, con el fin de facilitar la suscripción del Otrosí No. 8. La ANDJE adjuntó a su queja disciplinaria la Denuncia Penal que había presentado ante la Fiscalía.
544. No hay pruebas en el expediente de ninguna investigación llevada a cabo por la Procuraduría como consecuencia de esta queja disciplinaria.

(11) APLICACIÓN PROVISIONAL DEL OTROSÍ NO. 8

545. Pese a todas estas diferencias y procedimientos, es un hecho no controvertido que las Partes han cumplido con los términos del Otrosí No. 8 y que Prodeco ha estado haciendo los pagos de Regalías con base en él⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Doc. C-278, pág. 1.

⁴⁹⁶ Doc. R-228.

⁴⁹⁷ R I, párrs. 211, y 262-263; Paredes I, párr. 37; R II, párrs. 381-382.

IV. PETITORIOS DE LAS PARTES

546. En la presente sección, el Tribunal de Arbitraje reproduce los petitorios de las Partes.

(1) PETITORIO DE LAS DEMANDANTES

547. En su Escrito Posterior a la Audiencia⁴⁹⁸, las Demandantes declararon que reiteraban el petitorio de su Memorial de Réplica, que dice lo siguiente⁴⁹⁹:

“374. Sobre la base de lo expuesto, las Demandantes respetuosamente solicitan que el Tribunal:

(a) DECLARE que Colombia ha incumplido los Artículos 4(1), 4(2) y 10(2) del Tratado;

(b) ORDENE que Colombia, a través de la ANM o de cualquier otra agencia gubernamental que oportunamente se convierta en contraparte contractual de Prodeco en virtud del Contrato Minero, continúe con la ejecución y observancia del Otrosí No. 8 y, asimismo, que todos los órganos del Estado Colombiano arbitren todos los medios necesarios para asegurar la continuación de dicha ejecución y observancia, y no interferir en ello.

(c) ORDENE que Colombia, a través de la ANM, procure el cese inmediato e incondicional de los Procesos ANM con efecto de cosa juzgada;

(d) ORDENE que Colombia otorgue las correspondientes garantías y seguridades de la GCO⁵⁰⁰ de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8;

(e) ORDENE que Colombia, a través de la ANM, otorgue las correspondientes garantías y seguridades de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8;

(f) ORDENE que, mediante restitución, Colombia le devuelva a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19,1 millones⁵⁰¹ que Prodeco pagó a Colombia el 19 de enero de 2016 en el contexto del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y toda otra suma que la GCO o cualquier otro órgano del Estado Colombiano o tribunal colombiano le haya ordenado pagar a Prodeco, hasta la fecha del Laudo del Tribunal, mediante regalías o CIB calculadas sobre la supuesta base de que el Otrosí No. 8 no sea de aplicación, ajustada desde la fecha de pago hasta la fecha del Laudo a una tasa anual del 9,69%, capitalizada semestralmente;

⁴⁹⁸ CPHB, párr. 92.

⁴⁹⁹ C II, párr. 374.

⁵⁰⁰ Las Demandantes se referieren a la Contraloría como la “CGO”.

⁵⁰¹ C II, n. 991: “Es decir, 63.000 millones de Pesos Colombianos convertidos a Dólares Estadounidenses a la fecha de pago del 19 de enero de 2016. Véanse Compass Lexecon I, párr. 96; Compass Lexecon II, párr. 92”.

(g) ORDENE que, si Colombia no cumple con las resoluciones requeridas en los párrafos (b), (c), (d), (e) y (f) *supra* dentro de los 90 días de la fecha del Laudo, entonces:

(A) pague a las Demandantes el Monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19,1 millones con más los intereses devengados hasta la fecha del Laudo;

(B) pague a las Demandantes daños prospectivos a partir de la fecha del Laudo calculados como la diferencia en los ingresos netos esperados entre un escenario con disposiciones sobre regalías y CIB en el Otrosí No. 8 y sin ellas entre la fecha del Laudo y el fin de la vida útil de la mina Calenturitas según la valoración de los peritos de las Demandantes de USD 336,1 millones al 31 de diciembre de 2017; y

(C) mantengan completamente indemnes a las Demandantes respecto de todos los montos retroactivos de regalías y CIB que se les ordena pagar a las Demandantes respecto de los años 2011 a la fecha del Laudo como consecuencia de la no aplicación del Otrosí No. 8, valorados en USD 238,6 millones al 31 de diciembre de 2017.

(h) Para evitar el doble recupero, en caso de que se active el apartado (g), y solo ante el pago de Colombia y la efectiva recepción por parte de las Demandantes del total de la compensación detallada en los puntos (g)(A) y g(B) *supra* (con la debida actualización a la fecha del Laudo) y, a la luz de la indemnidad ordenada en el punto g(C), ORDENE que las Demandantes paguen regalías y CIB desde la fecha del Laudo en adelante según el régimen que se encontraba vigente con anterioridad al Otrosí No. 8.

(i) ORDENE que Colombia pague intereses posteriores al laudo en el supuesto (f) o, en subsidio, en el supuesto (g) a una tasa del 9,69%⁵⁰² anual a partir de la fecha del Laudo, capitalizados semestralmente, o a aquella tasa y en aquel período de capitalización que determine el Tribunal de modo de garantizar una reparación íntegra;

(j) DECLARE que:

(i) El otorgamiento de daños e intereses en los puntos (f), (g) y (h) se efectúa neto de los impuestos colombianos aplicables; y

(ii) Colombia no puede deducir impuestos respecto del pago de los daños otorgados con más los intereses correspondientes en los puntos (f), (g) o (h);

(k) ORDENE que Colombia mantenga completamente indemnes a las Demandantes respecto de los impuestos colombianos que se apliquen a la compensación otorgada en la medida que dicha compensación se haya calculado neta de dichos impuestos;

⁵⁰² Esta cifra fue actualizada en el Memorial de Réplica de las Demandantes, CII, párr. 374(i).

(l) ORDENE que Colombia mantenga indemnes a las Demandantes respecto de la responsabilidad por doble imposición que surgiera en Suiza o en cualquier otro lugar que no habría surgido de no ser por las medidas adversas de Colombia;

(m) ORDENE que Colombia pague todos los costos y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y periciales de las Demandantes, los honorarios y gastos de los peritos designados por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal, y los costos del CIADI; y

(n) OTORGUE cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada”.

548. Con respecto a las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad planteadas por la Demandada, las Demandantes han solicitado que el Tribunal⁵⁰³:

“[...] (a) RECHACE las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad formuladas por Colombia;

(b) ORDENE que Colombia pague todos los costos y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y periciales de las Demandantes, los honorarios y gastos de cualquier perito nombrado por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal, y los costos del CIADI; y

(c) OTORGUE cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada”.

(2) PETITORIO DE LA DEMANDADA

549. La Demandada expone su petitorio en la Duplica⁵⁰⁴:

“1003. A la luz de todo lo expuesto, y reservándose su derecho a complementar, desarrollar o modificar su posición en una etapa ulterior y apropiada de este procedimiento (incluso sobre la base de los documentos que a las Demandantes aún les resta revelar), Colombia respetuosamente solicita que el Tribunal:

8.1 Sobre la Jurisdicción y Admisibilidad

1004. Declare:

- Que carece de jurisdicción sobre todas las reclamaciones de las Demandantes; y
- Que todas las reclamaciones de las Demandantes son, en cualquier caso, inadmisibles;
- Que las nuevas reclamaciones de las Demandantes incluidas en la Réplica son extemporáneas y, por ende, inadmisibles; y

⁵⁰³ C III, párr. 148.

⁵⁰⁴ R II, párrs. 1003-1009.

1005. Ordene:

- Que las Demandantes le reembolsen a Colombia todos los costos y gastos en los que haya incurrido en este arbitraje, incluyendo los intereses pagaderos y exigibles a partir de la fecha en la que Colombia incurrió en dichos costos hasta la fecha del pago íntegro; y
- Cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada.

8.2 Sobre el Fondo

1006. En caso de que, *par impossible*, el Tribunal concluyera que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes y que éstas son admisibles, que declare:

- Que Colombia cumplió con sus obligaciones internacionales en virtud del Tratado y del derecho internacional;
- Que Colombia no incumplió el Artículo 4(1) del Tratado y que todas las reclamaciones de las Demandantes que se fundan en ello son, por lo tanto, desestimadas;
- Que Colombia no incumplió el Artículo 4(2) del Tratado y que todas las reclamaciones de las Demandantes que se fundan en ello son, por lo tanto, desestimadas;
- Que Colombia no incumplió el Artículo 10(2) del Tratado y que todas las reclamaciones de las Demandantes que se fundan en ello son, por lo tanto, desestimadas; y

1007. Que ordene:

- Que las Demandantes le reembolsen a Colombia todos los costos y gastos en los que haya incurrido en este arbitraje, incluyendo los intereses pagaderos y exigibles a partir de la fecha en la que Colombia incurrió en dichos costos hasta la fecha del pago íntegro; y
- Cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada.

8.3 Sobre la Cantidad

1008. En caso de que, *par impossible*, el Tribunal concluyera que Colombia ha incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado y/o del derecho internacional, que declare:

- Que las reclamaciones no pecuniarias de las Demandantes exceden la jurisdicción y las facultades del Tribunal, o que son inadmisibles;
- Que las Demandantes no han sufrido daños que justifiquen una compensación; y

- Que, en cualquier caso, las Demandantes contribuyeron de forma sustancial a sus supuestas pérdidas, y que cualquier suma que el Tribunal pueda otorgar a las Demandantes debe reducirse en consecuencia en, por lo menos, un 75%; y

1009. Que ordene:

- Que las Demandantes le reembolsen a Colombia todos los costos y gastos en los que haya incurrido en este arbitraje, incluyendo los intereses pagaderos y exigibles a partir de la fecha en la que Colombia incurrió en dichos costos hasta la fecha del pago íntegro; y
- Cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada.

V. EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN Y ADMISIBILIDAD

550. Las Demandantes alegan que sus inversiones en Colombia están protegidas al amparo de los Arts. 1(1) y 1(2)(c) del Tratado⁵⁰⁵ y que se han satisfecho todos los requisitos para acceder al arbitraje, tanto en virtud del Convenio CIADI como del Tratado⁵⁰⁶.
551. Sin embargo, la Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes no son admisibles y exceden la jurisdicción del Centro y la competencia del Tribunal⁵⁰⁷. La Demandada invoca tres excepciones a la jurisdicción y una a la admisibilidad⁵⁰⁸:
- El Tribunal no puede ejercer competencia sobre las reclamaciones de las Demandantes porque el Otrosí No. 8 adolece de ilegalidad, ya que fue obtenido por medios ilícitos y conducta de mala fe [“**Excepción de Ilegalidad**”] (V.1);
 - La reclamación de las Demandantes en contra de la conducta de la Contraloría excede la jurisdicción del Tribunal en virtud de la disposición de elección de vía contenida en el Tratado, dado que las Demandantes recurrieron a los tribunales administrativos colombianos para que decidieran la cuestión antes de iniciar el presente arbitraje [“**Excepción de Elección de Vía**”] (V.2);
 - El Tribunal no puede derivar competencia de la cláusula paraguas del Tratado, porque la cláusula de resolución de disputas del Tratado excluye expresamente las disputas basadas en dicha disposición; asimismo, el Tribunal también carece de competencia sobre reclamaciones en contra de la ANM, dado que dichas reclamaciones son de naturaleza contractual y el Contrato Minero contiene su propia cláusula de resolución de disputas [“**Excepción de Cláusula Paraguas**”] (V.3);
 - Las reclamaciones de las Demandantes no están listas para ser decididas y son, por lo tanto, inadmisibles [“**Excepción de Inadmisibilidad**”] (V.4).
552. Las Demandantes destacan que la Demandada no controvierte que las Demandantes y sus inversiones estén protegidas en virtud del Tratado, ni que las Demandantes hayan cumplido con todos los requisitos para acceder al arbitraje al amparo del Convenio del CIADI y del Tratado⁵⁰⁹. Respecto de las excepciones a la jurisdicción y admisibilidad invocadas por Colombia, las Demandantes consideran que éstas no superan un examen minucioso⁵¹⁰.

⁵⁰⁵ C I, párrs. 150-158.

⁵⁰⁶ C I, párrs. 159-168.

⁵⁰⁷ R I, párr. 264; R II, párrs. 383-384.

⁵⁰⁸ R I, párrs. 265-268; R II, párrs. 385-388.

⁵⁰⁹ C II, párr. 159; TA, Día 1, pág. 190, ll. 11-20.

⁵¹⁰ C II, párr. 160; TA, Día 1, pág. 191, ll. 1-2.

V.1. EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD

553. Colombia argumenta que las reclamaciones de las Demandantes adolecen de ilegalidad porque las Demandantes incurrieron en actos de corrupción y en conducta de mala fe. La Demandada afirma que la conducta ilícita de las Demandantes priva a sus inversiones de la protección del Tratado, y que el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal de competencia sobre dichas reclamaciones (1)⁵¹¹.
554. Las Demandantes rebaten que las alegaciones de ilegalidad de la Demandada carecen de cualquier sustento o sustancia⁵¹². Las Demandantes sostienen que la Demandada no ha satisfecho el estándar de prueba exigido para las alegaciones de corrupción, y que la caracterización de la Demandada de las acciones de Prodeco no puede privar al Centro de su jurisdicción ni al Tribunal de su competencia (2)⁵¹³.
555. El Tribunal destinará secciones separadas para la alegación de corrupción (3) y de mala fe (4) y, por último, resumirá sus decisiones (5).

(1) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

556. La Demandada afirma que la inversión hecha por las Demandantes en virtud del Otrosí No. 8, no puede ser protegida por el Tratado porque dicha inversión fue asegurada en contravención de la ley colombiana, y está viciada por el comportamiento ilegal y desleal de las Demandantes, que incluye corrupción y conducta de mala fe⁵¹⁴.
557. Según la Demandada, los Arts. 2 y 4(1) del Tratado excluyen expresamente de la protección, las inversiones efectuadas en violación de las leyes y regulaciones del Estado receptor⁵¹⁵. La Demandada argumenta que, si una inversión fue realizada con un fundamento ilícito, contrario a los principios de buena fe, o mediante corrupción, fraude o conducta engañosa, ésta no puede gozar de la protección sustantiva del Tratado⁵¹⁶.
558. La Demandada explica que hay consenso general en el derecho internacional de inversiones respecto de lo siguiente:
- Los tribunales no pueden ejercer jurisdicción sobre inversiones ilegales, ilícitas o adquiridas indebidamente⁵¹⁷, y
 - El propósito del mecanismo internacional de protección de inversiones mediante el arbitraje del CIADI no es defender las inversiones que sean ilegales

⁵¹¹ R II, párrs. 385 y 389.

⁵¹² C II, párr. 175.

⁵¹³ C III, párrs. 11 y 49.

⁵¹⁴ R I, párr. 269; R II, párr. 389.

⁵¹⁵ R I, párrs. 270 -272; R II, párrs. 424-431.

⁵¹⁶ R I, párrs. 276-278, que hacen referencia a *Hamester*, párr. 123; R II, párrs. 447-449.

⁵¹⁷ R I, párrs. 273-274.

o que estén aseguradas por medios impropios, sino únicamente las inversiones *bona fide*⁵¹⁸.

559. La Demandada sostiene que, si el Tribunal ejerciera jurisdicción sobre reclamaciones basadas en conducta ilegal o ilícita, estaría condonando y alentando dicha mala conducta⁵¹⁹.
560. La Demandada considera que la conducta que adoptaron adoptaron las Demandantes al asegurar el Otrosí No. 8 se enmarca dentro del tipo de comportamiento ilegal e indebido que no puede gozar de la protección del sistema de arbitraje CIADI por dos motivos principales⁵²⁰: para asegurar la suscripción del Otrosí No. 8, las Demandantes incurrieron en actos ilícitos (**A**) y en conducta de mala fe (**B**).

A. Las Demandantes obtuvieron el Otrosí No. 8 a través de medios ilícitos

561. Colombia argumenta que las Demandantes hicieron que Ingeominas suscribiera el Otrosí No. 8 mediante corrupción: las Demandantes adquirieron el Contrato 3ha del Sr. Maldonado, lo que garantizó el apoyo del Director Ballesteros para el Acuerdo de Compromiso. Según la Demandada, las Demandantes no pueden negar que efectuaron un pago excesivo a un socio del Director Ballesteros⁵²¹.
562. La Demandada alega que el Tribunal debe apegarse al enfoque establecido por los tribunales en *Metal-Tech*, *Spentex* y *World Duty Free* para evaluar la prueba de corrupción⁵²².
563. Según la Demandada, el Tribunal tiene el deber de investigar los motivos del pago de una suma sustancial efectuado por las Demandantes al Sr. Maldonado, un socio del Director Ballesteros. En esta tarea, el Tribunal debe apartarse de las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba y, más bien, evaluar la prueba en su conjunto, dado que es casi imposible probar el cohecho y la corrupción. El Tribunal debe “conectar los puntos” e identificar “alertas” de corrupción, especialmente las siguientes⁵²³:
 - Prodeco pagó una contraprestación muy alta de USD 1,75 M por el Contrato 3ha;
 - El precio se incrementó exponencialmente entre diciembre de 2008 y abril de 2009, y fue desproporcionado a la contraprestación recibida, la cual consistió en un pequeño terreno;
 - Prodeco escondió la documentación subyacente al Contrato 3ha; Prodeco no dio a conocer el precio de la transacción a Ingeominas hasta dos años después, tras

⁵¹⁸ R I, párrs. 279-280, que hacen referencia a *Phoenix*, párr. 100.

⁵¹⁹ R I, párr. 275, que hace referencia a *World Duty Free*, párr. 157.

⁵²⁰ R I, párr. 281.

⁵²¹ R I, párr. 283; R II, párrs. 390, 422 y 434.

⁵²² R II, párrs. 395 y 398-407.

⁵²³ R II, párrs. 408-422.

el escándalo de corrupción en Ingeominas; asimismo, Prodeco casi no exhibió pruebas concernientes al Contrato 3ha en este arbitraje;

- Prodeco no exhibió pruebas de la cuenta en la que se efectuó el pago por el Contrato 3ha;
- Por último, el pago fue efectuado directamente a un empleado de la antecesora de Ingeominas, el Sr. Maldonado, y, como tal, muy conectado al Director de dicha agencia estatal; apenas diez días después de la aprobación de la adquisición del Contrato 3ha por parte de CDJ, el Director Ballesteros hizo que Ingeominas suscribiera el Acuerdo de Compromiso.

564. Colombia argumenta que, como consecuencia de esta influencia indebida, las Demandantes indujeron a Ingeominas a suscribir el Otrosí No. 8 haciendo caso omiso del marco legal aplicable a las modificaciones de los contratos mineros. Las Demandantes hicieron que Ingeominas ignorara las autorizaciones necesarias e incumpliera los procedimientos para la renegociación del Contrato Minero⁵²⁴. En particular⁵²⁵:

- No se mantuvo debidamente informado al Consejo Directivo de Ingeominas sobre las negociaciones;
- No se buscó el asesoramiento del Comité de Contratación de Ingeominas ni de consultores externos, ni se procuraron las correspondientes aprobaciones ministeriales;
- No se llevaron a cabo estudios de viabilidad antes de la suscripción del Otrosí No. 8;
- La versión definitiva del Otrosí No. 8 fue negociada en el transcurso de solo cinco días, en un contexto informal.

565. Colombia alega que lo anterior lleva a la conclusión de que el Otrosí No. 8 fue obtenido mediante actos ilícitos y en contravención de la ley colombiana; por lo tanto, la inversión de las Demandantes está viciada de ilegalidad y no puede beneficiarse de la protección del Tratado⁵²⁶.

Audiencia

566. En el transcurso de la Audiencia, Colombia reiteró su posición de que una inversión ilegal no merece protección jurídica, dado que el inversionista no tiene las “manos limpias”⁵²⁷:

- Primero, porque los Arts. 2 y 4(1) del Tratado limitan la jurisdicción del Tribunal a las inversiones “hechas de acuerdo a [las] leyes y regulaciones [de la

⁵²⁴ R I, párr. 282; R II, párr. 390.

⁵²⁵ R I, párr. 282; R II, párr. 390.

⁵²⁶ R I, párr. 282.

⁵²⁷ TA, Día 2, pág. 486, l. 20 – pág. 487, l. 17, que hace referencia a *Al Warraq*.

Parte Contratante]” y, en virtud de la legislación colombiana, la corrupción es ilegal conforme al Art. 411 A del Código Penal;

- Segundo, la Demandada afirma que la prueba de este caso satisface el estándar de la prueba de la excepción de ilegalidad, y ello se desprende de la aplicación de la metodología de alertas, tal como fue utilizada por los tribunales en *Metal-Tech* y *Spentex*⁵²⁸;
- Tercero, los tribunales que se enfrentan a excepciones de ilegalidad y alegaciones de corrupción tienen el deber de tomar acción afirmativa e indagar sobre los verdaderos motivos detrás de pagos sospechosos⁵²⁹;
- Cuarto, si las explicaciones no son provistas por la parte que realizó el pago sospechoso, entonces los Tribunales deben establecer la única inferencia adversa lógica, a saber, que estos pagos se realizaron con el fin de corromper a funcionarios públicos;
- Quinto, los tribunales no deben ignorar las alertas en materia de corrupción, y, cuando surgen estas alertas, el tribunal debe conectar los puntos y concluir que la inversión estuvo viciada de corrupción⁵³⁰;
- Sexto, los tribunales no deben aplicar estrictamente la regla *actori incumbit probatio*, ni un estándar de prueba mayor, sino mirar la totalidad de las pruebas que constan en el expediente – de lo contrario, corren el riesgo de hacer casi imposible probar el cohecho⁵³¹.

567. La Demandada también reiteró las alertas que – según ella – prueban la corrupción⁵³²:

- El pago,
- El hecho de que el Sr. Maldonado fuera un empleado de Minercol (la anterior agencia minera de la República),
- El momento de dicho pago,
- El ocultamiento de la transacción por parte de las Demandantes,
- La decisión de las Demandantes de restringir el conocimiento de la transacción a tres miembros de su alta gerencia,

⁵²⁸ TA, Día 2, pág. 488, l. 21 – pág. 489, l. 6, que hace referencia a *Metal Tech*, párr. 241 y *Spentex* (citado por K. Betz, *Proving Bribery, Fraud, and Money Laundering in International Arbitration: on Applicable Criminal Law and Evidence*, 2017, Doc. RL-149).

⁵²⁹ TA, Día 2, pág. 489, ll. 10-16, que hace referencia a *Metal Tech*.

⁵³⁰ TA, Día 2, pág. 491, ll. 5-12, que hace referencia a *Spentex*.

⁵³¹ TA, Día 2, pág. 493, l. 10 – pág. 494, l. 9.

⁵³² TA, Día 2, pág. 496, ll. 1- 22.

- El hecho de que el Otrosí No. 8 se suscribiera ignorando de forma manifiesta las reglas y la normativa aplicables.

B. Las Demandantes actuaron de mala fe

568. Según Colombia, las Demandantes proporcionaron información falsa y engañosa a Ingeominas, mientras retenían otra información importante, con el fin de inducir a Ingeominas a suscribir el Otrosí No. 8. Colombia alega que esta conducta de mala fe al asegurar el Otrosí No. 8 es suficiente para privar a la inversión de la protección del Tratado⁵³³. En particular⁵³⁴:
- Las Demandantes tergiversaron la situación económica del proyecto con el fin de persuadir a Ingeominas de que la expansión de la producción por encima de 8 MTA, bajo las condiciones existentes, no era viable económicamente;
 - Las Demandantes presentaron cifras engañosas, orientadas a mostrar la supuesta falta de rentabilidad de la expansión del proyecto en virtud del Esquema de Contraprestación vigente;
 - Las Demandantes deliberadamente le ocultaron información geológica, técnica y precisa sobre precios a Ingeominas;
 - Las Demandantes trajeron inapropiadamente justificar la demora de la presentación del PTI 2010;
 - Las Demandantes trajeron de ejercer influencia indebida sobre Ingeominas a través de medios cuestionables.
569. La Demandada rechaza el argumento de las Demandantes de que Colombia estaría impedida de invocar una excepción de ilegalidad en el presente caso, dado que la suscripción del Otrosí No. 8 sería atribuible a Colombia. La Demandada argumenta que la responsabilidad de la mala conducta alrededor de las negociaciones del Otrosí No. 8 no puede atribuirse únicamente a Ingeominas. A través de corrupción y mala fe, las Demandantes deliberadamente originaron y moldearon las negociaciones que condujeron a la suscripción del Otrosí No. 8⁵³⁵.

* * *

570. En resumen, la Demandada sostiene que, al asegurar el Otrosí No. 8, las Demandantes no actuaron de buena fe, sino que actuaron de forma engañosa e ilegal. El Otrosí No. 8 fue obtenido mediante actos de corrupción, lo que está prohibido tanto en la legislación internacional como en la colombiana. Esto

⁵³³ Haciendo referencia a *Plama*, párr. 144.

⁵³⁴ R I, párrs. 285-286; R II, párrs. 390, 446 y 451.

⁵³⁵ R I, párrs. 287-288; R II, párrs. 432-444.

significa que las reclamaciones de las Demandantes están viciadas de ilegalidad y exceden la jurisdicción del Tribunal⁵³⁶.

571. La Demandada expresa que, en subsidio, si el Tribunal considerase que la conducta de las Demandantes no representa un obstáculo para la jurisdicción del Tribunal, éste debe concluir que las manos sucias de las Demandantes tornan inadmisibles sus reclamaciones⁵³⁷.

(2) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

572. Las Demandantes sostienen que las alegaciones de ilegalidad (**A**) y de mala fe (**B**) de la Demandada carecen de mérito y no pueden privar al Tribunal de jurisdicción.

A. Las alegaciones de ilegalidad de Colombia carecen de sustancia

573. Las Demandantes sostienen que las alegaciones de corrupción de Colombia son falsas e infundadas. Según las Demandantes, tal como reconocieron los tribunales en *Metal-Tech, Spentex y ECE*, la parte que plantea las alegaciones de corrupción tiene la carga de la prueba⁵³⁸.

574. La jurisprudencia confirma que, al enfrentarse a estas alegaciones, los tribunales se ven obligados a considerarlas, pero también a resguardar a aquellos contra quienes se alega la corrupción. Tal como explicó el tribunal en *Spentex*, invertir la carga de la prueba y exigir que la parte acusada presente evidencia de que no participó en actos de corrupción sería someter a dicha parte a una *probatio diabolica*. Por consiguiente, no les corresponde a las Demandantes probar su inocencia, sino a Colombia probar sus reclamaciones⁵³⁹.

575. Según las Demandantes, en el presente caso, Colombia no ha exhibido ninguna prueba que soporte su alegación de que el Otrosí No. 8 fue obtenido mediante corrupción⁵⁴⁰.

576. Las Demandantes argumentan que, lejos de participar en prácticas corruptas con el fin de influenciar a servidores públicos para negociar un otrosí contractual, las Demandantes fueron las víctimas de un esquema extorsivo facilitado por la inercia del gobierno colombiano ante las múltiples impugnaciones, quejas y requerimientos de investigación de las Demandantes. Las Demandantes sostienen que⁵⁴¹:

- Prodeco presentó múltiples peticiones y apelaciones administrativas para evitar que el Contrato 3ha fuera otorgado a los Sres. Maldonado y García; después de que fuera otorgado, e incluso después de que fuera cedido a CDJ, Prodeco

⁵³⁶ R I, párr. 289; R II, párrs. 445 y 453.

⁵³⁷ R I, párr. 290; R II, párr. 453.

⁵³⁸ C III, párr. 13.

⁵³⁹ C III, párrs. 14-16.

⁵⁴⁰ C III, párr. 17.

⁵⁴¹ C II, párrs. 38 y 163(b); C III, párrs. 19-42.

continuó presentando quejas ante las más altas autoridades colombianas y solicitando investigaciones;

- Al enfrentarse al silencio de las autoridades colombianas, CDJ consintió a la cesión del Contrato 3ha; el precio pagado por CDJ por dicha cesión no fue desproporcionadamente alto, dado el valor del carbón dentro del área de tres hectáreas y las pérdidas significativas que habrían sufrido las Sociedades Relacionadas de Prodeco por la incapacidad de minar alrededor del área; asimismo, los Sres. Maldonado y García habían solicitado originalmente que CDJ pagara alrededor de USD 10 millones por la cesión;
- Las Demandantes no ocultaron la documentación subyacente al Contrato 3ha; la vasta mayoría de las pruebas relacionadas con esta transacción fueron incorporadas al expediente por las Demandantes; asimismo, las Demandantes han presentado al Sr. Nagle como testigo, mientras que Colombia no presentó ni un solo testigo que estuviera involucrado en los supuestos hechos de corrupción; Colombia también omite deliberadamente información que tiene en su poder, como las reiteradas quejas presentadas por las Sociedades Relacionadas de Prodeco o el volumen de carbón que CDJ extrajo de la concesión sobre las 3 hectáreas;
- Las Demandantes no mantuvieron en secreto el precio pagado por el Contrato 3ha; no había obligación de dar a conocer el precio de compra a Ingeominas antes de la transacción; en cualquier caso, CDJ le reveló el precio de compra a Ingeominas nueve meses después de la transacción, reflejó el precio de compra en sus cuentas y en sus estados financieros auditados, y practicó las retenciones impositivas correspondientes según la legislación colombiana; por último, las Demandantes pagaron el precio de compra en las cuentas bancarias que se identificaron en el contrato de cesión;
- Colombia no ha establecido conexión alguna entre el Sr. Maldonado y el Sr. Ballesteros; es más, el Sr. Maldonado fue empleado de Carbocol, Ecocarbón y Minercol entre 1988 y 2002, mientras que el Sr. Ballesteros no ocupó su cargo en Ingeominas sino hasta el 2007.

577. En cuanto a la alegación de Colombia de que, mediante actos de corrupción, las Demandantes indujeron a Ingeominas a suscribir el Otrosí No. 8, las Demandantes la rechazan y argumentan que no se desviaron de los procedimientos gubernativos internos⁵⁴²:

- El Consejo Directivo de Ingeominas no tenía que aprobar otrosíes contractuales, tales como el Otrosí No. 8;
- Ingeominas tuvo el poder discrecional de designar a un consultor externo o de consultar al Comité de Contratación;

⁵⁴² C II, párrs. 163(c) y 168-171; C III, párr. 43.

- Ingeominas no estaba obligado a preparar un informe de viabilidad;
 - El Ministro de Minas y Energía no tenía que aprobar el Otrosí No. 8 antes de la suscripción.
578. Las Demandantes afirman que, incluso de ser verdad, estas supuestas desviaciones no podrían privar al Tribunal de jurisdicción porque no eran atribuibles a las Demandantes, que no tenían conocimiento de ellas, y no eran significativas⁵⁴³. Colombia está obligada por el accionar de sus funcionarios en virtud del derecho internacional y, por lo tanto, no puede plantear una excepción a la jurisdicción del Tribunal basándose en que dichos funcionarios incumplieron sus propias obligaciones⁵⁴⁴.
579. Las Demandantes alegan que Colombia tampoco explicó cómo el Sr. Ballesteros, supuestamente y sin ayuda, forzó a los empleados o a los miembros del consejo de Ingeominas, o incluso al Ministro de Minas y Energía, a participar en presuntas irregularidades en la negociación y suscripción del Otrosí No. 8.
580. Asimismo, la nueva administración de Ingeominas, encabezada por el Sr. Paredes, nunca invocó dichas irregularidades procesales cuando pretendió anular el Otrosí No. 8, ni investigó a las partes implicadas con fines administrativos o disciplinarios⁵⁴⁵.
581. Por lo tanto, las Demandantes sostienen que la Excepción de Ilegalidad invocada por Colombia debe ser desestimada en su totalidad⁵⁴⁶.

Audiencia

582. En la Audiencia, las Demandantes reiteraron que las alegaciones de corrupción de la Demandada fueron propuestas por primera vez en este arbitraje, sin un ápice de evidencia⁵⁴⁷.
583. Las Demandantes explicaron que después de la adquisición por parte de Glencore de las Sociedades Relacionadas de Prodeco, estas sociedades presentaron a Ingeominas un acuerdo para el uso integrado de infraestructura minera para llevar a cabo operaciones conjuntas en la mina La Jagua. Ingeominas autorizó dicha operación minera integrada en abril de 2017. Fue en este contexto que el Sr. Maldonado y el Sr. García solicitaron una concesión sobre el área de 3 hectáreas situada en medio del proyecto La Jagua, posiblemente explotando información privilegiada. A pesar de las impugnaciones administrativas de CDJ, Ingeominas

⁵⁴³ C II, párrs. 171-173; C III, párr. 43.

⁵⁴⁴ C II, párrs. 169-171; C III, párr. 43.

⁵⁴⁵ C III, párr. 44.

⁵⁴⁶ C III, párr. 47.

⁵⁴⁷ TA, Día 1, pág. 192, l. 12 – pág. 193, l. 4.

revirtió su decisión inicial y resolvió otorgarle la concesión de 3 hectáreas a los Sres. Maldonado y García⁵⁴⁸.

584. Las Demandantes sostienen que, posteriormente, Prodeco se quejó ante las más altas autoridades estatales colombianas; a pesar de ello, ninguna autoridad tomó medida alguna contra lo que parecía ser una conducta altamente inapropiada⁵⁴⁹. Incluso después de que Prodeco adquiriera el Contrato 3ha de los Sres. Maldonado y García, la compañía continuó quejándose ante las más altas autoridades. No obstante, ninguna autoridad con facultades de investigación hizo nada⁵⁵⁰.
585. Según las Demandantes, la alegación de corrupción de la Demandada solo se sostiene con una narrativa selectiva y deliberadamente engañosa de los hechos⁵⁵¹. Las Demandantes se refieren a la decisión en *Methanex*, en la que el tribunal resolvió que, para conectar los puntos y hacer inferencias de forma adecuada, cada uno de los puntos relevantes debe ser considerado individualmente antes de intentar establecer un patrón⁵⁵². Las Demandantes sostienen que las supuestas “alertas” de la Demandada carecen completamente de mérito⁵⁵³:
- El monto pagado por las Demandantes por el Contrato 3ha no fue sumamente alto ni desproporcionado, dado que las Sociedades Relacionadas de Prodeco se arriesgaban a perder decenas de millones de dólares si no podían acceder al área de 3 hectáreas;
 - Las Demandantes no ocultaron ningún documento relacionado con el Contrato 3ha; de hecho, las Demandantes incorporaron extensa correspondencia al expediente; por el contrario, la Demandada omitió decirle a este Tribunal que las Sociedades Relacionadas de Prodeco habían presentado múltiples quejas relativas al Contrato 3ha ante las más altas autoridades del Estado;
 - Las Demandantes no le ocultaron a las autoridades colombianas el precio pagado por el Contrato 3ha; no había obligación alguna de dar a conocer el precio pagado por la concesión de 3 hectáreas a Ingeominas y, en cualquier caso, CDJ lo hizo como parte de la información divulgada regularmente sobre proveedores locales de bienes y servicios; asimismo, las Demandantes practicaron las retenciones impositivas correspondientes y el precio fue reflejado en los estados financieros auditados de CDJ; por último, el Contrato de Cesión identifica claramente el precio pagado por la concesión de 3 hectáreas;
 - La Demandada no ha establecido conexión alguna entre el Sr. Maldonado y el Sr. Ballesteros; el Sr. Maldonado trabajó en Ecocarbón y Minercol en

⁵⁴⁸ TA, Día 1, págs. 193-198.

⁵⁴⁹ TA, Día 1, pág. 200, ll. 12-16.

⁵⁵⁰ TA, Día 1, págs. 201-207.

⁵⁵¹ TA, Día 1, pág. 207, ll. 7-9.

⁵⁵² TA, Día 1, pág. 207, ll. 10-14.

⁵⁵³ TA, Día 1, págs. 208-218.

Valledupar entre 1998 y 2002; el Sr. Ballesteros empezó a ocupar su cargo en Ingeominas en Bogotá en 2007.

- No hubo desviaciones de los procedimientos gubernamentales internos.

B. Las Demandantes no actuaron de mala fe

586. Las Demandantes argumentan que no tergiversaron ni ocultaron información alguna a Ingeominas. Incluso si la caracterización errónea que hace Colombia de la conducta de las Demandantes fuera correcta, no existiría fundamento alguno para una excepción jurisdiccional⁵⁵⁴.
587. Las Demandantes sostienen que el estándar para probar la mala fe es muy exigente; únicamente las violaciones significativas e intencionales de las leyes aplicables por parte de los inversionistas pueden servir de fundamento para impugnar la jurisdicción. Colombia no ha probado ninguna violación o conducta que sea lo bastante grave como para dar lugar a una excepción jurisdiccional⁵⁵⁵.
588. Las Demandantes expresan que Colombia no controvierte que, durante los más de 20 meses de negociaciones del Otrosí No. 8, Prodeco⁵⁵⁶:
- Respondió diligentemente a todas las solicitudes de información de Ingeominas;
 - Invitó a Ingeominas en reiteradas oportunidades a solicitar toda aquella información adicional que le facilitara su revisión de las propuestas de Prodeco;
 - Solicitó preguntas a Ingeominas;
 - Facilitó revisiones exhaustivas y presenciales de las propuestas junto con el equipo de negociación de Ingeominas.
589. Las Demandantes también niegan las acusaciones de Colombia de que ellas presentaron información sesgada a Ingeominas, u omitieron presentarle a Ingeominas cualquier información significativa de mala fe⁵⁵⁷. Las Demandantes argumentan que Colombia y sus peritos intentan hurgar en busca de supuestos errores en las estimaciones y análisis que Prodeco compartió con Ingeominas en el momento relevante. Sin embargo, su argumento se basa en información que Ingeominas jamás solicitó. Tal como sostuvo el tribunal en *Mamidoil Jetoil*, los Estados no pueden abusar del proceso escrutando la inversión *post factum*, con la intención de encontrar ilegalidades menores o triviales como pretexto para liberarse de una obligación⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ C III, párr. 49.

⁵⁵⁵ C II, párrs. 172-173; C III, párrs. 50 y 58, que hacen referencia a *Investmart*, párr. 430 y a *Bayindir*, párr. 143.

⁵⁵⁶ C II, párr. 163(d); C III, párr. 51.

⁵⁵⁷ C III, párrs. 63-81.

⁵⁵⁸ C III, párrs. 54-55, que hacen referencia a *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum*, párr. 483.

590. Según las Demandantes, Colombia está argumentando, por primera vez en este arbitraje, que las Demandantes actuaron de manera desleal, dado que nunca esbozó queja alguna sobre la información provista por Prodeco durante el tiempo de las negociaciones o en el contexto del Proceso de Nulidad Contractual. De manera similar, ninguna acusación de ese estilo fue hecha por la Contraloría en el contexto del Proceso de Responsabilidad Fiscal⁵⁵⁹.
591. Prodeco siempre fue transparente sobre sus supuestos y sobre el intercambio subyacente al Otrosí No. 8: habría una reducción en las regalías percibidas por Colombia como porcentaje del valor total de producción; sin embargo, esta reducción sería compensada por mayores regalías asociadas con una mayor producción después de la expansión, y Colombia recibiría mayores ingresos en general⁵⁶⁰. Las Demandantes alegan que siempre discutieron estos supuestos con Ingeominas, que era la agencia estatal competente para verificar la información entregada por Prodeco⁵⁶¹.
592. En suma, las Demandantes sostienen que el Tribunal debe desestimar la Excepción de Ilegalidad de la Demandada.

(3) CORRUPCIÓN

593. El primer argumento de la Demandada es que, con el objeto de asegurar el Otrosí No. 8, las Demandantes corrompieron al Sr. Ballesteros, Director General de Ingeominas. El pago corrupto fue supuestamente disfrazado de precio de compra por la adquisición del Contrato 3ha. Colombia sostiene que el Sr. Maldonado, cotitular del Contrato 3ha, era, en realidad, socio del Sr. Ballesteros y que ambos compartieron el precio de USD 1,75 M pagado por Prodeco.
594. Las Demandantes niegan cualquier acto indebido. Reconocen la compra del Contrato 3ha en mayo de 2009, después de haber informado de la situación a diversas autoridades colombianas y de no recibir ningún apoyo o solución. Niegan también que el Sr. Ballesteros fuera el destinatario final de los fondos.
595. El Tribunal primero establecerá los hechos probados (3.1), luego explicará ciertas cuestiones que surgieron respecto del aporte de las pruebas sobre corrupción (3.2), y, por último, procederá a desestimar la excepción de la Demandada (3.3).

(3.1) HECHOS PROBADOS

A. El Contrato 3ha

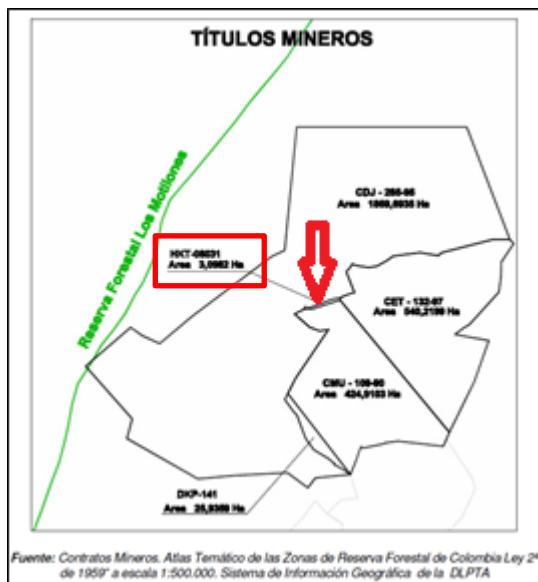
596. El 29 de noviembre de 2006, el Sr. Jorge Maldonado – empleado del Ministerio de Minas y de Carbocol, antecesora de Ingeominas en calidad de agencia minera de la República – y su socio, el Sr. César García, presentaron una solicitud a

⁵⁵⁹ C III, párrs. 52-53.

⁵⁶⁰ C II, párr. 163(d); C III, párr. 62.

⁵⁶¹ C II, párrs. 163(d) y 164; C III, párrs. 62 y 65-67.

Ingeominas para obtener un contrato de concesión para la exploración y producción de carbón en un terreno de 3 hectáreas ubicado en medio de la mina de carbón La Jagua, que ya estaba siendo explotada por Prodeco a través de sus Sociedades Relacionadas⁵⁶². La flecha en el siguiente mapa señala la pequeña franja de 3 hectáreas, rodeada por las concesiones mineras de Prodeco:



597. Las Sociedades Relacionadas de Prodeco habían obtenido sus derechos mineros sobre el proyecto La Jagua de las agencias mineras que habían precedido a Ingeominas, mucho antes de la participación de Glencore⁵⁶³. Parece ser que el corredor de 3 hectáreas fue el resultado de errores administrativos en el mapeo de las concesiones otorgadas en las décadas de 1990 y 2000⁵⁶⁴. Aunque sigue siendo incierto si esos errores fueron accidentales o intencionales, cabe destacar que el Sr. Maldonado trabajó en Carbocol y en las agencias mineras que la sucedieron desde 1988 hasta 2002⁵⁶⁵ y, por ende, estaba en posición de obtener información privilegiada sobre el corredor de tres hectáreas.

Rechazo inicial de Ingeominas

598. Cuatro meses después de la solicitud del Sr. Maldonado, el 2 de marzo de 2007, Ingeominas publicó un informe técnico en el que se determinaba que el Contrato 3ha se superpondría parcialmente con otras concesiones en la zona y que era demasiado pequeño para una explotación minera independiente⁵⁶⁶. Una semana

⁵⁶² Doc. R-90, pág. 6. Véanse también R I, párr. 69 y C II, párr. 38(b).

⁵⁶³ Doc. C-234, pág. 2.

⁵⁶⁴ Doc. C-202, págs. 1-2. Véase también Nagle II, párr. 16.

⁵⁶⁵ Doc. R-92. Véase también Paredes I, párr. 17.

⁵⁶⁶ Doc. C-199, págs. 1-2. Véanse también R I, párr. 72 y C II, párr. 38(c).

después, el 17 de marzo de 2007, Ingeominas rechazó formalmente la solicitud del Sr. Maldonado respecto del Contrato 3ha⁵⁶⁷.

599. Existe discrepancia sobre si el Sr. Maldonado presentó un recurso de reposición en contra de esta decisión a tiempo. Ante la aparente ausencia de un recurso de reposición, el 3 de mayo de 2007, Ingeominas expidió una resolución declarando que su decisión de rechazar la solicitud del Contrato 3ha quedaba ejecutable y en firme⁵⁶⁸.
600. El 11 de mayo de 2007, el Sr. Maldonado impugnó esta resolución alegando que él había interpuesto un recurso de reposición en las oficinas de Ingeominas en la ciudad de Valledupar el 2 de mayo de 2007. Se adjuntaba a esa comunicación un recurso de reposición apenas legible de fecha 2 de mayo de 2007⁵⁶⁹. El recurso parecía adolecer de ciertas irregularidades y no contenía un sello notarial, como se requiere por ley⁵⁷⁰. Según el Sr. Maldonado, luego de este incidente, y hasta abril de 2008, él no volvió a recibir información adicional por parte de Ingeominas, excepto que el caso continuaba bajo análisis⁵⁷¹.

Acuerdo de Uso Integrado

601. A principios de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron ante Ingeominas una propuesta de Acuerdo de Uso Integrado que les permitiría realizar operaciones conjuntas en las áreas mineras del proyecto La Jagua⁵⁷², acuerdo que Ingeominas aprobó posteriormente⁵⁷³. Por consiguiente, el 10 de marzo de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron a Ingeominas una oposición formal al Contrato 3ha, en la que solicitaban a Ingeominas⁵⁷⁴:
 - Que corrigiera los errores en las coordenadas de los títulos otorgados a las Sociedades Relacionadas de Prodeco, los cuales habían dado origen al corredor de tres hectáreas; o
 - En subsidio, que rechazara la solicitud respecto del Contrato 3ha, ya que la explotación de un área tan angosta sería técnicamente inviable.

⁵⁶⁷ Doc. C-200. Véanse también R I, párr. 72 y C II, párr. 38(c).

⁵⁶⁸ Doc. C-233.

⁵⁶⁹ Doc. C-201.

⁵⁷⁰ Doc. C-201; Doc. C-207, pág. 2. En virtud del Art. 52 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984), un “recurso” debe ser presentado en persona. Según las Sociedades Relacionadas de Prodeco, debería haber una especie de constancia si el Sr. Maldonado hubiese efectivamente radicado el recurso en persona (Doc. C-209, pág. 9).

⁵⁷¹ Doc. C-204, págs. 2-3.

⁵⁷² Doc. C-234.

⁵⁷³ Doc. C-202, pág. 2, párr. 11.

⁵⁷⁴ Doc. C-202, págs. 3-4.

Ingeominas se retracta y adjudica el Contrato 3ha

602. Motivada por el recurso de reposición del Sr. Maldonado y por la oposición de las Sociedades Relacionadas de Prodeco al Contrato 3ha, Ingeominas retomó la evaluación de viabilidad del Contrato 3ha. En junio de 2008, Ingeominas se retractó de su decisión original: resolvió que el área del Contrato 3ha no se superponía con otras concesiones mineras y revocó su rechazo de la solicitud del Sr. Maldonado⁵⁷⁵.
603. En julio de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron un recurso de reposición⁵⁷⁶, que fue rechazado por Ingeominas el 19 de agosto de 2008⁵⁷⁷.

B. Prodeco presenta quejas ante las autoridades

604. Prodeco ahora se enfrentaba a la situación de que Ingeominas estaba a punto de otorgar el Contrato 3ha al Sr. Maldonado y a su socio – concesión que amenazaba con perturbar el desarrollo de la mina La Jagua⁵⁷⁸. Frente a esta situación, Prodeco decidió quejarse por escrito ante diversas autoridades colombianas.
605. Primero, el 26 de agosto de 2008, la Sra. Zuleta, actuando en representación de las Sociedades Relacionadas de Prodeco, presentó una queja formal respecto de las irregularidades alrededor del Contrato 3ha ante el Procurador General de la Nación⁵⁷⁹. La Sra. Zuleta remitió esta queja al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia, al Sr. Ballesteros y a la Contraloría⁵⁸⁰. En particular, las Sociedades Relacionadas de Prodeco explicaron que⁵⁸¹:

“Si INGEOMINAS persiste en otorgar a los señores Maldonado Mestre y García Vargas la concesión del área solicitada como HKT-08031, incurre en un grave y serio detrimiento patrimonial contra la Nación y las entidades territoriales beneficiarias de las regalías derivadas de la explotación de los recursos existentes en dicha área. [...]

El área objeto de la solicitud de concesión en controversia contiene reservas estimadas de 1'114.761 toneladas de carbón, que sólo [sic] se podrán explotar dentro de una integración con los depósitos 285-95, 109-90, 132-97 y DKP-141, por lo cual, debido a que la explotación aislada que pretenden hacer los señores Maldonado Mestre y García Vargas no será factible, se perderán no solo dichas reservas, sino las 10'186.766 toneladas de carbón que en el evento de pretenderse tal explotación habría que dejar de explotar dentro de la integración aprobada a CDJ, CET y CMU, por cuanto que están contenidas en las áreas contiguas que constituirían los taludes de seguridad que tendrían que dejarse entre las fronteras de los títulos mineros circundantes al área solicitada.

⁵⁷⁵ Doc. C-205. Véanse también R I, párr. 73 y C II, párr. 38(j).

⁵⁷⁶ Doc. C-207.

⁵⁷⁷ Doc. C-208.

⁵⁷⁸ Doc. C-300, pág. 4. Véanse también Doc. H-1, pág. 184; Doc. C-207, pág. 9; Nagle III, párrs. 7-9; TA, Día 1, pág. 196, l. 1716 – pág. 197, l. 20 y pág. 201, l. 22 – pág. 202, l. 12.

⁵⁷⁹ Doc. C-209.

⁵⁸⁰ Doc. C-210.

⁵⁸¹ Doc. C-209, pág. 8.

Por tal razón, la Nación y las entidades territoriales correspondientes dejarán de percibir una suma estimada en \$106.314.873.123 [...]” [Énfasis agregado].

606. Segundo, el 22 de septiembre de 2008, la Sra. Zuleta volvió a dirigirse al Procurador General, expresando que el rechazo por parte de Ingeominas del recurso de reposición presentado por las Sociedades Relacionadas de Prodeco constituía una violación al debido proceso y a las normas mineras aplicables. La Sra. Zuleta hizo hincapié en que el Procurador General debía investigar el hecho de que el Contrato 3ha se había adjudicado a un empleado de la entidad, ya que se habían producido claras irregularidades y un uso indebido de información privilegiada⁵⁸². Esta carta fue, una vez más, remitida al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia y a la Contraloría⁵⁸³.
 607. Tercero, el 6 de octubre de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco enviaron una queja al Sr. Ballesteros y al Sr. Edward Franco (con copia al Procurador General, al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia y a la Contraloría), solicitándole a Ingeominas que revisara el Contrato 3ha y que se abstuviera de otorgar, o, al menos, de inscribir el Contrato 3ha⁵⁸⁴.
 608. Cuarto, el 10 de octubre de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco solicitaron al Jefe del Registro Minero Nacional (con copia al Procurador General, al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de la Presidencia y a la Contraloría) que se abstuviera de inscribir el Contrato 3ha, alegando que él tenía el deber de velar por los intereses nacionales⁵⁸⁵.
 609. ¿Estas quejas reiteradas produjeron algún efecto?
 610. La Demandada no presentó evidencia de reacción alguna por parte de ninguna de las autoridades colombianas ante quienes Prodeco se quejó. Tampoco hay registro escrito de medidas tomadas por dichas autoridades para rectificar la situación⁵⁸⁶.
- Suscripción del Contrato 3ha
611. A pesar de las apelaciones y quejas de Prodeco, el 16 de octubre de 2008, Ingeominas (representada por el Sr. Franco Gamboa) y el Sr. Maldonado y su socio finalmente suscribieron el Contrato 3ha y, por ende, se convirtieron en los titulares de la concesión minera de tres hectáreas⁵⁸⁷.
 612. La reacción de Prodeco no tardó mucho en materializarse: el 21 de noviembre de 2008, la Sra. Zuleta solicitó al Coordinador del Grupo de Control Interno

⁵⁸² Doc. C-211.

⁵⁸³ Doc. C-211, “C.c. Doctor Julio César Turbay Quintero – Contralor General de la República; Doctor Hernán Martínez – Ministro de Minas y Energía; Doctora Cecilia Álvarez – Ministro de la Presidencia”.

⁵⁸⁴ Doc. C-212, págs. 1 y 5.

⁵⁸⁵ Doc. C-213.

⁵⁸⁶ Doc. C-300, pág. 4. La Contraloría y el Procurador General se limitaron a remitir las quejas a la Oficina de Control Interno Disciplinario de Ingeominas (C-210; C-222).

⁵⁸⁷ Doc. C-214.

Disciplinario de Ingeominas que iniciara una investigación disciplinaria en contra de los empleados involucrados en la adjudicación del Contrato 3ha (con copia al Procurador General, al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de Presidencia, al Director del Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción y a la Contraloría)⁵⁸⁸. Y, en febrero de 2009, los abogados externos de Prodeco presentaron una acción popular contra Ingeominas y los Sres. Maldonado y García, fundada en las irregularidades en torno al Contrato 3ha⁵⁸⁹.

Ausencia de inferencias negativas

613. La Demandada alega que la no entrega de documentación por parte de las Demandantes en respuesta a la solicitud de Colombia de exhibición de los documentos intercambiados o revisados por la gerencia respecto de la impugnación del Contrato 3ha debe llevar al Tribunal a inferir:

- que Prodeco sabía que la impugnación terminaría en el despacho del Sr. Ballesteros, y
- que Prodeco “[q]uería tratar las consecuencias de la decisión de Ingeominas de otorgar el Contrato 3ha directamente con el [Sr.] Ballesteros”⁵⁹⁰.

614. El argumento es un *non sequitur*. Asimismo, hay evidencia contundente que demuestra las reiteradas quejas de Prodeco ante las más altas autoridades administrativas de la República.

C. CDJ adquiere el Contrato 3ha

615. Entre tanto, en diciembre de 2008, los Sres. Maldonado y García se habían dirigido a Prodeco a través de un intermediario y le habían ofrecido venderle el Contrato 3ha por USD 11 M⁵⁹¹. Los Sres. Maldonado y García sabían que el área de tres hectáreas era fundamental para el proyecto integrado de La Jagua. Prodeco, por otro lado, en un primer momento aparentó no estar interesada en adquirir el área⁵⁹².

616. Pero cuando las operaciones mineras en La Jagua comenzaban a rodear la concesión de 3 hectáreas, a Prodeco no le quedaron muchas opciones: o minar alrededor del

⁵⁸⁸ Doc. C-239. Véase también Doc. C-222, pág. 14.

⁵⁸⁹ Doc. C-215.

⁵⁹⁰ R II, párr. 990.

⁵⁹¹ Doc. R-280, págs. 1 y 2: “Me dijo que los US \$10 por tonelada era el punto de partida, pero que el precio podría negociarse” y “Gary, son, aproximadamente, 1’114.000 toneladas de carbón en total”. El resultado de la multiplicación de 1,14 MT por USD 10/tonelada ascendería aproximadamente a USD 11 millones (Véase Nagle III, párr. 6).

⁵⁹² Doc. R-280. Véanse también Nagle II, párr. 22; Nagle III, párr. 8: “Creí que la mejor forma de abordarlo era, en una primera instancia, retrasar las cuestiones y ‘mostrar indiferencia’ respecto de la concesión de 3 hectáreas. En este contexto, dije que deberíamos decirles a los concesionarios que ‘como no estábamos interesados en comprarlas, incluso USD 100’000 era mucho’”.

área, lo que implicaba perder hasta 11 millones de toneladas de carbón, o adquirirla de los Sres. Maldonado y García⁵⁹³.

Quejas adicionales

617. A finales de marzo de 2009⁵⁹⁴, Prodeco elevó una última queja al Ministro de Presidencia sobre las irregularidades alrededor del Contrato 3ha. Prodeco advirtió que la falta de una solución para la situación del Contrato 3ha dejaría a Prodeco sin otra opción más que involucrarse en negociaciones directas con los Sres. Maldonado y García⁵⁹⁵:

“A pesar de lo anterior a la fecha, seis meses después de otorgado el contrato de concesión HKT-08031 la administración no ha iniciado investigación sobre los hechos mencionados y los titulares del contrato de concesión HKT-08031 no han iniciado actividad exploratoria alguna, a pesar de que la Operación Conjunta ha permitido el acceso al área siempre que ha sido solicitado.

La Operación Conjunta se vio obligada a modificar su plan minero, lo cual significa menos toneladas de carbón explotadas, menos regalías y menos generación de empleo.

La demora en la solución de esta situación, de otra parte, obligará a la Operación Conjunta a aceptar una comunicación directa con los titulares del contrato de concesión HKT-08031, lo cual es totalmente contrario a sus intereses y a su política, pero la Operación Conjunta no puede seguir viendo cómo se afecta su operación minera sin que se adelante actuación alguna para corregir la situación creada por INGEOMINAS” [Énfasis agregado].

618. Una vez más, ante el silencio de las autoridades colombianas, Prodeco eventualmente se decidió por la alternativa de adquirir el Contrato 3ha de los Sres. Maldonado y García.

La compra

619. La transacción se llevó a cabo el 4 de mayo de 2009⁵⁹⁶: la Sra. Elsa Aragón Barrera, actuando en nombre y representación del Sr. Maldonado y del Sr. García, suscribió el Contrato de Cesión, en virtud del cual CDJ, una de las Sociedades Relacionadas de Prodeco, adquirió el Contrato 3ha a cambio del pago de una contraprestación de USD 1,75 M⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Doc. C-300, pág. 4. Véanse también Doc. H-1, pág. 184; Doc. C-207, pág. 9; Nagle III, párrs. 7-9; TA, Día 1, pág. 196, l. 17 – p. 197, l. 20 y pág. 201, l. 22 – pág. 202, l. 12.

⁵⁹⁴ La carta, erróneamente, reza 31 de marzo de 2008. No existen dudas acerca de que la carta es de 2009, ya que describe hechos posteriores al 31 de marzo de 2008 (Doc. C-300).

⁵⁹⁵ Doc. C-300, pág. 4, párr. 9.

⁵⁹⁶ El Contrato de Cesión está fechado, erróneamente, 4 de mayo de 2008 (Doc. C-301). No existen dudas acerca de que la fecha real es mayo de 2009, como también prueba el borrador presentado a Ingeominas para su aprobación (Doc. R-94; Doc. R-95).

⁵⁹⁷ Doc. C-301. Véanse también Nagle II, párr. 22; Paredes I, párr. 17.

620. Prodeco presentó el Contrato de Cesión a Ingeominas para su aprobación. En esa versión del Contrato, el precio pagado estaba suprimido⁵⁹⁸.
621. Ingeominas aprobó el Contrato de Cesión el 8 de mayo de 2009 y la transacción fue inscrita el 27 de mayo de 2009⁵⁹⁹.

Pago del precio de compra

622. El Contrato de Cesión estipulaba que CDJ debía realizar los pagos correspondientes en pesos colombianos, en dos cuentas designadas que se abrieron en dos bancos colombianos (Banco Davivienda y Banco Occidente)⁶⁰⁰. Hay prueba de que CDJ, sociedad colombiana relacionada con Prodeco, efectuó los pagos mediante una transferencia de fondos a las cuentas de los vendedores en Colombia e identificadas en el Contrato de Cesión⁶⁰¹.
623. También hay prueba en el expediente de que, luego de realizar el pago, CDJ realizó la retención tributaria correspondiente, de conformidad con la legislación fiscal colombiana⁶⁰².
624. La transacción también se plasmó en los estados financieros auditados de CDJ de febrero de 2010⁶⁰³, y, el 1 de febrero de 2010, CDJ informó a Ingeominas que había adquirido el Contrato 3ha de los Sres. Maldonado y García, esta vez, dando a conocer la contraprestación de USD 1,75 M pagada a ambos⁶⁰⁴.

Quejas adicionales

625. También hay prueba de que, incluso después de la suscripción del Contrato de Cesión, Prodeco continuó presentando quejas sobre el carácter irregular del otorgamiento de la concesión de 3 hectáreas a los Sres. Maldonado y García.
626. El Sr. Oscar Paredes, testigo de la Demandada en este arbitraje, quien reemplazó al Sr. Ballesteros como Director General de Ingeominas, recuerda que la Dra. Zuleta planteó la cuestión personalmente con él⁶⁰⁵:

“Cuando fui nombrado Director General de Ingeominas en febrero de 2011 esta entidad se encontraba en una profunda crisis institucional y reputacional caracterizada por diversos cuestionamientos por la adjudicación de títulos mineros en zonas ambientales excluidas de la actividad minera, la falta de acciones para frenar la especulación con los derechos mineros, y varias quejas y denuncias por presuntos actos de corrupción y falta de transparencia. [...] Recuerdo, por ejemplo, una conversación con la Dra. María Margarita Zuleta,

⁵⁹⁸ Doc. R-95.

⁵⁹⁹ Doc. R-97. Véanse también R I, párr. 80 y; C II, párr. 38(p).

⁶⁰⁰ Doc. C-301, págs. 1-2.

⁶⁰¹ Doc. C-303; Doc. C-307; Doc. C-308.

⁶⁰² Doc. C-315, pág. 2; Doc. C-316, pág. 2.

⁶⁰³ Doc. C-313, págs. 5-6.

⁶⁰⁴ Doc. C-312, pág. 2. El monto expresado en USD apenas supera los USD 875.000 correspondientes a cada socio debido a fluctuaciones cambiarias.

⁶⁰⁵ Paredes I, párr. 17.

representante legal de Prodeco, en la que me comentó que su empresa había tenido que adquirir, a un precio exorbitante un contrato minero de tres hectáreas que se encontraba en el medio de otros contratos mineros que eran operados conjuntamente por Carbones de la Jagua”.

D. Declaración pública del nuevo Ministro

627. En agosto de 2010, el Presidente Santos asumió su mandato y el Sr. Carlos Rodado fue nombrado Ministro de Minas y Energía. En una conferencia de prensa que tuvo lugar en mayo de 2011, el Sr. Rodado reconoció que se habían presentado irregularidades en el otorgamiento de licencias mineras. Algunas personas muy bien conectadas habían podido inscribir licencias mineras en pequeñas áreas estratégicas para “chantajear económicamente” a los titulares de explotaciones mineras adyacentes⁶⁰⁶:

“Que les permiten negociar con los dos titulares vecinos. Los titulares vecinos pueden ser uno mismo. Tienen un área aquí, y tiene otra área, pero aquí se mete un corredor. Y este señor del corredor adquiere digamos un poder de negociación y vende estos títulos a un precio alto, altísimo y los que quieren, las empresas ellas que quieren hacer una explotación que permita un aprovechamiento racional de los recursos tienen que comprarle al precio que este especulador quiere cobrar.

Y aquí quiero hacer una declaración. La gran mayoría de las empresas mineras que trabajan en Colombia son unas empresas serias [...] y ellos son los primeros interesados en que haya transparencia y que haya un manejo eficiente, y están cooperando y colaborando en que las investigaciones que se hagan den resultados. Porque este tipo de maniobras son las que impiden realmente que podamos hacer un desarrollo, primero sostenible, segundo de aprovechamiento racional de los yacimientos, y tercero, un aprovechamiento verdaderamente transparente, honesto, de la minería en Colombia. [...]

Entonces, el dueño de este título y el dueño de este, que es uno mismo, pues tiene que entrar en negociación y comprar el derecho de este título a un precio altísimo. Y si es de un ex funcionario de una de las entidades que han manejado la minería en Colombia, esto se vuelve también un caso de verdadera duda que merece ser investigado por los organismos competentes. Nosotros obviamente tenemos nombres de quienes son los titulares de todo esto, pero nosotros obviamente no somos organismo de investigación, no somos órgano de control, no somos poder judicial, pero pondremos todo esto en manos de las autoridades pertinentes” [Énfasis agregado].

628. Vale la pena resaltar que, durante esta conferencia de prensa, el Ministro de Minas y Energía, el Sr. Rodado, usó una presentación en PowerPoint en donde la concesión de tres hectáreas de Prodeco era claramente visible⁶⁰⁷ y que, en su declaración pública, no hubo una acusación de que Prodeco había sobornado a algún funcionario público o había incurrido en algún otro tipo de conducta impropia. Por

⁶⁰⁶ Doc. R-237, video de la conferencia de prensa, mins. 00:00 – 02:49.

⁶⁰⁷ Doc. R-237, min. 01:45. En el video se ve un acercamiento a la presentación de PowerPoint del Sr. Rodado donde es posible leer “Carbones de la Jagua S.A.”.

el contrario, él declaró explícitamente que la mayoría de las empresas mineras que operan en Colombia eran empresas serias. En ese momento, las críticas apuntaban a los empleados de Ingeominas que habían otorgado los contratos mineros irregulares.

629. Aunque el Ministro Rodado anunció que “pondremos todo esto en manos de las autoridades pertinentes”, no obra información alguna en el expediente que muestre que alguna autoridad colombiana haya iniciado una investigación formal de los hechos en torno al Contrato 3ha (o cualquiera de las demás situaciones irregulares análogas).

E. No se hace referencia alguna a corrupción ni al Contrato 3ha

630. El Ministro Rodado nunca acusó a Prodeco ni a Glencore de comportamiento indebido – por el contrario, él retrató a las empresas mineras, en general, como víctimas de chantaje económico, permitido por el comportamiento inescrupuloso de determinados funcionarios públicos e informantes.
631. Tampoco hay acusación alguna de corrupción en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. En este expediente administrativo extenso y que ha sido objeto de una investigación minuciosa, la Contraloría nunca alegó que Prodeco hubiera sobornado al Sr. Ballesteros; de hecho, no se hace referencia alguna al Contrato 3ha.
632. Tanto en el Fallo de la Contraloría como en el Fallo de Apelación se determinó que Prodeco había actuado con dolo, en esencia porque, al negociar el Otrosí No. 8, se consideró que Prodeco se había aprovechado de la fragilidad de Ingeominas y había promovido sus propios intereses en detrimento de los de Colombia. Pero en el transcurso del Proceso de Responsabilidad Fiscal, no hay indicio alguno de que Prodeco o su matriz Glencore hayan participado en la corrupción de funcionarios públicos⁶⁰⁸.
633. Lo mismo sucede con el Proceso de Nulidad Contractual iniciado por las nuevas agencias mineras que sucedieron a Ingeominas: en sus presentaciones al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la SGC y la ANM nunca elevaron ninguna acusación de que Prodeco, o su matriz Glencore, hubieran participado en la corrupción de funcionarios públicos.

F. La Denuncia Penal de 2017

634. El argumento de que Prodeco había sobornado al Sr. Ballesteros fue planteado formalmente por Colombia, por primera vez, el domingo 10 de septiembre de 2017, cuando el Director de la ANDJE – la agencia que le brinda asistencia jurídica al Estado Colombiano – presentó ante el Procurador General una Denuncia Penal contra funcionarios (no identificados) de Prodeco y Glencore y contra servidores públicos en Ingeominas⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ Según lo estableció Prodeco en el Proceso de Nulidad; véase Doc. R-2, págs. 41-42.

⁶⁰⁹ Doc. C-278.

635. *Pro memoria*: las Demandantes habían iniciado este arbitraje de inversión un año y medio antes, en marzo de 2016. El Memorial de Contestación de Colombia, de fecha 16 de noviembre de 2017 (es decir, un mes después de la Denuncia Penal), dedicó apenas algunos párrafos a esta acusación⁶¹⁰, que fue desarrollada en su totalidad, por primera vez, en la Réplica sobre Excepciones Preliminares y Dúplica sobre el Fondo de la Demandada, de abril de 2018⁶¹¹.
636. Dado que la copia de la Denuncia Penal presentada en este procedimiento arbitral tiene numerosas supresiones, el Tribunal aún desconoce muchas de sus partes significativas. En la parte sin supresiones, la ANDJE brinda los antecedentes fácticos del Contrato 3ha (véase sección **III(3) supra**), ofrece un resumen de los hechos en torno a la negociación y suscripción del Otrosí No. 8, y presenta una lista de artículos del Código Penal colombiano que podrían haberse violado.
637. La Denuncia Penal no acusa a ninguna persona individual de haber cometido formas específicas de conducta ilegal, sino que simplemente le solicita a la Fiscalía que investigue y determine⁶¹²:

“[...] responsables por la presunta comisión de los delitos de cohecho, celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, interés indebido en la celebración de contratos, concierto para delinquir, tráfico de influencias y tráfico de influencia de particular, por los hechos que se describen a continuación, relacionados con el desarrollo de actividades de agentes de la empresa CI Prodeco S.A. [...] subsidiaria de la multinacional suiza Glencore International AG [...], perpetrados durante los años 2009 y 2010”.

638. No hay prueba en el expediente de que, al recibir la Denuncia Penal, la Fiscalía haya llevado a cabo una investigación, ni acusado formalmente a persona alguna por causa de dicha Denuncia Penal.

(3.2) EL INCIDENTE PROCESAL

639. Las alegaciones de corrupción también provocaron un incidente procesal relevante.
640. El 17 de julio de 2017, la Demandada presentó su Memorial de Contestación junto con algunos anexos.
641. Diez días después, las Demandantes enviaron una carta al Tribunal de Arbitraje en la que observaban que 41 de estos anexos eran cadenas de correos electrónicos privados, intercambiados entre la gerencia de las Demandantes y sus abogados internos y externos [previamente definidos como los “**Documentos en Disputa**”]. Las Demandantes solicitaron al Tribunal que excluyera dichos documentos de la prueba⁶¹³.

⁶¹⁰ R I, párrs. 82-84 y 283.

⁶¹¹ R II, párrs. 390-423.

⁶¹² Doc. C-278, pág. 1.

⁶¹³ Carta de las Demandantes de fecha 26 de julio de 2017, págs. 7-8.

642. El 3 de agosto de 2017, la Demandada respondió a las alegaciones de las Demandantes, explicando que los Documentos en Disputa habían sido obtenidos legalmente por la Superintendencia de Industria y Comercio [la “SIC”] en el contexto de una averiguación preliminar sobre prácticas abusivas por parte de Prodeco y sus sociedades relacionadas en Puerto Nuevo. La Demandada solicitó que el Tribunal declarara la admisibilidad de los Documentos en Disputa como prueba⁶¹⁴.
643. Ambas Partes reiteraron sus solicitudes en las cartas de réplica y dúplica presentadas el 22 de agosto de 2017⁶¹⁵ y el 11 de septiembre de 2017⁶¹⁶, respectivamente.
644. El Tribunal no tuvo conocimiento directo ni completo del contenido preciso de los Documentos en Disputa⁶¹⁷, salvo aquello que pudiera leer en el Memorial de Contestación de la Demandada y en la Denuncia Penal – que transcribían pasajes de algunos de los Documentos en Disputa. Los Documentos en Disputa aparentemente consistían en cadenas de correos electrónicos privados enviados o recibidos por tres de los gerentes de las Demandantes. Algunos de los correos electrónicos eran dirigidos a los abogados de las Demandantes (internos y posiblemente externos) o enviados por ellos.

Uso de los Documentos en Disputa en este arbitraje

645. Era terreno común entre las Partes que la SIC había obtenido los Documentos en Disputa legalmente, en el transcurso de una investigación de protección de la competencia en contra de Prodeco. Aun así, las Partes diferían respecto de si dichos Documentos podían ser usados legalmente en este procedimiento.
646. Las Demandantes argumentaron que la introducción de los Documentos en Disputa en este arbitraje violaba la Ley colombiana y socavaba la integridad de los procedimientos, al vulnerar conceptos básicos de debido proceso, justicia e igualdad entre las Partes, tal como son garantizados por el derecho internacional. La Demandada negó esta alegación.
647. En la RP No. 2, el Tribunal decidió a favor de las Demandantes. El Tribunal de Arbitraje concluyó que la introducción de los Documentos en Disputa en el expediente constituía una violación del principio de derecho internacional en virtud del cual las partes deben arbitrar con justicia, de buena fe y en igualdad de condiciones⁶¹⁸; y que, conforme a la Ley colombiana, su introducción parecía ser equiparable a una desviación de poder⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Carta de la Demandada de fecha 3 de agosto de 2017, pág. 17.

⁶¹⁵ Carta de las Demandantes de fecha 22 de agosto de 2017, sección IV.2.

⁶¹⁶ Carta de la Demandada de fecha 11 de septiembre de 2017, sección IV.

⁶¹⁷ En la comunicación enviada por la Secretaría a las Partes el 27 de julio de 2017, el Tribunal de Arbitraje anunció que no revisaría los Documentos en Disputa.

⁶¹⁸ RP No. 2, párrs. 66-70.

⁶¹⁹ RP No. 2, párrs. 71-74.

648. En consecuencia, los Documentos en Disputa fueron excluidos del expediente y se le ordenó a Colombia que volviera a presentar su Memorial de Contestación libre de referencias a los Documentos en Disputa y sin adjuntarlos⁶²⁰.
649. El Tribunal también aclaró que el procedimiento adecuado para obtener pruebas de la contraparte era a través del ejercicio de exhibición de documentos acordado⁶²¹, y les dio a las Partes la oportunidad de volver a enviar sus solicitudes de exhibición de documentos⁶²². El Tribunal luego emitió ciertas reglas y recomendaciones para el ejercicio de exhibición de documentos⁶²³.

Documento R-100

650. Entre los Documentos en Disputa se encontraba el documento R-100 [“**Doc. R-100**”], una cadena de correos electrónicos intercambiados en mayo de 2009 entre la gerencia de Prodeco y sus abogados internos (es decir, entre Natalia Anaya, Gary Nagle, Chris Phillips, Margarita Zuleta y Tomás López), los cuales discutían el proceso de caducidad y las negociaciones con Ingeominas.
651. *Pro memoria*: el 23 de enero de 2009, Ingeominas había notificado formalmente a Prodeco mediante un Requerimiento bajo apremio de caducidad. Ingeominas consideró que la interpretación unilateral de Prodeco del Contrato Minero representaba un incumplimiento contractual. Por medio del Requerimiento, Ingeominas amenazó a Prodeco con la terminación del Contrato, mediante la declaración de caducidad, si no se efectivizaba el pago del monto en disputa o no se ofrecía una justificación apropiada en el plazo de un mes⁶²⁴.
652. Prodeco contestó el Requerimiento el 13 de febrero de 2009, reiterando los motivos de su interpretación del término Precio Definitivo usado en el Contrato, e indicando que Ingeominas no había explicado los motivos por los cuales discrepana con dicha interpretación⁶²⁵.
653. En abril de 2009, Prodeco se dirigió a Ingeominas con relación a los pagos de regalías adeudados, y le propuso pagar todos los montos en disputa en una cuenta de garantía, hasta que se resolviera la controversia relativa a la correcta interpretación del término Precio Definitivo⁶²⁶. Ingeominas rechazó esta propuesta, insistiendo en que Prodeco debía pagar los montos en disputa directamente a Ingeominas, en efectivo, antes de que las negociaciones pudieran proseguir⁶²⁷.

⁶²⁰ RP No. 2, párr. 109.

⁶²¹ RP No. 2, párr. 70.

⁶²² RP No. 2, párr. 113. Véase también Sección **II.(2.1) supra**.

⁶²³ RP No. 2, sección III.2-5.

⁶²⁴ Doc. C-88 / C-243.

⁶²⁵ Doc. C-244.

⁶²⁶ Doc. C-90.

⁶²⁷ Doc. R-101, pág. 3. Véanse también Nagle I, párr. 56; Nagle II, párr. 25; TA, Día 3, pág. 685, ll. 15-19 y pág. 688, l. 17 – pág. 689, l. 6.

654. La cadena de correos electrónicos del Doc. R-100 cubre, precisamente, la semana antes de que Ingeominas rechazara la propuesta de Prodeco de que el pago se hiciera en una cuenta de garantía. La cadena de correos electrónicos comienza con un correo electrónico enviado por la Sra. Natalia Anaya, abogada interna de Prodeco, a los funcionarios de Prodeco y a otros abogados internos (Gary Nagle, Chris Phillips, Margarita Zuleta y Tomás López), en el que relataba su conversación con la Sra. Marcela Estrada, abogada de Ingeominas. En dicho correo electrónico, la Sra. Anaya dice que la Sra. Estrada confirmó su acuerdo con el Sr. Ballesteros de que Prodeco podría pagar la suma en disputa en una cuenta de garantía para poner fin al proceso de caducidad⁶²⁸:

“Marcela Estrada confirmó hoy que acordó con Ballesteros que aceptarán nuestra propuesta del fideicomiso y que con eso pondrán fin al proceso de caducidad. Ella dijo que Ballesteros no puso ningún problema a esto y que Adolfo le dio un gran apoyo para que todo fuera aceptado fácilmente por Ballesteros.

Ella redactará la carta hoy y espera expedirla el lunes (ya que mañana estará en Medellín). Le pregunté si deberíamos ir y hablar con Ballesteros sobre esto y ella dijo que no era necesario porque todo estaba claro para él. Sin embargo, yo le dije que haré un seguimiento el lunes y si, para ese entonces, había habido algún problema para enviarnos la carta, solicitaré la reunión con Ballesteros” [Énfasis agregado].

655. El Sr. Nagle, entonces Director Ejecutivo de Prodeco, respondió al correo electrónico de la Sra. Anaya con la siguiente oración:

“Por supuesto que él ahora nos respalda, hemos comprado las tres hectáreas”.

656. La cadena continúa con la Sra. Anaya reportando su seguimiento a la Sra. Estrada y al estado de la carta que, de hecho, le confirmaría a Prodeco que el proceso de caducidad terminaría si Prodeco pagaba los montos adeudados en la cuenta de garantía.

657. La cadena de correos electrónicos finaliza con un correo extenso de la Sra. Anaya, informando sobre diversas reuniones celebradas en Ingeominas el 15 de mayo de 2009. La Sra. Amaya explica que el director de Ingeominas, el Sr. Ballesteros, cambió de idea respecto de la cuenta de garantía y que la única forma de evitar la caducidad sería que Prodeco pagara la suma en disputa directamente a Ingeominas. La Sra. Amaya relata que la Sra. Estrada le dijo que ella creía que tenía que ver con la cuestión de las 3 hectáreas:

“Primero, yo me reuní con Marcela y ella me dijo directamente que estaba muy avergonzada porque me había asegurado que todo estaba bien, pero que Mario ayer cambió de opinión de repente y que (extraoficialmente) ella cree que tiene que ver con la cuestión de las 3 hectáreas porque él está muy molesto

⁶²⁸ Doc. R-100, pág. 5.

por que hayamos negociado la cesión ya que esto lo hizo quedar muy mal con Uribe.

[...]

Después de la reunión, Marcela me dijo que considera seriamente que es todavía más arriesgado para Ingeominas recibir un pago sin causa y luego estar expuesto a tener que compensar el dinero después de su entrega a las municipalidades, y que ella defenderá fervientemente estos argumentos en sus reuniones internas. Pero ella dijo que no es su decisión y reiteró que Mario está tan enojado con la cuestión de las 3 hectáreas que ella cree que no le resultará fácil aceptar el fideicomiso. [...]" [Énfasis agregado].

Introducción del Doc. R-100 durante la Audiencia

658. Durante la Audiencia, el abogado de la Demandada afirmó que existía un correo electrónico que mostraba que el Otrosí No. 8 había sido suscrito porque el Sr. Ballesteros estaba complacido con la compra del Contrato 3ha por parte de Prodeco⁶²⁹. Él agregó que el correo electrónico en cuestión, el Doc. R-54, era uno de los Documentos en Disputa que el Tribunal había excluido del expediente de conformidad con la RP No. 2.
659. El Tribunal solicitó que las Partes se pusieran de acuerdo⁶³⁰ en que el correo electrónico en cuestión, que parecía ser un documento sumamente relevante, se introdujera al expediente. Ambas Partes aceptaron la solicitud, y se acordó además incluir la cadena completa de correos electrónicos en la cual el correo electrónico se agregó como Doc. R-100⁶³¹.
660. Al día siguiente, a ambas Partes se les concedió la oportunidad de realizar presentaciones breves respecto del Doc. R-100 y su valor probatorio.
661. Las Demandantes afirmaron que el Doc. R-100 mostraba que “[n]o hay enlace, no hay vínculo entre el señor Maldonado, el señor Vargas y el señor Ballesteros”⁶³², mientras que la República llegó a la conclusión contraria⁶³³. El Tribunal analizará el Doc. R-100 de manera exhaustiva en la Sección **V.1.(3.3).C infra**.

(3.3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

662. Colombia afirma que Glencore obtuvo el Otrosí No. 8 mediante corrupción. El Tribunal toma la afirmación de la República muy seriamente.
663. La corrupción es moralmente abominable: la gestión adecuada de los asuntos públicos y la asignación correcta de los recursos públicos se sustituyen por el favor y la arbitrariedad. La corrupción también es económicamente perjudicial: restringe el desarrollo económico y somete a las naciones al subdesarrollo y a la pobreza, en

⁶²⁹ TA, Día 2, pág. 383, ll. 13-17.

⁶³⁰ TA, Día 2, págs. 388-394.

⁶³¹ TA, Día 2, pág. 393, l. 19 – pág. 394 l. 7.

⁶³² TA, Día 3, pág. 649, l. 21 – pág. 650, l. 1.

⁶³³ TA, Día 3, pág. 654, l. 20 – pág. 655, l. 7.

tanto los sobornos que enriquecen a servidores públicos o políticos bien conectados se financian mediante precios infladoso reducciones en los ingresos que sufren los ciudadanos más pobres. Se desvían fondos públicos limitados al enriquecer a personas privilegiadas, a expensas del bien común.

664. El Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que, siempre que existan motivos *prima facie* para sospechar actos indebidos, un tribunal de arbitraje internacional tiene la obligación de investigar los hechos, incluso *sua sponte*, y de adoptar las medidas necesarias con arreglo a los principios del derecho aplicables.
665. El Tribunal coincide además con la República en que una inversión obtenida mediante corrupción no se encuentra protegida por el Tratado. Los Arts. 2 y 4(1) del Tratado exigen expresamente que las inversiones, para estar protegidas, sean “hechas de acuerdo a [las] leyes y regulaciones de [Colombia]”⁶³⁴. Conforme a la legislación colombiana, un inversionista que corrompe a los servidores públicos del Estado receptor para obtener la inversión comete un delito⁶³⁵. Por lo tanto, una inversión realizada corrompiendo a un servidor público colombiano de rango superior a cargo de supervisar el sector minero no estaría protegida por el Tratado⁶³⁶. En vista de la claridad de esta conclusión, no es necesario que el Tribunal decida, tal como lo han hecho otros tribunales, que una inversión realizada mediante corrupción violaría el orden público internacional⁶³⁷.
666. Por ende, la cuestión que se debe determinar no es una cuestión de derecho sustantivo: si las Demandantes han sobornado al Sr. Ballesteros, encubriendo el pago corrupto como la contraprestación por la adquisición del Contrato 3ha, la consecuencia necesaria será la pérdida de la protección del derecho internacional.
667. El verdadero interrogante en el presente caso es si se ha demostrado la corrupción.

Carga de la prueba

668. En derecho internacional, el principio general es *actori incumbit probatio*: la parte que alega un hecho determinado tiene la carga de probarlo⁶³⁸. El Tribunal no encuentra motivo alguno para apartarse de este principio. Ya que Colombia alega que el Otrosí No. 8 se obtuvo mediante la corrupción del Director Ballesteros, le corresponde a Colombia aportar las pruebas pertinentes.
669. En cuanto al estándar que debe aplicarse para evaluar las pruebas, el Tribunal no percibe motivo alguno para apartarse del estándar tradicional de preponderancia de la prueba, dado que ni el Tratado ni las Reglas de Arbitraje del CIADI imponen un

⁶³⁴ Doc. C-6.

⁶³⁵ Art. 28 de la Ley 1474 de 2011 (Doc. R-87) y Art. 411 del Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000 (Doc. R-88).

⁶³⁶ *Flughafen*, párr. 129 (Doc. RL-42); *Phoenix*, párr. 100 (Doc. RL-37); *Spentex* (citado en un artículo de K. Betz, pág. 5 del Doc. RL-149).

⁶³⁷ *Plama*, párrs. 141-143 (Doc. RL-36); *Spentex* (citado en un artículo de K. Betz, pág. 5 del Doc. RL-149).

⁶³⁸ *Flughafen*, párr. 136 (Doc. RL-42); *Metal-Tech*, párr. 237 (Doc. RL-122).

estándar diferente. Colombia argumenta, con base en el énfoque seguido por el tribunal de *Spentex*, que el Tribunal debería adoptar una metodología que comience por las “alertas” (indicios individuales de corrupción) y “conecte los puntos” en aras de obtener un panorama general⁶³⁹:

“Con el fin de evitar hacer prácticamente imposible demostrar la corrupción, el tribunal de *Spentex* consideró pertinente conectar los puntos en los indicios de corrupción ante sí. Éste “*aplicó una metodología de ‘conectar los puntos’, evaluando así todos los indicios individuales en detalle y verificando la plausibilidad de que emergiera una posible imagen al unirlos*”. En consecuencia, el tribunal de *Spentex* determinó que la explicación más convincente de los hechos que había considerado era que había existido corrupción que involucraba al inversionista y a los funcionarios del Estado uzbeko [...].”

670. De hecho, lo que la Demandada denomina “conectar los puntos” no es más que la metodología de larga data seguida por tribunales en todas las jurisdicciones para establecer la verdad con base en indicios o evidencia circunstancial: si una parte aporta pruebas que demuestran la existencia de determinados indicios, y es posible inferir a partir de esos indicios (utilizando la experiencia y la razón) que ha ocurrido un hecho determinado, el tribunal puede considerar ese hecho como probado. El Tribunal ha seguido esta metodología.

Relación con la indagación penal local

671. Tal como se mencionó, la corrupción es un delito penal en Colombia. En el presente caso, la ANDJE ha interpuesto una Denuncia Penal en contra de funcionarios de Glencore/Prodeco y de servidores públicos de Ingeominas, acusándolos de corrupción en la obtención del Otrosí No. 8⁶⁴⁰.
672. ¿Cuál es la relevancia de la Denuncia Penal para el presente arbitraje?
673. La Denuncia Penal y el procedimiento que nos ocupa operan en esferas jurídicas diferentes, están sujetos a estándares de prueba divergentes y pueden alcanzar resultados contradictorios. El hecho de que el sistema penal colombiano no haya sancionado (en efecto, de conformidad con los registros disponibles, ni siquiera ha investigado) las supuestas prácticas corruptas alrededor del Otrosí No. 8 no impide una determinación hipotética por parte de este Tribunal de que ha existido corrupción. *Y viceversa*.
674. Dicho esto, las conclusiones del sistema de justicia a nivel local, o la ausencia de éstas, el cual cuenta con una capacidad de investigación superior a la del presente Tribunal de Arbitraje, son uno de los muchos elementos que deben considerarse al momento de evaluar las pruebas disponibles.

* * *

⁶³⁹ R II, párr. 405, notas al pie omitidas.

⁶⁴⁰ Doc. C-278.

675. En las secciones subsiguientes, el Tribunal analizará las alertas identificadas por la Demandada (A), y, luego, ponderará las pruebas disponibles (B). Por último, dedicará una sección al valor probatorio de la cadena de correos electrónicos incluida en el Doc. R-100 (C).

A. Las alertas

676. En el curso de la Audiencia, la Demandada identificó las alertas que – según ella – demuestran la existencia de corrupción⁶⁴¹:

- El pago al Sr. Maldonado y a su socio,
- El hecho de que el Sr. Maldonado fuera empleado de Minercol,
- El momento de dicho pago,
- El ocultamiento de la transacción por parte de las Demandantes,
- La decisión de las Demandantes de restringir el conocimiento de la transacción a tres miembros de su alta gerencia, y
- El hecho de que el Otrosí No. 8 fuera suscrito ignorando abiertamente las reglas y la normativa vigente.

677. El Tribunal analizará estos indicios uno por uno.

a. El pago al Sr. Maldonado y a su socio

678. La Demandada afirma que las Demandantes pagaron un precio notablemente elevado de USD 1,75 M por el Contrato 3ha⁶⁴².

679. No se controvierte que Prodeco, a través de una de sus Sociedades Relacionadas, realizó un pago de USD 1,75 M por el Contrato 3ha al Sr. Jorge Maldonado (empleado de las predecesoras de Ingeominas) y a su socio, y, a cambio, aseguró los derechos mineros sobre un terreno pequeño ubicado en medio de la mina La Jagua. Sin embargo, la transacción debe ser analizada en el contexto adecuado.

680. El Tribunal recuerda la conferencia de prensa celebrada en mayo de 2011 por el entonces Ministro de Minas de Colombia, el Sr. Carlos Rodado, donde reconocía que el otorgamiento de licencias mineras había estado plagado de irregularidades, y que algunas personas bien conectadas, utilizando información privilegiada, habían podido inscribir licencias mineras en pequeñas áreas estratégicas adyacentes a minas importantes, con el objeto de vender estas licencias a un precio exorbitante. Y como ejemplo de este chantaje económico, el Ministro hizo referencia específica a la mina La Jagua y al Contrato 3ha. Afirmó expresamente que la mayoría de las empresas mineras que trabajaban en Colombia eran empresas responsables, y su

⁶⁴¹ TA, Día 2, pág. 496, ll. 1– 22. Véase también R II, párr. 407.

⁶⁴² R II, párr. 409.

crítica se dirigió a las agencias mineras colombianas que habían otorgado licencias en forma irregular en beneficio de determinados infiltrados⁶⁴³.

681. El Tribunal también recuerda que Prodeco se opuso vigorosa y repetidamente a la concesión del Contrato 3ha al Sr. Maldonado y que las objeciones fueron desestimadas por Ingeominas⁶⁴⁴. Prodeco presentó quejas en no menos de cuatro oportunidades por escrito ante al menos cinco autoridades dentro del gobierno colombiano (Procurador General, Ministro de Minas y Energía, Ministro de la Presidencia, Contraloría e Ingeominas), denunciando las irregularidades alrededor del Contrato 3ha. Las denuncias no desencadenaron ninguna reacción sustancial de las autoridades.
682. En ausencia de respaldo por parte de la administración pública, Prodeco negoció con el Sr. Maldonado la adquisición del Contrato 3ha, con el fin de minimizar las pérdidas de tener que minar alrededor de su concesión. Pero, antes de hacerlo, Prodeco hizo una última petición al Ministro de la Presidencia, reiterando que la administración no había iniciado indagación alguna sobre las irregularidades y declarando que se veía obligada a rendirse ante el chantaje económico (“aceptar una comunicación directa con los titulares del contrato de concesión”)⁶⁴⁵.
683. Esta última petición tampoco recibió respuesta. Solo después de eso, Prodeco celebró el Contrato de Cesión.
684. El Tribunal no observa ilegalidad ni incorrección alguna en la transacción. Es cierto que Prodeco cedió al chantaje económico – pero se trató de un chantaje económico causado por la inscripción inapropiada del Contrato 3ha por parte de Ingeominas en favor del Sr. Maldonado, y la renuencia o incapacidad de reacción de las autoridades colombianas, a pesar de las repetidas advertencias y quejas.
685. Por último, el Tribunal observa que el comportamiento de Prodeco resulta exactamente opuesto a aquel adoptado normalmente en los casos de cohecho. La corrupción demanda secretismo. En el presente caso, Prodeco anunció *urbi et orbi* que estaba siendo sometida a un chantaje económico y solicitó la asistencia de la administración pública. Cuando las autoridades no ofrecieron respaldo alguno, Prodeco informó *ex ante*, nada menos que al Ministro de la Presidencia, que se veía obligada a comprar el Contrato 3ha.

Pago excesivo

686. La Demandada también afirma que el pago hecho al Sr. Maldonado y a su socio fue excesivo.

⁶⁴³ Doc. R-237, video de la conferencia de prensa, mins. 00:00 – 02:42.

⁶⁴⁴ Doc. C-208.

⁶⁴⁵ Doc. C-300, pág. 4.

687. Las pruebas disponibles muestran que Prodeco negoció el precio: inicialmente, el Sr. Maldonado solicitó USD 10 por tonelada⁶⁴⁶, aunque finalmente se conformó con la suma muy inferior de USD 1,75 M. Tomando en consideración que las operaciones mineras se acercaban al Contrato 3ha y se verían gravemente afectadas si el terreno de 3ha debía excluirse, el Tribunal no está de acuerdo con el argumento infundado de la Demandada de que el precio fue excesivo⁶⁴⁷.

b. El Sr. Maldonado era empleado de Minercol y Carbocol

688. La Demandada argumenta que el Sr. Maldonado era empleado de las predecesoras de Ingeominas y, como tal, se encontraba “íntimamente conectado” al Director General de Ingeominas, el Sr. Ballesteros⁶⁴⁸.

689. La primera parte de la afirmación se encuentra documentada: de conformidad con una certificación oficial, el Sr. Maldonado fue empleado por Carbocol, Ecocarbón y Minercol entre 1998 y 2002 en calidad de “Profesional especializado”, y su relación laboral con estas agencias finalizó en la ciudad norteña de Valledupar, el 30 de junio de 2002⁶⁴⁹.

690. El Sr. Ballesteros, nombramiento político, no asumió su cargo sino hasta el 2007, es decir, cinco años más tarde, y se estableció en la ciudad capital de Colombia, Bogotá, 850 km al sur de Valledupar⁶⁵⁰.

691. Colombia no ha aportado pruebas que sugieran que existía algún vínculo, mucho menos uno estrecho, entre el Sr. Maldonado o su socio el Sr. García, y el Sr. Ballesteros. Trabajaron en agencias diferentes, en lugares diferentes, con una brecha temporal de cinco años.

Ausencia de inferencias negativas

692. La Demandada agrega que el hecho de que las Demandantes no exhibieran documentos de gestión en respuesta a las solicitudes de Colombia debería inducir al Tribunal a inferir:

- que el Sr. Ballesteros tenía un interés directo en la contraprestación pagada por Prodeco, y
- que, mediante el desembolso de un pago exorbitante, las Demandantes aseguraron el respaldo del Sr. Ballesteros⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ Doc. R-280 (Correo electrónico de A. López de 14 de diciembre de 2008).

⁶⁴⁷ La cifra de USD 100.000, invocada reiteradamente por la Demandada (R II, párrs. 52 y 411) no es una valoración interna; se trata de una recomendación entre dos funcionarios de Prodeco respecto de cómo negociar con el Sr. Maldonado (véase Doc. R-280, pág. 1).

⁶⁴⁸ R II, párr. 420.

⁶⁴⁹ Doc. R-92.

⁶⁵⁰ Doc. C-297.

⁶⁵¹ R II, párr. 993

693. El Tribunal discrepa.

694. En el ejercicio de exhibición de documentos, la Demandada había solicitado documentos de gestión internos relativos a las negociaciones con el Sr. Maldonado, y la Demandada ahora se queja de que no se han exhibido documentos internos (o se han exhibido solo algunos). La queja es infundada. Prodeco no estaba obligada a elaborar memorandos internos que justificaran sus negociaciones con el Sr. Maldonado. La existencia o inexistencia de esta documentación no demuestra la participación del Director Ballesteros, ni que el pago beneficiara en últimas al Director Ballesteros.

c. El momento de los pagos

695. Colombia afirma que solo 10 días después de que Prodeco fuera notificada de la resolución que aprobaba la cesión del Contrato 3ha, y solo seis días antes de que dicha cesión se inscribiera en el Registro Minero, el Director Ballesteros instó a a Ingeominas a celebrar el Acuerdo de Compromiso⁶⁵².

696. El 4 de mayo de 2009, Prodeco y los Sres. Maldonado y García celebraron el Contrato de Cesión, por el que se transfirió el Contrato 3ha y se percibió la suma de USD 1,75 M en concepto de contraprestación. Unos días más tarde, el 21 de mayo de 2009, Prodeco e Ingeominas suscribieron el Acuerdo de Compromiso, que finalmente condujo a la suscripción de la versión definitiva del Otrosí No. 8 el 22 de enero de 2010.

d. El ocultamiento de la transacción por parte de las Demandantes

697. La Demandada afirma que Prodeco trató de ocultar la adquisición del Contrato 3ha, y llama la atención del Tribunal respecto del hecho de que la solicitud de aprobación de la cesión del Contrato 3ha no especificaba el precio de compra, que, en cambio, constaba como “US\$xxxx”⁶⁵³.

698. Como una observación preliminar, parece que Prodeco no fue quien presentó el borrador del Contrato de Cesión a Ingeominas para su aprobación, sino la Sra. Elsa Aragón Barrera, actuando en nombre del Sr. Maldonado, y del Sr. García⁶⁵⁴.

699. En cualquier caso, es cierto que el Contrato de Cesión que fue presentado a Ingeominas para su aprobación no contenía detalles del precio⁶⁵⁵. Pero no se controvierte que no existía obligación legal alguna de indicar el precio de compra en el formulario que solicitaba la inscripción de la cesión⁶⁵⁶ – los Sres. Maldonado y García, y Prodeco, realizaron la presentación en la forma habitual, suprimiendo el precio de compra.

⁶⁵² R II, párr. 422.

⁶⁵³ R II, párr. 414.

⁶⁵⁴ Doc. R-94.

⁶⁵⁵ Doc. R-94; Doc. R-95.

⁶⁵⁶ C II, párr. 38(p), aceptado por la Demandada en R II, párr. 54.

700. Además, en todas las declaraciones públicas ulteriores, Prodeco no ocultó la adquisición ni la contraprestación pagada:

- El 1 de febrero de 2010, CDJ (la Sociedad Relacionada de Prodeco que había suscrito el Contrato de Cesión) cumplió con su obligación contractual de dar a conocer a Ingeominas todos los activos y servicios adquiridos en el curso del año precedente; en esa divulgación, se dio a conocer correctamente el pago de USD 1,75 M a los Sres. Maldonado y García⁶⁵⁷;
- CDJ realizó la retención impositiva pertinente, exigida en virtud de la legislación fiscal colombiana⁶⁵⁸;
- La transacción se vio también reflejada en los estados financieros auditados de CDJ para el año 2009⁶⁵⁹.

e. Restricción del conocimiento a la alta gerencia

701. La Demandada sostiene que solo la alta gerencia de Prodeco (el Sr. Phillips, el Sr. López, la Sra. Zuleta y el Sr. Nagle) tenía conocimiento del monto que abonaba CDJ, y que esto refuerza la conclusión de que Prodeco tenía la intención de ocultar la transacción⁶⁶⁰.
702. El Tribunal reconoce que en un correo electrónico de fecha 1 de mayo de 2009, se acordó que la información dentro de la compañía debería circunscribirse al Sr. Phillips, a la Sra. Zuleta y al Sr. Nagle⁶⁶¹.
703. No obstante, las Demandantes han explicado de manera convincente que esta restricción solo operó antes de la celebración del Contrato 3ha – práctica habitual, afirman las Demandantes, para evitar filtraciones de información. Pero una vez que se había cerrado el acuerdo, la información relativa a la transacción se puso a disposición de otros funcionarios de Prodeco y, para la fecha del pago de la segunda cuota (el 28 de mayo de 2009), al menos ocho empleados adicionales habían sido informados del acuerdo y la contraprestación pagada⁶⁶².

f. Desestimación de normas obligatorias

704. La Demandada afirma también que, debido a la influencia indebida de las Demandantes, el Sr. Ballesteros ignoró las reglas y la normativa aplicables al

⁶⁵⁷ Doc. C-312, pág. 2. El monto se divide entre ambos vendedores, se expresa en USD y es levemente superior a los USD 875.000 efectivamente pagados, presuntamente debido a cambios en las tasas de cambio.

⁶⁵⁸ Doc. C-315, pág. 2; Doc. C-316, pág. 2.

⁶⁵⁹ Doc. C-313, págs. 5-6.

⁶⁶⁰ R II, párr. 414.

⁶⁶¹ Doc. R-271.

⁶⁶² C III, n. 99. Entre estos empleados se encuentran Carlos Carrillo, Edgardo Alberto Pichón Visbal, Juan Rafael, Chávez Ruiz, Sandra Milena Molina Ramos, Viviana Gaines Vimos, Lucila Casas y todo el Departamento de “Contabilidad” (Doc. C-304); Mónica Bossa (Doc. C-305); y Carmen Julia Duarte (Doc. R-282 y R-322).

momento de negociar y aprobar el Otrosí No. 8⁶⁶³. La Demandada asevera que el Director Ballesteros no presentó el Otrosí No. 8 al Consejo Directivo ((i) *infra*) y que omitió solicitar el asesoramiento obligatorio del Comité de Contratación de Ingeominas (ii).

(i) Consejo Directivo

705. De acuerdo con la legislación colombiana, Ingeominas no necesitaba la aprobación del Consejo Directivo con el fin de celebrar el Otrosí No. 8. Esta conclusión se deriva del Decreto 252 de 2004, que no incluye entre las funciones del Consejo Directivo la aprobación de los contratos mineros o de sus otrosíes⁶⁶⁴, cuestión que fue confirmada por el exministro de Minas y Energía, el Sr. Martínez Torres⁶⁶⁵.
706. En el mes de agosto de 2009, Ingeominas había aprobado un documento denominado “Guía de Fiscalización de Proyectos de Interés Nacional”, que proporcionaba lineamientos sobre los procedimientos internos que se debían seguir al momento de abordar Proyectos de Interés Nacional⁶⁶⁶. Esta Guía era un documento interno, redactado dentro de Ingeominas, para estructurar sus procedimientos al momento de gestionar proyectos mineros de interés nacional⁶⁶⁷.
707. La Guía confirma que las propuestas de aprobación de contratos mineros se presentan ante el Consejo Directivo para una “recomendación”, no para su aprobación⁶⁶⁸:

“Se analiza y se evalúa la propuesta en reunión de Consejo Directivo, donde se recomienda sobre su aceptación, rechazo o complemento y aclaraciones si es del caso” [Énfasis agregado].

708. De conformidad con esta Guía, se informó al Consejo Directivo de Ingeominas, en al menos siete oportunidades, del avance de la negociación del Otrosí No. 8 – tal como se refleja en sus actas oficiales (véase Sección **III(4) supra**).
709. Las dos reuniones más relevantes del Consejo Directivo fueron aquellas celebradas el 10 de diciembre de 2009 (luego de la suscripción de la Primera Versión del Otrosí No. 8) y el 26 de enero de 2010 (luego de la suscripción de la versión definitiva del Otrosí No. 8).

⁶⁶³ R I, párr. 282; R II, párr. 390; H 2, pág. 24

⁶⁶⁴ Doc. C-190.

⁶⁶⁵ Versión Libre y Espontánea brindada por el entonces Ministro Martínez Torres en el Doc. R-81, pág. 2: “Quiero recordar que el Consejo Directivo de INGEOMINAS, no tiene autoridad sobre el ente de INGEOMINAS, sino simplemente actúa como un verdadero consejero, por tanto, pues no podíamos dar órdenes a INGEOMINAS, si orientación que fue lo que el Ministro hizo en todo momento”; TA, Día 4 (Declaración del Sr. Martínez), pág. 1115, ll. 12-17. Véase también Doc. C-115 (pág. 2), en el cual el Sr. Ballesteros se refiere simplemente a la necesidad de una “recomendación” del Consejo Directivo y; Doc. C-136, pág. 2.

⁶⁶⁶ Doc. R-102.

⁶⁶⁷ Doc. R-102, pág. 1.

⁶⁶⁸ Doc. R-102, pág. 10.

La reunión del Consejo Directivo de 10 de diciembre de 2009

710. El 10 de diciembre de 2009 (un día después de la suscripción de la Primera Versión del Otrosí No. 8), Ingeominas celebró una reunión del Consejo Directivo⁶⁶⁹, en la cual compareció la Sra. Aristizábal y presentó un informe resumiendo los términos de la Primera Versión del Otrosí No. 8⁶⁷⁰.
711. El Ministro Hernán Martínez Torres declaró en el proceso de la Contraloría que él discrepó con la Primera Versión del Otrosí No. 8 firmada, que él solicitó que su desacuerdo se incluyera en el acta y que se acordó crear un equipo de trabajo para analizar si los cambios eran convenientes para la Nación⁶⁷¹. El acta oficial simplemente dice que el Ministro y los demás miembros solicitaron que la cuestión se reexaminara en mayor detalle, teniendo en cuenta el interés nacional⁶⁷².
712. En cualquier caso, el Director Ballesteros no se sintió cómodo siguiendo adelante sin el respaldo de su Consejo Directivo y, en consecuencia, decidió acercarse a Prodeco y renegociar el acuerdo, procurando atender la recomendación del Consejo.

La reunión del Consejo Directivo de 26 de enero de 2010

713. La siguiente reunión del Consejo Directivo se celebró el 26 de enero de 2010, cuatro días después de la suscripción de la versión definitiva del Otrosí No. 8.
714. Esta vez fue el propio Sr. Ballesteros quien informó a los miembros del consejo que se había suscrito el Otrosí No. 8 “teniendo en cuenta las sugerencias emitidas por ellos en consejos anteriores”. Luego, proporcionó información detallada acerca de los cambios acordados⁶⁷³. El acta no refleja reacción alguna por parte de los Consejeros.

(ii) Comité de Contratación

715. La Demandada afirma que el Otrosí No. 8 debería haberse presentado al denominado Comité de Contratación y analizarse ante éste – y que el Director Ballesteros, como consecuencia de la influencia debida de las Demandantes, no lo hizo.
716. El Comité de Contratación Minera fue creado en junio de 2004 mediante una Resolución de Ingeominas, posteriormente modificada en septiembre de 2004⁶⁷⁴. Aunque, de acuerdo con la Resolución de junio de 2004, se le solicitaba al Comité de Contratación que brindara asesoramiento al Director respecto de todos los contratos que afectaran la “mediana y gran minería”, la Resolución de septiembre de 2004 redujo el alcance de las funciones del Comité. De conformidad con la

⁶⁶⁹ Doc. R-150.

⁶⁷⁰ Doc. R-149.

⁶⁷¹ Doc. C-157 / R-81, pág. 1.

⁶⁷² Doc. R-150, pág. 3.

⁶⁷³ Doc. C-257, págs. 4-5.

⁶⁷⁴ Doc. R-10; Doc. R-11.

Resolución de septiembre de 2004, al Comité se le exigía brindar asesoramiento solo cuando la Dirección del Servicio Minero, o las Subdirecciones de Contratación y Titulación Minera y Fiscalización y Ordenamiento Minero, solicitasesen su participación⁶⁷⁵:

“[...] en los asuntos que por su complejidad o importancia para el sector minero, sean presentados al Comité [...].”

717. Parece que el Director Ballesteros optó por no convocar al Comité de Contratación para solicitar su asesoramiento respecto del Otrosí No. 8 – tal como se encontraba facultado para hacerlo conforme a la Resolución de septiembre de 2004. En cambio, el Director Ballesteros confió en un grupo de servidores públicos de Ingeominas – que incluía ingenieros, economistas y asesores jurídicos – que participaron en las negociaciones y lo asesoraron. Si se trató o no de una decisión acertada no es algo que deba determinar el Tribunal. Lo que resulta relevante es que el Sr. Ballesteros no ignoró ninguna normativa obligatoria⁶⁷⁶.
718. En síntesis, el Tribunal concluye que el Director Ballesteros no ignoró ninguna normativa obligatoria en la manera en la que manejó la negociación y aprobación del Otrosí No. 8 – y, por consiguiente, este episodio no constituye una alerta.
719. La conclusión del Tribunal es compartida por las nuevas agencias creadas para reemplazar a Ingeominas. Estas agencias – AMN y SGC – iniciaron en 2012 el Proceso de Nulidad Contractual del Otrosí No. 8 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. La demanda de nulidad se fundó en el argumento de que el Otrosí No. 8 no había cumplido su propósito y resultaba perjudicial para el interés del Estado⁶⁷⁷ – y no en que se había negociado y suscrito ignorando la normativa obligatoria⁶⁷⁸.

g. Destino de los pagos

720. La Demandada afirma que las Demandantes no han proporcionado detalles respecto del destino al que transfirieron sus pagos por el Contrato 3ha⁶⁷⁹.
721. Las pruebas demuestran lo contrario.
722. Prodeco ha establecido que los pagos a los Sres. Maldonado y García se realizaron dentro del territorio de Colombia, en pesos colombianos, y se depositaron en dos cuentas bancarias identificadas abiertas en bancos colombianos, tal como se

⁶⁷⁵ Doc. R-11, Art. 1.

⁶⁷⁶ Esta conclusión es fatal para la solicitud de inferencias negativas de la Demandada en el párr. 995 de R II.

⁶⁷⁷ Doc. C-140.

⁶⁷⁸ La Demandada ha mencionado también que Ingeominas no obtuvo asesoramiento externo. El argumento carece de peso, en tanto no existe norma obligatoria alguna que exija que Ingeominas obtenga asesoramiento externo.

⁶⁷⁹ R II, párr. 419.

estipuló en el Contrato de Cesión⁶⁸⁰. También existen pruebas en el expediente de que, una vez se efectuó el pago, CDJ realizó la retención impositiva pertinente, exigida de conformidad con la legislación fiscal colombiana⁶⁸¹.

B. Ponderación de la prueba

723. La Demandada le solicitó al Tribunal que adopte la metodología de “conectar los puntos” entre determinadas “alertas”, con el fin de llegar a la conclusión de que Prodeco había sobornado al Director Ballesteros y de que el pago ilícito se había ocultado en la contraprestación pagada por el Contrato 3ha. El Tribunal ha analizado cuidadosamente las supuestas alertas, pero no puede adoptar la inferencia propuesta por Colombia.
724. (i) En lo que respecta a la primera supuesta alerta, el Tribunal observa que Prodeco fue víctima de un caso de chantaje económico, debido al funcionamiento inadecuado de las sucesivas agencias mineras de Colombia, que Prodeco se resistió a la transacción con todos sus medios, que se quejó repetidamente ante al menos cinco autoridades gubernamentales, y que advirtió al Ministro de la Presidencia antes de ceder a la extorsión.
725. Este comportamiento resulta opuesto a la acusación de la Demandada de que las Demandantes, mediante la adquisición del Contrato 3ha, estaban sobornando de manera subrepticia al Director Ballesteros, y es también incompatible con esta acusación.
726. (ii) En lo que respecta a la segunda alerta, Colombia no ha podido aportar pruebas que vinculen al Sr. Maldonado y al Director Ballesteros.
727. La única conexión probada por la Demandada es que el Sr. Maldonado había sido empleado de una predecesora de Ingeominas, en el sur de Colombia, cinco años antes de que el Sr. Ballesteros fuera nombrado Director General de Ingeominas. La experiencia histórica del Sr. Maldonado en la agencia minera podría explicar el motivo por el cual contaba con conocimiento de información privilegia y tenía conexiones con excolegas que le permitieron asegurar el Contrato 3ha. Pero no prueba ningún vínculo con el Sr. Ballesteros.
728. (iii) La tercera alerta se basa en una secuencia cronológica, que comienza con el Contrato de Cesión, y conduce en unos pocos días al Acuerdo de Compromiso y, seis meses más tarde, a la suscripción del Otrosí No. 8.
729. Esta presunta alerta está basada en la falacia lógica *post hoc, ergo propter hoc*. Esta falacia es un error particularmente tentador, debido a que existe un sesgo inconsciente que equipara la correlación temporal con la causalidad. Esto puede ser cierto en determinadas situaciones, pero puede ser radicalmente falso en otras. Una

⁶⁸⁰ Doc. C-301, págs. 1-2; Doc. C-303; Doc. C-307 y Doc. C-308. Véanse también Doc. R-281; Doc. R-322.

⁶⁸¹ Doc. C-315, pág. 2; Doc. C-316, pág. 2.

conclusión no puede basarse exclusivamente en el orden de los hechos, sino que debe considerar otros factores posiblemente responsables del resultado.

730. Además, las pruebas demuestran que la fecha del Contrato de Cesión se desencadenó como consecuencia del hecho de que las actividades mineras de Prodeco se acercaban rápidamente al corredor de tres hectáreas. No existen pruebas que vinculen el Contrato de Cesión con el Acuerdo de Compromiso.
731. (iv) Las alertas cuarta y quinta tampoco indican corrupción.
732. Las pruebas demuestran que Prodeco no adoptó medidas especiales para ocultar el Contrato 3ha ni el pago al Sr. Maldonado y a su socio, sino que manejó la información que afectaba el Contrato 3ha respetando la normativa, y de conformidad con la práctica habitual.
733. (v) La sexta supuesta alerta tampoco es un hecho probado. No existen pruebas de que el Sr. Ballesteros ignorara las reglas y la normativa vigente al momento de negociar y aprobar el Otrosí No. 8.
734. (vi) Existe una última alerta (“bandera roja”), que en realidad es una “bandera verde”. Contrariamente a lo que alega la Demandada, Prodeco no les pagó a los Sres. Maldonado y García fuera de Colombia, ni en una jurisdicción desconocida, ni mediante un esquema de ocultamiento. Prodeco realizó los pagos en dos cuentas bancarias colombianas abiertas a nombre de los beneficiarios, en pesos colombianos y, posteriormente, realizó la retención impositiva correspondiente.
735. La conducta de Prodeco no muestra ninguna intención de ocultamiento, ni ninguna irregularidad.

* * *

736. En síntesis, el Tribunal rechaza la alegación de Colombia de que Prodeco diseñó el Contrato 3ha deliberadamente como un medio para sobornar al Sr. Ballesteros. Los puntos simplemente no se conectan.
737. Si la intención de Prodeco hubiera sido corromper a Ingeominas, no habría interpuesto múltiples recursos administrativos para evitar el otorgamiento del Contrato 3ha, no habría presentado quejas reiteradas ante las máximas autoridades colombianas, y no habría realizado los pagos dentro del territorio de Colombia, sujetos a la retención impositiva obligatoria.
738. La conclusión del Tribunal es confirmada por el hecho de que el fiscal en materia penal y los tribunales penales colombianos, que cuentan con una capacidad de investigación muy superior a la del presente Tribunal de Arbitraje, no han iniciado una indagación respecto de las presuntas prácticas corruptas alrededor del Otrosí No. 8, sea *in tempore insuspecto*, o incluso después del comienzo del presente arbitraje.

C. El valor probatorio de la cadena de correos electrónicos incluida en el Doc. R-100

739. Durante el tercer día de la Audiencia, las Partes tuvieron la oportunidad de hacer alegaciones respecto del valor probatorio del Doc. R-100.

Posición de las Demandantes

740. Las Demandantes sostuvieron que el Doc. R-100 no demostraba vínculo alguno entre el Sr. Maldonado, y el Sr. Vargas y el Sr. Ballesteros⁶⁸² y, por ende, no podía derivarse prueba de corrupción alguna a partir de dicho documento⁶⁸³.

Posición de la Demandada

741. La Demandada realizó cuatro comentarios respecto del Doc. R-100:

- Primero, que no existía duda alguna de que el término “él” al que hace referencia el Sr. Nagle hace alusión al Sr. Ballesteros⁶⁸⁴;
- Segundo, que el Doc. R-100 confirma el vínculo directo entre el Contrato 3ha y el Acuerdo de Compromiso, debido a que el asunto del correo electrónico era “Actualización caducidad y regalías” y a que el Sr. Ballesteros se comprometió a poner fin al procedimiento de caducidad, precisamente en el Acuerdo de Compromiso, que condujo a la suscripción del Otrosí No. 8⁶⁸⁵;
- Tercero, en lo que respecta a la fecha del correo electrónico del Sr. Nagle, éste se envió el 7 de mayo de 2009, 72 horas después de que el Sr. Maldonado y el Sr. García solicitasen que el Sr. Ballesteros aprobase la cesión de las 3ha a CDJ; y dos días después del correo electrónico del Sr. Nagle, el Contrato 3ha fue cedido a CDJ⁶⁸⁶; por ende, el 7 de mayo de 2009, el Sr. Ballesteros ya debía haber sabido que se había suscrito la Cesión de las tres hectáreas⁶⁸⁷;
- Cuarto, en lo que se refiere a los destinatarios del correo electrónico del Sr. Nagle: el correo electrónico se envió únicamente a la alta gerencia de Prodeco (con la excepción de la Sra. Anaya), y esto demuestra la alerta de secretismo⁶⁸⁸.

⁶⁸² TA, Día 3, pág. 649, l. 21 – pág. 650, l. 1.

⁶⁸³ TA, Día 3, pág. 649, ll. 1-12.

⁶⁸⁴ TA, Día 3, pág. 654, ll. 2-19.

⁶⁸⁵ TA, Día 3, pág. 654, l. 20 – pág. 656, l. 1.

⁶⁸⁶ TA, Día 3, pág. 656, ll. 2-11.

⁶⁸⁷ TA, Día 3, pág. 658, ll. 3-9.

⁶⁸⁸ TA, Día 3, pág. 658, l. 14 – pág. 659, l. 8.

Testimonio del Sr. Nagle

742. El Sr. Nagle declaró en el curso de la Audiencia y, bajo juramento, explicó el contexto y sentido del Doc. R-100⁶⁸⁹:

“P: Gracias. Si puede analizar el correo justo encima [Doc. R-100], que su respuesta nos puede dar algún contexto en cuanto a su reacción y explicar en ese contexto esencialmente lo que está diciendo.

R: Durante mucho tiempo Ingeominas se opuso a esta idea de pagar al fideicomiso. Nos dijeron: “Pague o vamos a declarar la caducidad y cancelar su contrato”. Y tuvieron una postura muy firme al respecto.

A la vez, como saben, teníamos una cuestión de una concesión de tres hectáreas en La Jagua que nos preocupaba mucho y Ingeominas [sic] no había podido resolver nuestras preocupaciones. Por lo tanto habíamos estado escribiendo a distintas dependencias del gobierno para solicitar su ayuda. Entendemos que como resultado de esto el director de Ingeominas, el señor Ballesteros, fue sujeto a mucha presión. Mi reacción al correo de Natalia fue sobre la base de que justo antes de esta discusión habíamos terminado la compra de la concesión de las tres hectáreas, a pesar de que no la queríamos comprar. Nosotros consideramos que se había otorgado en forma improcedente, que además [nunca] se debería haber otorgado pero llegamos a una etapa en la que nos vimos obligados a comprar la concesión y yo consideraba en la época que por el hecho de comprar la concesión que el señor Ballesteros había pensado que iba a desaparecer tanta presión, porque ahora sí teníamos la concesión para él.

Yo esto que esto ya se habría acabado y que podríamos volver a un intercambio normal respecto de las cuestiones que había sin que él se sintiera presionado en el sentido de que había otras quejas a las autoridades pertinentes.

P: Gracias, me gustaría que se fije ahora en el último correo electrónico de la cadena, que es el de la señora Anaya, de ese día donde informó sobre una reunión en Ingeominas y quiero que lo vea rápidamente. En especial, que se concentre en los primeros párrafos. ¿Sí?

En su opinión, ¿cuál fue la reacción del señor Ballesteros a partir de lo que decía la señora Anaya?

R: Me pareció inicialmente que iba a estar aliviado, que la cuestión de tres hectáreas se había resuelto en su mente y por eso nos pareció que era así, según lo que vi aquí en el correo.

Pero recuerdo que habíamos escrito a la Presidencia, creo que Laura (Ximena) era jefa de ese despacho en ese momento, pero obviamente después de haber finalizado la transacción de tres hectáreas habíamos informado a la presidencia sobre los asuntos, los detalles del hecho que había resolverse --

⁶⁸⁹ TA, Día 3, pág. 685, l. 10 – pág. 688, l. 13.

que tenía que resolverse y, si no se resolvía, el gobierno tendría que comprar efectivamente la concesión.

El hecho de esta concesión se reflejaba de manera negativa en el presidente Uribe. Había una cuestión de corrupción y no quería ensuciar el nombre de su gobierno. Estaba llegando al final de su mandato y no quería manchar su nombre o el del gobierno.

Como resultado de esta compra, esto le produjo ciertas molestias al presidente Uribe y entiendo que se la desquitó con el señor Ballesteros.

Entonces, mi sospecha en el mensaje original del 7 de mayo terminó no siendo verdad” [Énfasis agregado].

La posición del Tribunal

743. El Tribunal considera que las explicaciones del Sr. Nagle resultan convincentes.
744. En su correo electrónico, las palabras utilizadas por el Sr. Nagle fueron las siguientes: “Por supuesto que él [el Director Ballesteros] ahora nos respalda, hemos comprado las 3ha”.
745. La Demandada interpreta estas palabras como un reconocimiento de que Prodeco había sobornado al Sr. Ballesteros mediante la adquisición del Contrato 3ha. La interpretación del Sr. Nagle es completamente diferente. Él explica que Prodeco le había estado escribiendo a diversos Ministerios y autoridades dentro de la administración pública colombiana, quejándose de que la decisión de Ingeominas de otorgar el Contrato 3ha a los Sres. Maldonado y García resultaba sumamente irregular, y solicitando que se adoptaran medidas para revertir esa decisión. Eventualmente, Prodeco se rindió y decidió adquirir el Contrato 3ha. En ese contexto, el Sr. Nagle creyó que el Sr. Ballesteros se sentiría aliviado de que Prodeco hubiese “resuelto” la situación cediendo al chantaje económico.
746. El Tribunal considera convincente la explicación de estas palabras por parte del Sr. Nagle. Dicha interpretación también queda confirmada por los siguientes mensajes incluidos en la cadena de correos electrónicos del Doc. R-100: la suposición del Sr. Nagle de que el Sr. Ballesteros estaría satisfecho resultó ser completamente errónea. La Sra. Anaya, empleada de Prodeco, asistió a una reunión en Ingeominas una semana más tarde y se le informó que el Sr. Ballesteros no estaba para nada contento con la suscripción del Contrato 3ha, puesto que la cuestión había llegado al Presidente Uribe, y el Presidente no estaba para nada satisfecho con la manera en la cual se había resuelto el problema.
747. En síntesis, el Doc. R-100 y, en particular, el correo electrónico del Sr. Nagle de 7 de mayo de 2009, no debilitan la conclusión a la que arribara el Tribunal de Arbitraje de que la Demandada no ha aportado ninguna prueba que demuestre que Prodeco corrompió al Director Ballesteros de Ingeominas, con el fin de obtener el Otrosí No. 8.

(4) MALA FE

748. Colombia presenta un segundo argumento: que los Demandantes aseguraron su inversión mediante tergiversaciones, ocultamiento y mala fe. La Demandada afirma que Prodeco tergiversó la situación económica del proyecto con el fin de persuadir a Ingeominas de que, con arreglo al Contrato Minero, expandir la producción de carbón por encima de 8 MTA no resultaba económicamente viable. Las Demandantes, deliberadamente y de mala fe, ocultaron a Ingeominas información geológica, técnica y en materia de precios, impidiendo así que la agencia pudiera evaluar las propuestas económicas de Prodeco correctamente⁶⁹⁰.
749. Las Demandantes niegan haber tergiversado u ocultado información a Ingeominas. Dicho esto, agregan que, incluso si la caracterización errónea que hace Colombia de la conducta de las Demandantes fuera correcta, de todas formas, no existiría fundamento alguno para una excepción jurisdiccional⁶⁹¹.
750. El Tribunal establecerá primero los hechos probados respecto de la negociación del Otrosí No. 8 (4.1), y, luego, expondrá su decisión (4.2).

(4.1) HECHOS PROBADOS

A. Propuestas iniciales de Prodeco

751. Seis meses después de la suscripción del Otrosí No. 7, Prodeco decidió acercarse a Ingeominas y proponer un nuevo otrosí al Contrato Minero⁶⁹².
752. El 23 de mayo de 2008, los representantes de Prodeco se reunieron con el Director Ballesteros e hicieron una presentación, con base en un PowerPoint extenso, en la que sugerían una revisión de las condiciones económicas del Contrato Minero⁶⁹³. Unos días después, el 28 de mayo, Prodeco presentó una solicitud formal que constaba de nueve páginas⁶⁹⁴. Prodeco alegaba que el acuerdo de contraprestación existente comprometía la posible expansión e incluso la viabilidad del proyecto minero de Calenturitas⁶⁹⁵.
753. Por lo tanto, Prodeco propuso, con el fin de garantizar la sustentabilidad del retorno de Colombia y la viabilidad del proyecto minero, que ciertas condiciones acordadas en el Contrato Minero debían ser modificadas⁶⁹⁶:

⁶⁹⁰ R II, párrs. 447-451.

⁶⁹¹ C III, párr. 49.

⁶⁹² Doc. C-82.

⁶⁹³ Doc. C-82.

⁶⁹⁴ Doc. C-83.

⁶⁹⁵ Doc. C-83. Véanse también Doc. C-82 y Nagle I, párrs. 41-45.

⁶⁹⁶ Doc. C-82; Doc. C-83.

- Sustituir el índice ICR por los índices API2-BCI⁶⁹⁷;
 - Calcular las Regalías y la CIB en función del valor del carbón en la boca de la Mina;
 - Limitar Regalías al 10%;
 - Actualizar el valor de la CIB e introducir una fórmula de indexación.
754. Prodeco propuso la creación de un comité para analizar estas posibles modificaciones y, mientras tanto, la suscripción de un memorando de entendimiento⁶⁹⁸.
- Reacción de Ingeominas
755. A los pocos días⁶⁹⁹, el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero de Ingeominas, el Sr. Edward Franco, elaboró un extenso informe jurídico y económico que analizaba la propuesta de Prodeco. El informe fue entregado al Sr. Ballesteros para su presentación ante el Consejo Directivo de Ingeominas⁷⁰⁰. Las conclusiones principales fueron las siguientes⁷⁰¹:
- Prodeco había acordado suscribir el Contrato Minero, y sus otrosíes posteriores, en absoluto conocimiento de las condiciones económicas subyacentes;
 - Las condiciones económicas del Contrato Minero no eran discriminatorias ni contrarias a los principios de equidad, igualdad o equilibrio económico;
 - La propuesta de Prodeco reduciría sustancialmente los ingresos del Estado y, por ende, resultaría contraria a los intereses de Colombia.
756. La propuesta del Sr. Franco al Consejo Directivo fue la siguiente⁷⁰²:

“En cuanto a la modificación propuesta se recomienda no acceder a la misma por ser poco favorable para los intereses de la Nación”.

⁶⁹⁷ Promedio aritmético mensual de los precios de exportación CIF ARA publicados por Argus/McCloskey en el índice conocido como API2, menos el precio promedio mensual de los costos de transporte marítimo entre Puerto Bolívar y Róterdam publicados por SSY en el índice conocido como BCI7 (véase Doc. C-96, págs. 1-2).

⁶⁹⁸ Doc. C-82, pág. 25; Doc. C-83, pág. 10.

⁶⁹⁹ Resulta difícil establecer la fecha exacta porque la copia que obra en el expediente no está fechada (Doc. R-79; Doc. R-80).

⁷⁰⁰ Doc. R-80. Véase también Doc. R-79.

⁷⁰¹ Doc. R-80; Doc. R-24.

⁷⁰² Doc. R-80, pág. 13.

757. A pesar de este análisis inicial desfavorable, las negociaciones no se interrumpieron y Prodeco e Ingeominas mantuvieron otras reuniones para discutir las modificaciones propuestas por Prodeco⁷⁰³.

Segundo acercamiento de Prodeco

758. El 15 de julio de 2008, Prodeco envió a Ingeominas una segunda solicitud formal para la revisión de las condiciones económicas del Contrato Minero y la reducción de las Regalías y la CIB. Esta extensa solicitud siguió desarrollando la propuesta original de Prodeco, agregando un nuevo argumento. Con una nueva estructura de precios, Prodeco podría comprometerse a realizar inversiones adicionales y aumentar la producción⁷⁰⁴:

“6.1 Las condiciones actuales pactadas en el contrato de la referencia para regular las contraprestaciones que Prodeco debe pagar, generan una situación inequitativa para ésta que puede afectar la viabilidad económica del proyecto, amén de que constituyen un obstáculo para futuras expansiones que se encuentran en estudio. Adicionalmente, algunas imprecisiones o vacíos pueden repercutir en situaciones perjudiciales para la Nación.

6.2 La razón fundamental de la propuesta de Prodeco radica en que los aspectos inequitativos o ambiguos de las cláusulas Décima Cuarta y Décima Quinta, modificadas a lo largo del tiempo, sean revisadas en beneficio de ambas partes, de manera que se asegure un conjunto de contraprestaciones que al mismo tiempo permitan a Prodeco desarrollar el depósito a su máximo potencial de manera competitiva, así como a la Nación percibir un mayor monto de ingresos” [Énfasis agregado].

759. Prodeco presentó un cálculo preciso de dos escenarios – uno, si el Contrato Minero no era modificado, y, el otro, si las propuestas de Prodeco eran aceptadas:

- En virtud del primer escenario, con base en el PTI 2006, la producción total de la Mina sería de 117,5 MT, con una producción anual máxima de 10 MTA; las Regalías e impuestos que llegarían a Colombia serían solo USD 1,9 MM;
- El segundo escenario resultaría en una producción durante toda la vida de 225,1 MT, y en una producción anual máxima de 15,5 MTA; en este caso, las Regalías e impuestos recolectados por la República serían mucho más altos: USD 5,4 MM⁷⁰⁵.

760. En esencia, Prodeco le proponía a Ingeominas una alternativa beneficiosa para todos: si Ingeominas aceptaba la reducción de sus Regalías, Prodeco se comprometería a realizar inversiones adicionales, se incrementaría la producción de la Mina, se reducirían los costos, aumentarían las ventas y, al final del ciclo,

⁷⁰³ Doc. C-86, pág. 1.

⁷⁰⁴ Doc. C-84, pág. 19. Véase también pág. 20.

⁷⁰⁵ Doc. C-84, Anexo 8.

Prodeco habría obtenido mayores ganancias y Colombia habría percibido Regalías e impuestos considerablemente más altos.

La Controversia sobre el Precio Definitivo

761. En la misma carta, Prodeco también planteó, por primera vez, una cuestión interpretativa relativa a la definición de la disposición sobre el Precio Definitivo contemplada en el Otrosí No. 7 al Contrato Minero⁷⁰⁶.
762. Prodeco reconoció que había dos posibles interpretaciones del término “Precio Definitivo”⁷⁰⁷:
 - La primera interpretación equipararía el “Precio Definitivo” con el precio real de venta percibido por Prodeco, evidenciado en las facturas emitidas a los compradores;
 - La segunda interpretación definiría el “Precio Definitivo” como el mayor de entre (i) el Precio FOB de la semana en la cual se realiza el embarque del carbón y (ii) el precio real de venta obtenido por Prodeco.
763. Prodeco reconoció que, hasta ese momento, había calculado el Precio Definitivo sobre la base de la segunda alternativa, pero Prodeco alegaba ahora que esta interpretación no tenía en cuenta que la situación del mercado había cambiado drásticamente. Prodeco propuso que se modificara el Contrato Minero, de modo que, después del otrosí, las Regalías y la CIB se ajustaran con base en el precio real de venta de Prodeco⁷⁰⁸.

Prodeco interpreta el Contrato Minero de forma unilateral

764. El 8 de septiembre de 2008, Prodeco envió una carta a Ingeominas señalando que, a partir del 30 de septiembre de 2008, calcularía las Regalías y la CIB utilizando un Precio Definitivo equivalente al pagado por el consumidor final⁷⁰⁹.
765. A finales del mes de septiembre, Prodeco procedió tal como había anticipado: pagó el importe ajustado correspondiente a las Regalías y la CIB del tercer trimestre del año 2008 aplicando la nueva interpretación del Precio Definitivo. Ello derivó en un pago inferior en USD 6 M a favor de Prodeco.
766. Este comportamiento no fue del agrado de Ingeominas. El 17 de octubre de 2008, Ingeominas exigió a Prodeco que cumpliera con los términos del Contrato Minero⁷¹⁰. Prodeco reaccionó diez días más tarde, expresando que sabía que cualquier modificación del Contrato Minero debía ser acordada de forma bilateral,

⁷⁰⁶ C I, párr. 51; R I, párrs. 61-62. Véase también Doc. C-84, párrs. 1.3-1.15.

⁷⁰⁷ Doc. C-84, párr. 1.4.

⁷⁰⁸ Doc. C-84, párrs. 1.5-1.15.

⁷⁰⁹ Doc. C-86.

⁷¹⁰ Doc. R-84.

pero que ya no necesitaba una modificación de la cláusula de Precio Definitivo, dado que su significado era claro⁷¹¹.

B. Las Negociaciones

767. El 23 de enero de 2009, Ingeominas notificó formalmente a Prodeco mediante un Requerimiento bajo apremio de caducidad. Ingeominas consideró que la interpretación unilateral por parte de Prodeco del Contrato Minero representaba un incumplimiento contractual. Ingeominas notificó a Prodeco que, si no se realizaba el pago o no se ofrecía una justificación apropiada en el plazo de un mes, el Contrato se resolvería mediante una declaración unilateral de caducidad⁷¹².
768. Las negociaciones entre Prodeco e Ingeominas continuaron y, el 21 de mayo de 2009, ambas partes finalmente suscribieron un Acuerdo de Compromiso en un esfuerzo por resolver su controversia. De conformidad con el Acuerdo de Compromiso⁷¹³:
- Prodeco aceptó pagar a Ingeominas una suma adicional de USD 6,3 M por las Regalías y la CIB acumuladas durante el tercer trimestre del año 2008, aceptando (aunque bajo reserva) la interpretación por parte de Ingeominas del término Precio Definitivo utilizado en el Contrato Minero;
 - Prodeco estuvo de acuerdo en continuar pagando las Regalías y la CIB con base en la interpretación por parte de Ingeominas de la disposición sobre el Precio Definitivo, hasta tanto se llegara a un acuerdo entre las partes;
 - Ambas partes se comprometieron a negociar durante un período de 90 días (sujeto a prórroga), en un intento por resolver la controversia respecto del Precio Definitivo y cualquier otra cuestión económica que afectara el Contrato Minero planteada por Prodeco; en el supuesto de que estas negociaciones fracasaran, Ingeominas y Prodeco acordaron recurrir a amigable composición (*amicable composition*) y, en subsidio, al arbitraje nacional colombiano.
769. El 3 de junio de 2009, Prodeco realizó el pago acordado de más de USD 6 M, lo cual dio inicio al período de negociación de 90 días⁷¹⁴. El período de negociación se prorrogó en tres oportunidades, en septiembre, octubre y noviembre de 2009, antes de finalizar el 9 de diciembre de 2009⁷¹⁵.

a. Primera Reunión

770. Ingeominas programó una primera reunión para el 12 de junio de 2009 y envió una carta a Prodeco a modo de preparación para dicha reunión⁷¹⁶. La carta comenzaba

⁷¹¹ Doc. R-85.

⁷¹² Doc. C-88; Doc. C-243.

⁷¹³ Doc. C-91, págs. 7-9.

⁷¹⁴ Doc. R-109.

⁷¹⁵ Doc. C-99; Doc. C-105; Doc. C-109.

⁷¹⁶ Doc. R-110.

con una solicitud de que Prodeco presentara su propuesta, con los argumentos económicos y jurídicos que la sustentan⁷¹⁷:

“Para ello y en razón a la importancia que para INGEOMINAS tiene, como ya indicamos, conocer claramente la posición del contratista, (máxime cuando por la reciente vinculación de algunos directivos y asesores, estos no conocen antecedente alguno del proceso) específicamente lo propuesto para la revisión de las contraprestaciones, se hace necesario adelantar una primera reunión en la que el contratista exponga dicha posición, con los argumentos económicos y jurídicos que la sustentan” [Énfasis agregado].

771. Ingeominas después agregó una condición sumamente importante: Ingeominas debe defender “los intereses de la Nación” y lo haría evaluando “el valor presente neto” asociado con el proyecto en su integridad⁷¹⁸:

“Como ustedes bien saben, INGEOMINAS tiene que evaluar en forma integral su relación con el contratista y examinar toda propuesta que reciba conforme resulte más conveniente a los intereses de la Nación, entendidos estos en términos económicos y de valor presente neto, con estricta sujeción a las normas legales aplicables, razón por la cual solicitamos respetuosamente considerar esos condicionamientos al momento de presentar su propuesta” [Énfasis agregado].

772. La primera reunión tuvo lugar el 12 de junio de 2009. Prodeco realizó una extensa presentación en formato PowerPoint en la que explicaba su posición⁷¹⁹. Las Demandantes propusieron reemplazar el Esquema de Contraprestación existente (Regalías y CIB) por una única tasa de regalías fija en función de los precios reales de venta de Prodeco. Según Prodeco, esta modificación, en últimas, generaría mayores ingresos para el Estado, sin socavar el VPN del proyecto para las Demandantes⁷²⁰.
773. La respuesta de Ingeominas llegó el 23 de junio de 2009, y en ella se solicitó que Prodeco proporcionara una propuesta numérica, detallada y concreta de los cambios solicitados al Esquema de Contraprestación, así como los análisis, valoraciones y compromisos en materia de inversión, expansión y producción futura⁷²¹:

“Tal como entonces tuvimos oportunidad de señalar a ustedes, INGEOMINAS considera indispensable la presentación de una propuesta que contenga en forma numérica, detallada y concreta, tanto la propuesta que el contratista formula a la Nación, como los análisis valoraciones y compromisos específicos que en materia de inversión, expansión y producción futura

⁷¹⁷ Doc. R-110, pág. 1.

⁷¹⁸ Doc. R-110, pág. 1.

⁷¹⁹ Doc. C-93; Doc. R-111 (que contiene una versión en máxima resolución de la presentación en formato PowerPoint, en la cual es posible leer en la primera página “Junio 12, 2009”).

⁷²⁰ Doc. C-93, págs. 26-29.

⁷²¹ Doc. R-112, pág. 1; Doc. BR-5, pág. 1.

asumiría la sociedad titular de cara a la solicitud de revisión de las contraprestaciones económicas del contrato” [Énfasis agregado].

b. La reunión de 2 de julio de 2009

774. Prodeco presentó su propuesta en la reunión programada para el 2 de julio de 2009⁷²². En una presentación en PowerPoint⁷²³, Prodeco propuso un único pago de contraprestación del 10%, basado en el mayor de entre:

- el precio real de venta del carbón, y
- USD 42,43 por tonelada (que era el precio base del PTI 2006).

775. Según Prodeco, la propuesta, al garantizar un precio mínimo por tonelada, protegía a Ingeominas del riesgo de bajas potenciales en los precios del carbón. En una carta enviada dos días más tarde, Prodeco declaró nuevamente ante Ingeominas que la propuesta permitiría una mayor expansión de la Mina y que, además, sería beneficiosa para Ingeominas y para la Nación⁷²⁴:

“La propuesta contenida en la presentación adjunta además de representar un ingreso mayor para Ingeominas y para los departamentos y municipios que reciben regalías y contraprestaciones, representa un ingreso mayor para la Nación ya que la expansión de la mina permitirá incrementar: (i) el número de empleos directos e indirectos en la mina, (ii) la contribución al desarrollo regional, (iii) el rubro de exportaciones, (iv) el valor del capital invertido en la mina y en consecuencia, la inversión extranjera directa, (v) el monto de los impuestos a pagar, y (vi) la contribución al crecimiento del Producto Interno Bruto” [Énfasis agregado].

776. El 13 de julio de 2009, Ingeominas acusó recibo y declaró que estaba evaluando la propuesta de Prodeco “bajo la salva guarda [sic] de los intereses de la Nación y por ende de todos los Colombianos”⁷²⁵.

c. La reunión de 31 de julio de 2009

777. La siguiente reunión tuvo lugar el 31 de julio de 2009⁷²⁶. En su declaración testimonial, el Sr. Nagle dejó constancia de su recuerdo de los temas que se trataron: Ingeominas, entretanto, había analizado la propuesta presentada por Prodeco, y sugirió una tasa de regalías única del 13%, con la posibilidad de aumentarla al 15% si los precios subían y Prodeco obtenía ganancias inesperadas⁷²⁷.

⁷²² Doc. R-114.

⁷²³ Doc. C-95.

⁷²⁴ Doc. R-115.

⁷²⁵ Doc. R-116.

⁷²⁶ Doc. R-118.

⁷²⁷ Nagle I, párr. 60.

778. Dado que la “conclusión principal” del Sr. Nagle sobre la reunión fue que Ingeominas esperaba una oferta mejorada, Prodeco presentó una propuesta revisada el 10 de agosto de 2009. Ahora Prodeco proponía⁷²⁸:

- En cuanto al Esquema de Contraprestación, una única tasa de contraprestación del 13% (en lugar del 10% que se había propuesto originalmente), calculado sobre los precios del carbón en boca de mina, y un incremento escalonado del porcentaje único de la contraprestación hasta el 15% en el caso de precios extremadamente elevados, que superaran los USD 107 por tonelada FOB;
- Que el Precio de Referencia del Carbón se determinara mensualmente mediante una fórmula basada en los índices API2-BC17, utilizando determinados rezagos.

d. Comunicaciones entre Ingeominas y Prodeco

779. El 27 de agosto de 2009, Ingeominas respondió a la propuesta revisada de Prodeco. Ingeominas explicó que todavía no había establecido su posición oficial y realizó las siguientes aclaraciones⁷²⁹:

- Consideraba posible, aunque no había aceptado, reemplazar el Esquema de Contraprestación existente por un pago unificado; este pago unificado no podría ser inferior al 15% del precio FOB del carbón;
- Cualquier modificación del Esquema de Contraprestación debería generar mayores rendimientos para Colombia;
- No se oponía a utilizar un Precio de Referencia del Carbón mínimo para calcular las regalías, aunque el precio de USD 42,43 propuesto por Prodeco era demasiado bajo;
- Determinaba que el precio reportado por el productor como precio final en sus facturas no era siempre fiable;
- Era necesario incorporar un índice de precios del carbón reconocido a nivel internacional, con determinados rezagos.

780. Ingeominas explicó que sus funcionarios estaban examinando la propuesta revisada de Prodeco y esperaban tener una respuesta para la próxima reunión⁷³⁰.

781. Prodeco respondió el 1 de septiembre de 2009, explicando que el objetivo de su oferta mejorada consistía, simplemente, en reflejar lo discutido recientemente por las partes. Prodeco declaró que estaba dispuesta a discutir las propuestas de

⁷²⁸ Doc. C-96.

⁷²⁹ Doc. C-97, págs. 1-2.

⁷³⁰ Doc. C-97, pág. 3.

Ingeominas en la próxima reunión, en la cual también debería abordarse el hecho de que el Acuerdo de Compromiso estaba próximo a expirar⁷³¹.

782. Tal como Prodeco anticipó, el plazo de 90 días acordado para las negociaciones expiró y, el 3 de septiembre de 2009, Ingeominas notificó oficialmente a Prodeco que recurriría a la mediación, conforme a lo previsto en el Acuerdo de Compromiso⁷³². Pero ese mismo día, Prodeco e Ingeominas llegaron a un acuerdo para prorrogar el plazo de negociación hasta el 30 de octubre de 2009, y no se dio inicio a ninguna mediación⁷³³.

Carta de Ingeominas de 23 de septiembre de 2009

783. El 23 de setiembre de 2009, Ingeominas respondió, tras analizar la última propuesta de Prodeco. La reacción inicial de Ingeominas fue negativa⁷³⁴:

“[...] de manera respetuosa nos permitimos precisarles que no se encontraron razones de índole jurídica, técnica o financiera que sustenten las modificaciones contractuales solicitadas”. [Énfasis agregado]

784. Sin embargo, Ingeominas no cerró completamente la puerta: si Prodeco presentaba pruebas claras del hecho de que la expansión resultaba inviable en virtud del Esquema de Contraprestación existente, Ingeominas estaría dispuesta a revisar la propuesta de Prodeco⁷³⁵:

“El Instituto considera que en la medida que la premisa fundamental de PRODECO consiste en la alegada inviabilidad económica del plan de expansión de producción como consecuencia del esquema de contraprestaciones y regalías, compete a PRODECO allegar prueba suficiente de tal hecho, lo que hasta ahora no ha ocurrido a pesar de nuestras reiteradas solicitudes, haciéndose por lo tanto imposible continuar con una negociación basada exclusivamente en razones de conveniencia.

Si PRODECO allega la demostración clara del hecho antes indicado, el Instituto estaría dispuesto a revisar la progresión de la escalación en el sistema de regalías a partir de los volúmenes en los que PRODECO demuestre que el pago de las mismas torna inviable la explotación”. [Énfasis agregado]

Respuesta de Prodeco de 30 de setiembre 2009

785. Prodeco respondió el 30 de setiembre de 2009, solicitando a Ingeominas que indicara qué información específica faltaba o no había sido presentada por Prodeco, ya que Prodeco no podía encontrar ninguna solicitud de información por parte de Ingeominas a la que Prodeco no hubiera respondido oportunamente. Prodeco citó

⁷³¹ Doc. R-124.

⁷³² Doc. C-98.

⁷³³ Doc. C-99.

⁷³⁴ Doc. C-100, pág. 1.

⁷³⁵ Doc. C-100, pág. 1.

además todas las comunicaciones y los documentos que, en su opinión, demostraban que la expansión resultaba inviable⁷³⁶.

e. La reunión de 5 de octubre de 2009

786. Ingeominas y Prodeco celebraron otra reunión el 5 de octubre de 2009⁷³⁷ y, algunos días después, el 9 de octubre, Prodeco presentó una nueva carta con explicaciones adicionales⁷³⁸.
787. Prodeco comenzó por justificar su opinión de por qué razón, en virtud del Esquema de Contraprestación existente, no era viable económicamente expandir la Mina en términos del VPN. Aplicando el sistema actual, el VPN máximo se alcanzaba a 8 MTA y, en producciones mayores, el VPN comenzaba a reducirse como resultado del Esquema de Contraprestación progresivo que se había acordado en el Contrato Minero⁷³⁹:

“Por tanto, a partir de dicho punto el valor presente neto del Proyecto se reduce, motivo por el cual es claro que ningún inversionista arriesgaría su capital para que disminuya el valor de su inversión. En tales condiciones, un proyecto cualquiera deja de ser viable económicamente”. [Énfasis agregado]

788. Por lo tanto, Prodeco afirmó que, a partir de 8 MTA, no sería rentable continuar aumentando la capacidad de la Mina y proporcionó el siguiente gráfico⁷⁴⁰:

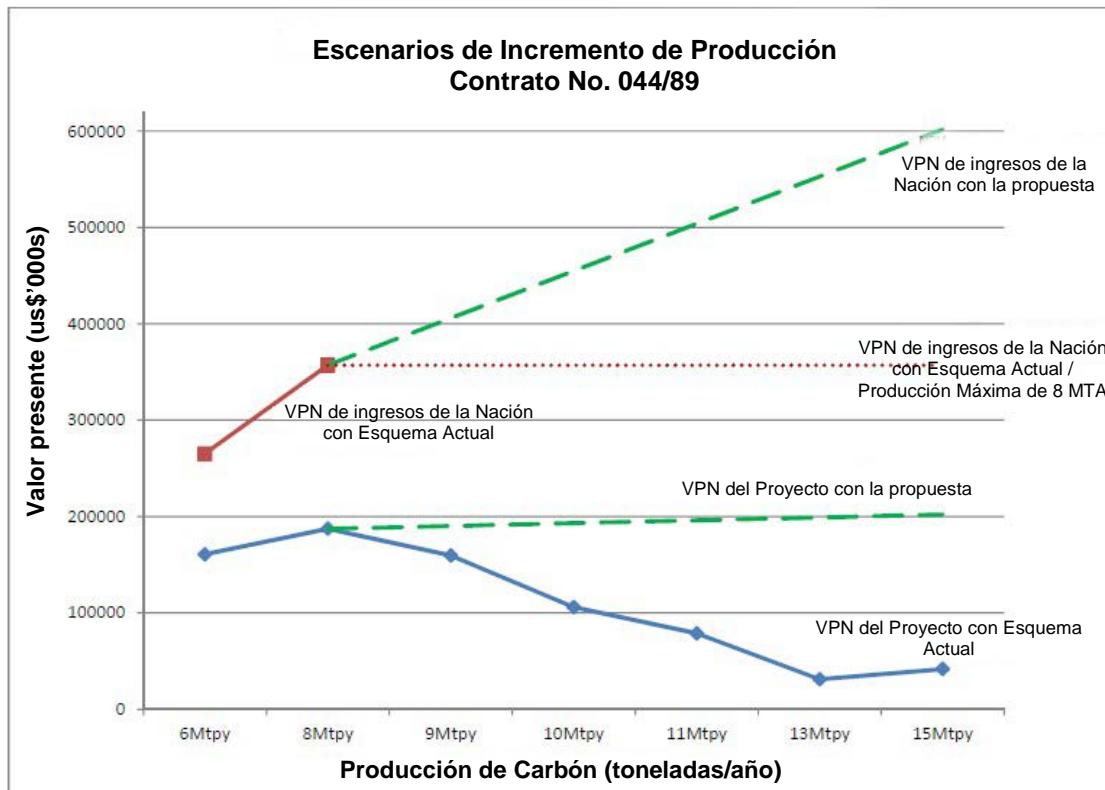
⁷³⁶ Doc. C-101; R-130.

⁷³⁷ Doc. C-101, pág. 3. Véase también Nagle I, párr. 66.

⁷³⁸ Doc. C-102.

⁷³⁹ Doc. C-102, pág. 1.

⁷⁴⁰ Doc. C-102, pág. 9 (imagen de alta definición del gráfico presentado en la pág. 4 (versión en inglés)).



789. De conformidad con el gráfico, con el Esquema de Contraprestación existente:

- Prodeco alcanzaría el VPN máximo del proyecto con una producción anual de 8 MTA y, en consecuencia, no tenía interés alguno en realizar inversiones adicionales para aumentar la capacidad;
- Suponiendo esta producción anual, los ingresos generados en favor de Ingeominas, en VPN a una tasa de descuento del 12%, solo ascenderían a USD 360 M⁷⁴¹.

790. En la carta, Prodeco presentó entonces su propuesta alternativa, que afirmó había sido discutida con Ingeominas en la reunión celebrada el 5 de octubre.

791. Bajo esta propuesta, el Esquema de Contraprestación actual se mantendría para las tasas de producción de hasta 8 MTA, pero, para tasas de producción mayores, se aplicaría un porcentaje de la contraprestación única del 13%.

792. En ese caso, una producción anual de 15 MTA sería rentable, incluso si el aumento en la producción requiriera una inversión de capital de USD 1,6 MM. Prodeco estaría preparada para asumir dicha inversión, dado que el VPN del proyecto aumentó a un poco más de USD 200 M. En la opinión de Prodeco, Ingeominas

⁷⁴¹ Doc. C-102, pág. 1.

también se beneficiaría: el VPN de su participación aumentaría a USD 600 M (nuevamente, a una tasa de descuento al 12%)⁷⁴².

Ánalisis de Ingeominas

793. Ingeominas encomendó a dos de sus funcionarios – el Sr. Balcero y la Sra. Gómez – que analizaran la última propuesta de Prodeco.
794. El Sr. Balcero y la Sra. Gómez prepararon un memorando de tres páginas, de fecha 20 de octubre de 2009, que arribaba a las siguientes conclusiones⁷⁴³:
 - El VPN era una herramienta financiera adecuada para evaluar proyectos de inversión a largo plazo; si el VPN era mayor que la inversión necesaria, la inversión era factible;
 - El modelo presentado por Prodeco tenía un VPN positivo para producciones anuales de entre 8 y 15 MTA, y, por consiguiente, un proyecto que previera producciones dentro de ese rango sería viable en términos financieros;
 - Ciertos aspectos del modelo de Prodeco requerían aclaraciones adicionales;
 - Prodeco debería presentar un análisis de sensibilidad para confirmar la viabilidad financiera del proyecto.

795. El informe no abordaba el argumento de Prodeco acerca de que el VPN del proyecto se maximizaba con una producción de 8 MTA y, en producciones mayores (que exigen una mayor inversión), el VPN disminuía – y de que, según Prodeco, la mejor alternativa, con el Esquema de Contraprestación existente, consistía en limitar la producción a 8 MTA.

f. La reunión de 26 de octubre de 2009

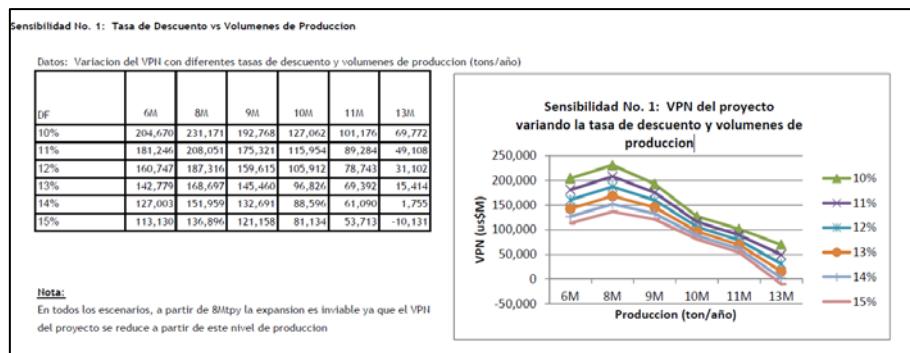
796. El 26 de octubre de 2009, la Sra. Gómez se reunió con el Sr. Johnny Campo de Prodeco para discutir su informe.
797. Ese mismo día, el Sr. Campo envió al Sr. Balcero de Ingeominas el análisis de sensibilidad⁷⁴⁴, que reflejaba el impacto de la variación de ciertos factores en el VPN del proyecto a volúmenes de producción diferentes⁷⁴⁵, a saber:
 - El impacto de la variación de la tasa de descuento en el VPN del Proyecto a volúmenes de producción diferentes:

⁷⁴² Doc. C-102, pág. 2.

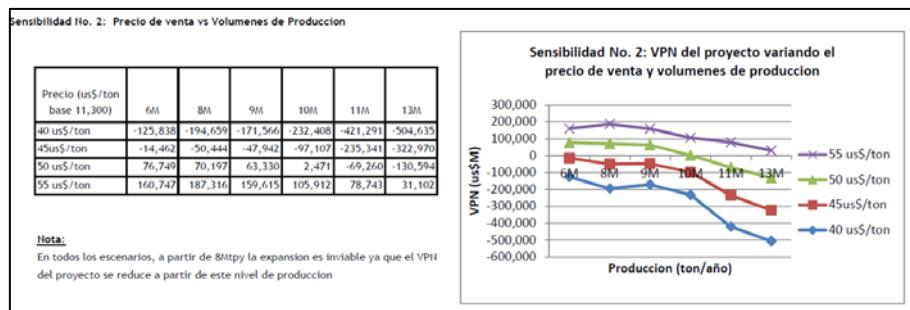
⁷⁴³ Doc. R-134; Doc. R-135.

⁷⁴⁴ Doc. R-134; Doc. C-103.

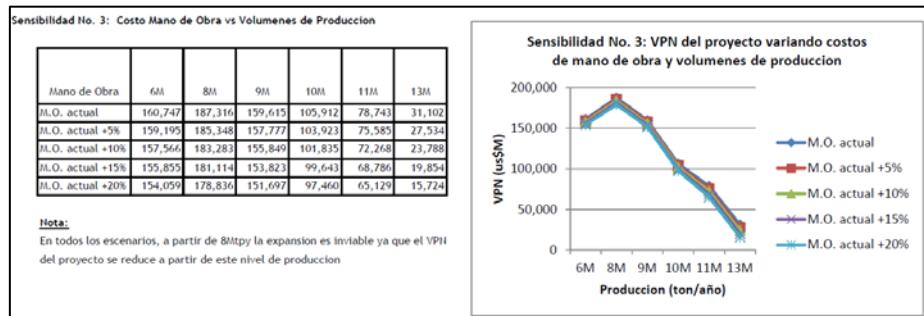
⁷⁴⁵ Doc. C-103. Véanse también Nagle II, párr. 58; Brattle I, párr. 39.



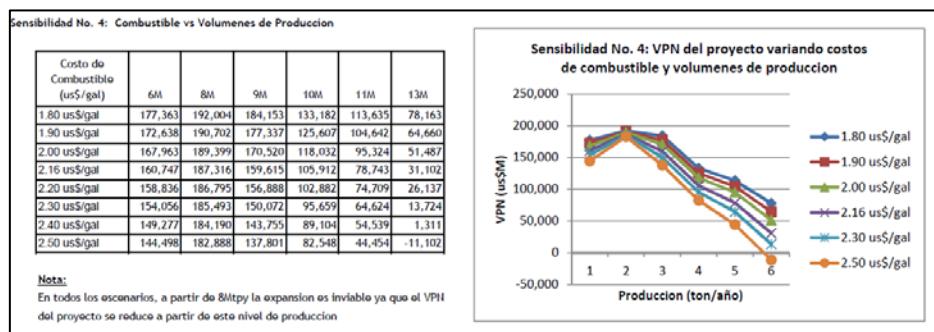
- El impacto de la variación del precio de venta del carbón en el VPN del Proyecto a volúmenes de producción diferentes:



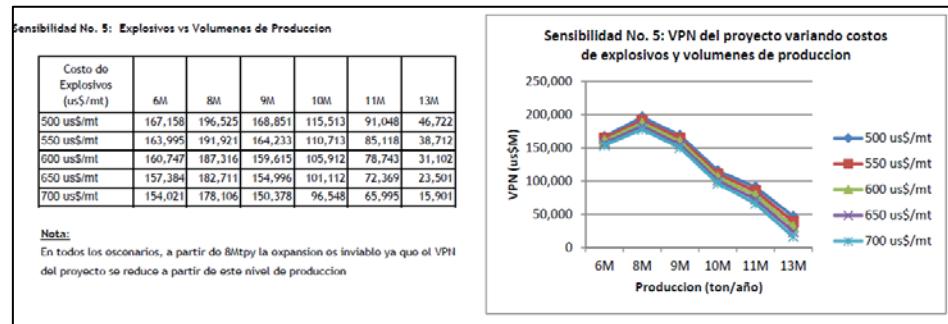
- El impacto de la variación de los costos de mano de obra en el VPN del Proyecto a volúmenes de producción diferentes:



- El impacto de la variación de los costos de combustible en el VPN del Proyecto a volúmenes de producción diferentes:



- El impacto de la variación de los costos de explosivos en el VPN del Proyecto a volúmenes de producción diferentes:

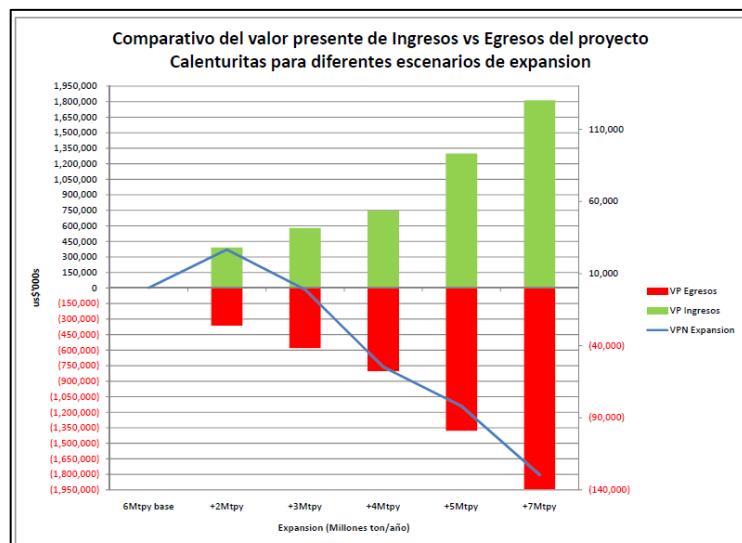


798. Tomando en consideración estos escenarios diferentes, Prodeco concluyó que “a partir de 8Mtpy la expansión es inviable ya que el VPN del proyecto se reduce a partir de este nivel de producción”.

799. Posteriormente, funcionarios de Prodeco y de Ingeominas se reunieron en varias oportunidades y analizaron, de manera conjunta, distintos modelos de sensibilidad⁷⁴⁶.

Información adicional sobre el VPN

800. El 29 de octubre de 2009, el Sr. Campo de Prodeco envió al Sr. Balcero de Ingeominas información adicional que había solicitado. La información consistía en un gráfico que ilustraba el impacto de una expansión del proyecto en su VPN, en donde la línea azul representa el VPN incremental⁷⁴⁷:



⁷⁴⁶ Doc. C-103; C-134, págs. 5-6.

⁷⁴⁷ Doc. C-255.

801. El gráfico confirma que el VPN se maximiza para una producción de 8 MTA y que, para producciones superiores, los gastos aumentan más rápidamente que los ingresos, lo que resulta en VPN inferiores.

g. Propuesta de Prodeco de 4 de noviembre de 2009

802. El 4 de noviembre de 2009, Prodeco presentó otra propuesta revisada a Ingeominas, basada en la información y las proyecciones revisadas en conjunto por Ingeominas y Prodeco⁷⁴⁸:

803. (i) Prodeco sugirió la aplicación del Esquema de Contraprestación existente para producciones de hasta 8 MTA, con algunas modificaciones:

- El Precio de Referencia del Carbón para la liquidación de Regalías y CIB sería el precio real de venta, en lugar del precio de un índice de referencia;
- La CIB se aplicaría cuando los costos de producción fueran inferiores al 75% del precio de venta, el umbral para los pagos de la CIB se actualizaría anualmente con base en índices nacionales e internacionales.

804. (ii) Para producciones por encima de 8 MTA, los primeros 8 MTA percibirían una retribución de conformidad con el Esquema de Contraprestación descrito en (i), y el excedente estaría sujeto a:

- Una tasa de regalías fija del 5% basada en el precio en boca de mina, que se aplicaría a los volúmenes de producción de entre 8 y 11 MTA;
- Si la producción superaba 11 MTA, una tasa de regalías fija del 10% basada en el precio en boca de mina se aplicaría a la producción por encima de 8 MTA;
- El precio en boca de mina se calcularía como el precio final de venta al consumidor menos transporte y embarque.

805. El 11 de noviembre de 2009, Prodeco presentó dos propuestas de fórmula para calcular los pagos de CIB. Prodeco además señaló a Ingeominas el hecho de que habían transcurrido casi seis meses desde la suscripción del Acuerdo de Compromiso y de que, a pesar de las diversas propuestas de Prodeco, Ingeominas todavía no había presentado ninguna contrapropuesta⁷⁴⁹.

h. La reunión de 17 de noviembre de 2009

806. Prodeco e Ingeominas se reunieron nuevamente el 17 de noviembre de 2009, e Ingeominas realizó algunas observaciones a Prodeco⁷⁵⁰:

- Ingeominas reconoció la necesidad de actualizar el umbral de la CIB;

⁷⁴⁸ Doc. C-106. Véanse también Nagle I, párr. 70; Brattle I, párr. 40.

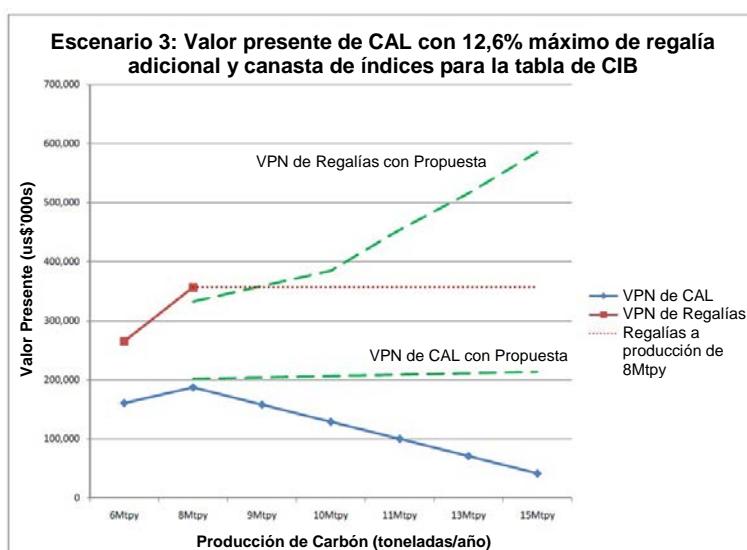
⁷⁴⁹ Doc. C-107.

⁷⁵⁰ Doc. R-145. Véase también Nagle I, párr. 71.

- No obstante, insistió en utilizar el índice ICR como el Precio de Referencia del Carbón para calcular Regalías y CIB – aspecto que Prodeco aceptó;
- Propuso que se aplicara una tasa de regalías fija del 12,6% a toda la producción cuando ésta superara 8 MTA.

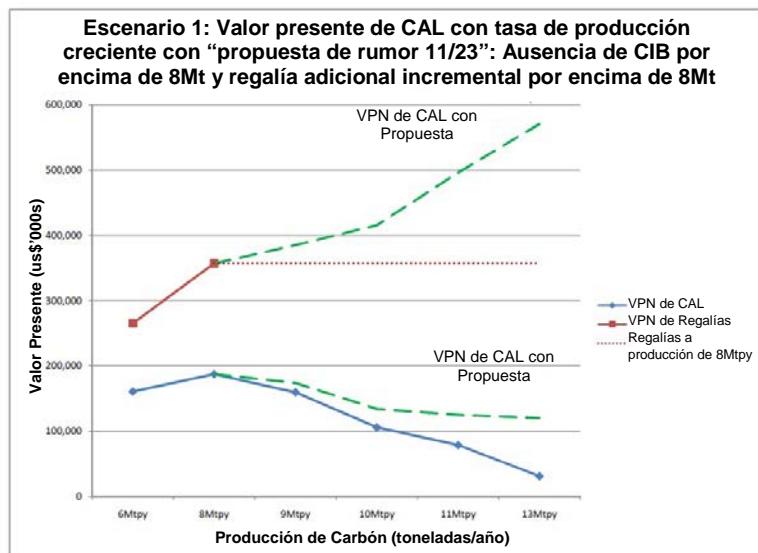
Análisis adicionales

807. El 25 de noviembre de 2009, el Sr. Campo de Prodeco envió a Ingeominas dos gráficos que mostraban el impacto de las propuestas de Ingeominas en el VPN.
808. El primer gráfico mostraba el impacto de una tasa de regalías fija del 12,6% para volúmenes de producción por encima de 8 MTA y los umbrales de la CIB, ajustados por una canasta de índices⁷⁵¹:



809. El producto neto de esta propuesta es que el VPN máximo de la Mina (línea verde inferior) se alcanza con una producción de 15 MTA y que, con esa producción, Ingeominas también maximiza el VPN de su flujo de regalías (línea verde superior). En consecuencia, esta solución parece ofrecer un escenario de naturaleza ‘ganar-ganar’.
810. El segundo gráfico hacía referencia a una “propuesta de rumor 11/23”, donde, por encima de 8 MTA, se acumularía la Regalía Adicional, aunque no la CIB. En ese escenario, el VPN máximo de la Mina se alcanzó a 8 MTA, producción que no maximiza el flujo de ingresos de Ingeominas (que alcanza el máximo a 15 MTA):

⁷⁵¹ Doc. C-108, pág. 3. Véanse también Nagle I, párrs. 72-73; Brattle I, párr. 41.



i. La reunión de 3 de diciembre de 2009

811. El 27 de noviembre de 2009, Prodeco e Ingeominas suscribieron una tercera, y última, prórroga del Acuerdo de Compromiso, hasta el 9 de diciembre de 2009⁷⁵².
812. Posteriormente, las negociaciones continuaron en una reunión celebrada el 3 de diciembre de 2009⁷⁵³.
813. En el transcurso de esa reunión, el acuerdo parecía al alcance. Prodeco aceptó las propuestas de Ingeominas⁷⁵⁴:
 - Una tasa de regalías fija del 12,6% se aplicaría a toda la producción que superara 8 MTA;
 - Los precios de referencia de ICR deberían ponderarse a fin de determinar un Precio de Referencia del Carbón para calcular Regalías y CIB;
 - Las tablas de CIB deberían indexarse según el índice de precios al consumidor de Colombia, y no según índices internacionales;
 - La propuesta de Prodeco de que debieran realizarse pagos de CIB solamente cuando los costos de producción superaran el 75% de los precios de venta fue rechazada.

⁷⁵² Doc. C-109.

⁷⁵³ Nagle I, párr. 74.

⁷⁵⁴ Nagle I, párr. 74.

C. Primera Versión del Otrosí No. 8

814. El 9 de diciembre de 2009, representantes de Prodeco e Ingeominas se reunieron y suscribieron la Primera Versión del Otrosí No. 8. Prodeco e Ingeominas inicializaron y firmaron tres copias de la Primera Versión del Otrosí No. 8⁷⁵⁵.
815. La Primera Versión entraría en vigor una vez inscrita en el Registro Minero Nacional y entraría a regir el 1 de enero de 2010⁷⁵⁶.
816. El Sr. Ballesteros solicitó que Prodeco dejara su ejemplar firmado a Ingeominas, afirmando que, a modo de cortesía, deseaba explicar el contenido del acuerdo en la reunión del Consejo Directivo programada para el día siguiente. Prodeco aceptó su solicitud⁷⁵⁷.

Ingeominas denegó la inscripción

817. El 18 de enero de 2010, Ingeominas devolvió a Prodeco un ejemplar firmado de la Primera Versión del Otrosí No. 8, con varios sellos que rezaban⁷⁵⁸:

“SIN VIGENCIA POR FALTA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MINERO NACIONAL AL CONSIDERARSE LESIVO PARA EL ESTADO”.

818. En la carta introductoria, Ingeominas explicó que la Primera Versión del Otrosí No. 8 era contraria a los intereses de la Nación y que se había denegado la inscripción en el Registro Minero⁷⁵⁹:

“[...] me permito indicarle que con el presente oficio estamos adjuntando copia del Otrosí No 8 al Contrato de Gran Minería No 044/89 de fecha 9 de diciembre de 2009, sin la correspondiente inscripción en el Registro Minero Nacional, por considerarlo, después de efectuarse un análisis y evaluación de las condiciones allí pactadas, inconveniente para la Nación” [Énfasis agregado].

819. La agencia explicó su decisión con las siguientes palabras⁷⁶⁰:

“Finalmente, es pertinente indicar que la decisión adoptada obedece a las políticas y directrices institucionales, encaminadas a garantizar la adecuada administración del recurso minero y la debida ejecución de las condiciones económicas pactadas en el contrato de concesión respectivo, en pro de los

⁷⁵⁵ El Doc. C-111 muestra las iniciales y firmas; el documento muestra un sello que reza “Sin vigencia por falta de inscripción en el Registro Minero al considerarse lesivo para el Estado”.

⁷⁵⁶ Doc. C-111, Cláusulas 9 y 10.

⁷⁵⁷ Doc. C-112. Véase también Nagle I, párr. 78.

⁷⁵⁸ Doc. C-115. Véase también Doc. R-17, que contiene un memorando interno de Ingeominas de fecha 14 de enero de 2010.

⁷⁵⁹ Doc. C-115, pág. 1.

⁷⁶⁰ Doc. C-115, pág. 2.

intereses de la Nación, siendo estos últimos los únicos que pueden orientar la actividad de quienes prestan sus servicios a INGEOMINAS”.

820. Por último, Ingeominas invitó a Prodeco a una revisión inmediata y conjunta de los aspectos pendientes de la negociación⁷⁶¹.

D. Negociaciones finales

821. Luego de la recepción de la carta de Ingeominas de fecha 18 de enero de 2010, se reanudaron las negociaciones.
822. Ingeominas sugirió ajustes menores al esquema de regalías, a saber: mantener la tasa de Regalías existente hasta 8 MTA (es decir, una tasa fija máxima del 12,6% para 8 MTA), pero que cada MTA adicional estuviera sujeto a una tasa adicional del 1% (es decir, solamente el noveno MTA estaría sujeto a una tasa de regalías del 13,6%, solamente el décimo MTA, a una tasa de regalías del 14,6%, y así sucesivamente)⁷⁶².
823. Prodeco accedió a las modificaciones propuestas por Ingeominas⁷⁶³.
824. Por consiguiente, cuatro días después, el 22 de enero de 2010, Prodeco e Ingeominas suscribieron la versión definitiva del Otrosí No. 8⁷⁶⁴, la cual se inscribió en el Registro Minero Nacional tres días más tarde.

(4.2) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

825. De conformidad con los Arts. 2 y 4(1) del Tratado, la protección se aplica solo a inversiones hechas de acuerdo a las leyes y regulaciones de Colombia⁷⁶⁵, y la legislación colombiana exige que los contratos se negocien y ejecuten de buena fe⁷⁶⁶. Este principio del derecho interno se refleja al nivel del derecho internacional. El principio fue establecido por el tribunal del caso *Inceysa* y ha sido reiterado por otros tribunales a partir de entonces⁷⁶⁷:

“La buenas fe es un principio supremo al que están sujetas las relaciones jurídicas en todos sus aspectos y contenido. [...] En el ámbito contractual, la buena fe se manifiesta como la ausencia de engaños y artificios durante el proceso de negociación y otorgamiento de los actos que dieron origen a la inversión, así como la lealtad, la verdad y el ánimo de mantener el equilibrio en las prestaciones recíprocas de las partes” [Énfasis agregado].

⁷⁶¹ Doc. C-115, pág. 2.

⁷⁶² Nagle I, párr. 81.

⁷⁶³ Nagle I, párr. 81.

⁷⁶⁴ Doc. C-15.

⁷⁶⁵ Doc. C-6.

⁷⁶⁶ Doc. C-184, Art. 1603.

⁷⁶⁷ *Inceysa*, párrs. 230-231 (Doc. RL-13). Véase también *Frontier Petroleum*, párr. 297.

826. La Demandada sostiene que las Demandantes aseguraron su inversión mediante mala fe y engaño de tres maneras⁷⁶⁸:

- Primero, desde febrero de 2009 (esto es, antes de que hubiesen comenzado las negociaciones), las Demandantes ya planeaban incrementar la producción por encima de 8 MTA sin cambio alguno en el régimen de Regalías (A);
- Segundo, las Demandantes tergiversaron la situación económica del proyecto en pos de persuadir a Ingeominas de que la expansión de la producción por encima de 8 MTA no resultaba viable económicamente bajo los términos del Contrato Minero aplicables en ese momento (B);
- Tercero, las Demandantes ocultaron información a Ingeominas deliberadamente, en concreto, información geológica, técnica y precisa sobre precios, lo que redundó en que Ingeominas no fuera capaz de evaluar correctamente las propuestas económicas de Prodeco (C).

A. Planes preexistentes

827. La Demandada alega lo siguiente⁷⁶⁹:

“[...] desde el mes de febrero de 2009 (esto es, antes de que hubiesen comenzado las Negociaciones), las Demandantes ya planeaban incrementar la producción por encima de 8 MTA/108 MT sin cambio alguno en el régimen de Regalías”. [Énfasis agregado]

828. Como prueba, la Demandada hace referencia a una Circular publicada el 2 de febrero de 2009 por Xstrata (empresa minera internacional) y dirigida a sus accionistas, en el curso de una venta fallida de Prodeco de Glencore a Xstrata, que reza lo siguiente⁷⁷⁰:

“Se planea completar una expansión de la producción de carbón térmico de exportación a 12 Mtpa para el 2013 [en Calenturitas]. Sin embargo, aún se están completando los trabajos para comprender la producción anual máxima que se puede lograr dentro del área de arrendamiento actual. Esto podría incrementar la producción a aproximadamente 14 Mtpa”.

El análisis del Tribunal

829. La debilidad del argumento de la Demandada es que su premisa básica es falsa: la Demandada afirma que febrero de 2009 fue antes de que “hubiesen comenzado las Negociaciones”.

830. De hecho, esas negociaciones habían comenzado ocho meses antes, a mediados de 2008 (véase Sección **V.1.(4.1).A. supra**).

⁷⁶⁸ R I, párr. 285; R II, párrs. 446 y 451.

⁷⁶⁹ R II, párr. 152.

⁷⁷⁰ Doc. R-303, pág. 32 (del PDF).

831. La evidencia no prueba *quod demonstrandum erat*.

B. Alegaciones de tergiversación

832. La Demandada afirma también que las Demandantes tergiversaron las finanzas de la Mina Calenturitas, en aras de inducir a Ingeominas a suscribir el Otrosí No. 8⁷⁷¹.
833. La Demandada aduce que las presentaciones de Prodeco a Ingeominas se basaron en precios del carbón y costos mineros indebidamente bajos, así como en tasas de descuento indebidamente elevadas, lo que indujo a Ingeominas a creer que el escenario de 8 MTA redundaba en el mayor VPN para Prodeco⁷⁷².
834. Colombia se refiere específicamente al Doc. C-103, documento que Prodeco envió a Ingeominas el 26 de octubre de 2009.

El análisis del Tribunal

835. El 26 de octubre de 2009, Prodeco e Ingeominas habían celebrado una reunión en la mañana. En la tarde, el Sr. Campo de Prodeco envió, a modo de seguimiento al Sr. Balcero de Ingeominas, el Doc. C-103, que contenía ciertos análisis de sensibilidad. En el correo electrónico introductorio, el Sr. Campo ofreció reunirse con el Sr. Balcero al día siguiente, “para revisarlo rápidamente y responder [a] las inquietudes que tengas”.
836. La oferta del Sr. Campo no indica intención alguna de ocultar hechos ni de presentar información engañosa – sino todo lo contrario.
837. (i) El primer argumento de la Demandada de que Prodeco actuó de mala fe se basa en la afirmación de que el rango de precios del carbón utilizado en el análisis de sensibilidad de Prodeco fue de USD 40 a 60 por tonelada y, por lo tanto, resultaba demasiado bajo⁷⁷³.
838. El argumento no resiste escrutinio.
839. Ingeominas, la agencia minera de Colombia, nunca pudo ser engañada por una compañía minera que presentara un rango de precios incorrecto para los precios del carbón. Ingeominas cuenta con amplia información de los rangos de precios apropiados que deben aplicarse a las valoraciones del VPN de las minas de carbón – su equipo de expertos revisaba continuamente los PTI mineros presentados por diversas compañías mineras, que incluían (como uno de sus factores principales) el rango de precios del carbón.
840. En cualquier caso, el PTI 2010, que fue aprobado por Ingeominas, utilizaba un precio de USD 55 por tonelada⁷⁷⁴ – y, por lo tanto, se encontraba dentro del mismo

⁷⁷¹ R II, párrs. 164 y 451.

⁷⁷² R II, párr. 156.

⁷⁷³ Véase Doc. C-103, pág. 4.

⁷⁷⁴ Doc. C-117, págs. 191, 193 y 200 (del PDF).

rango propuesto por Prodeco en el año 2009, lo que prueba que este rango no fue inventado por Prodeco.

841. (ii) El segundo argumento de la Demandada es que el supuesto de costos mineros de las Demandantes en virtud del escenario de 8 MTA era indebidamente bajo, comparado con los supuestos de costos utilizados para escenarios de mayor producción⁷⁷⁵.
 842. Este es un argumento sumamente técnico, con base en los factores de ratios de desbroce y uso de camiones para los tres tipos de camiones utilizados en los escenarios de 6 MTA, 8 MTA, 9 MTA y 10 MTA, y sustentados por un informe *ex post* elaborado por Brattle⁷⁷⁶.
 843. Las Demandantes disienten y afirman que no existe justificación alguna: las ratios de desbroce se transmitieron directamente desde la secuencia interna de mina⁷⁷⁷ – aseveración que la Demandada no contradijo.
 844. En resumen, el Tribunal no observa ningún elemento de mala fe, simplemente un desacuerdo por parte del perito de la Demandada en cuanto a si la tasa de utilización de camiones empleada en el análisis de sensibilidad de las Demandantes era correcta –tasa que las Demandantes también utilizaron en su propia secuencia interna de mina.
 845. (iii) Por último, la Demandada afirma que las Demandantes sobreestimaron la tasa de descuento apropiada para calcular el VPN de diversos escenarios⁷⁷⁸.
 846. El argumento es infundado.
 847. Las Demandantes incluyeron en sus sensibilidades para cada uno de los escenarios de producción tasas de descuento de 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15%⁷⁷⁹.
 848. Si Ingeominas consideraba que otras tasas de descuento podían ser apropiadas, sin duda podría haber hecho el cálculo ella misma, o bien aceptar el ofrecimiento del Sr. Campo de brindar información adicional.
- C. Alegaciones de ocultamiento de información**
849. La Demandada asevera además que las Demandantes ocultaron información sustancial a Ingeominas⁷⁸⁰.
 850. El argumento de la Demandada se basa en el denominado “Escenario de Expansión Alternativo”, que fue creado por el perito de la Demandada, Brattle, en virtud del

⁷⁷⁵ R II, párr. 182.

⁷⁷⁶ R II, párr. 185.

⁷⁷⁷ C III, párr. 70(a).

⁷⁷⁸ R II, párr. 192.

⁷⁷⁹ C II, párr. 55(b).

⁷⁸⁰ R II, párr. 199.

cual las Demandantes podrían haber expandido la producción total de la mina más allá de 8 MTA, incluso bajo el esquema de Regalías existente, produciendo 10 MTA y agotando así la base de reserva dentro del plazo de la concesión (esto es, a más tardar, en el año 2035)⁷⁸¹. Según la Demandada⁷⁸²:

“La ventaja principal del Escenario de Expansión Alternativo es que habría arrojado – en virtud del régimen anterior al Otrosí No. 8 – (i) un VPN para Prodeco mayor que aquél del escenario de 8 MTA/108 MT, y (ii) un VPN para Colombia mayor que la propuesta de las Demandantes de 15 MTA/245 MT”.

851. La Demandada sostiene que, aunque Prodeco era ciertamente consciente de que no necesitaba el Otrosí No. 8 a fin de incrementar la producción, omitió deliberadamente debatir el Escenario de Expansión Alternativo con Ingeominas⁷⁸³.
852. Las Demandantes afirman que el argumento de la Demandada es un *non sequitur*⁷⁸⁴.

El análisis del Tribunal

853. El Tribunal coincide con las Demandantes.
854. El denominado “Escenario de Expansión Alternativo” no existía al momento de la negociación del Otrosí No. 8. Se trata de un escenario creado por Brattle, *ex post*, a los fines del presente arbitraje. No existen pruebas de que las Demandantes alguna vez desarrollaran este escenario, ni de que Ingeominas, la agencia minera de Colombia, dotada de servidores públicos bien preparados, planteara alguna vez esta posibilidad.

* * *

855. En síntesis, el Tribunal no está convencido por la alegación de la Demandada de que las Demandantes aseguraron su inversión mediante mala fe y engaño.
856. Las pruebas en el expediente no brindan sustento a la proposición de la Demandada de que Prodeco tergiversó la situación económica del Proyecto deliberadamente o de que trató de ocultar información a Ingeominas⁷⁸⁵.
857. El Tribunal está persuadido de que Prodeco e Ingeominas negociaron el Otrosí No. 8 de manera exhaustiva, de buena fe y en condiciones. Las negociaciones, que involucraron a dos entidades con amplia experiencia en el sector carbonífero, se extendieron durante un período de 20 meses, durante el cual hubo múltiples reuniones e intercambios de propuestas. En el curso de las negociaciones, Ingeominas tuvo todas las oportunidades para solicitar información y para

⁷⁸¹ R II, párr. 199. Véase también R I, párrs. 200-206.

⁷⁸² R II, párr. 200.

⁷⁸³ R I, párr. 206; R II, párrs. 220-221.

⁷⁸⁴ C III, párr. 274.

⁷⁸⁵ La inferencia negativa solicitada por la Demandada en R II, párr. 999, carece absolutamente de mérito. No existen pruebas de que las Demandantes ocultaran documentos relacionados con las negociaciones entre Ingeominas y Prodeco.

cuestionar la información proporcionada por Prodeco. No existen pruebas de que Prodeco no abordara alguna solicitud presentada por Ingeominas.

858. El Tribunal respalda sus conclusiones con dos hechos:

- Primero, hasta el presente arbitraje, Colombia jamás planteó alegación alguna de mala fe o engaño en la negociación del Otrosí No. 8 en contra de Prodeco; en particular, en el Proceso de Nulidad Contractual, la ANM nunca cuestionó la conducta de Prodeco en el curso de las negociaciones del Otrosí No. 8;
- Segundo, la conducta de Prodeco en las negociaciones realmente denota buena fe. En efecto, en diciembre de 2009, Prodeco e Ingeominas suscribieron una Primera Versión del Otrosí No. 8, de la que Ingeominas eventualmente se retractó; Prodeco podría haber intentado hacer valer la Primera Versión del Otrosí No. 8, que había sido suscrita debidamente por Ingeominas; en cambio, Prodeco aceptó renegociar, de modo que Ingeominas pudiera estar satisfecha de que la versión definitiva del Otrosí No. 8 resultaba favorable a los intereses del Estado colombiano. La conducta de Prodeco es elocuente y contradice las críticas de la Demandada.

(5) SÍNTESIS DE LAS DECISIONES

859. En conclusión, el Tribunal determina que la Demandada no ha demostrado sus acusaciones de que Prodeco adquiriera el Contrato 3ha como medio para sobornar al Sr. Ballesteros a efectos de la suscripción del Otrosí No. 8, ni de que tergiversara la situación económica del proyecto y, de forma deliberada y de mala fe, ocultara información sustancial a Ingeominas en aras de asegurar el Otrosí No. 8.
860. En consecuencia, el Tribunal desestima la Excepción de Ilegalidad de la Demandada.

V.2. EXCEPCIÓN DE ELECCIÓN DE VÍA

861. La Demandada arguye que la cláusula de elección de vía del Tratado (la “**Cláusula de Elección de Vía**”) priva al Centro de jurisdicción y al Tribunal de competencia respecto de la “Reclamación en contra de la Contraloría”, dado que las Demandantes eligieron los tribunales locales para resolver la diferencia subyacente⁷⁸⁶ (1).
862. Las Demandantes arguyen que la Demandada no ha demostrado que se reúnen los elementos para la aplicación de la Cláusula de Elección de Vía y que Colombia pretende ampliar el ámbito de aplicación de esta disposición de manera indebida⁷⁸⁷ (2).
863. Luego de resumir las posiciones de las Partes, el Tribunal analizará las cuestiones y explicará su decisión (3).

(1) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

864. La Demandada señala que el Art. 11(4) del Tratado contiene una Cláusula de Elección de Vía, que determina que, una vez que un inversionista ha elegido someter una disputa a los tribunales locales o a arbitraje internacional, dicha elección es definitiva⁷⁸⁸.
865. Según la Demandada, en el presente caso, Prodeco eligió someter una reclamación en contra del Fallo de la Contraloría a los tribunales administrativos colombianos, antes de someter dicha reclamación a arbitraje. Por lo tanto, este Tribunal no goza de competencia respecto de la reclamación en contra de la Contraloría⁷⁸⁹.

La Solicitud de Conciliación activó la bifurcación

866. La Demandada arguye que Prodeco inició el proceso administrativo local en contra del Fallo de la Contraloría el 30 de diciembre de 2015 mediante la presentación de una solicitud a la Procuraduría General de la Nación para iniciar un proceso de conciliación extrajudicial [ya definida como la “**Solicitud de Conciliación**”]⁷⁹⁰. La Demandada explica que, de conformidad con el derecho colombiano, la conciliación es una condición obligatoria previa al proceso judicial⁷⁹¹ y que la acción incoada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no podría haberse iniciado en forma válida sin esta etapa previa al proceso judicial⁷⁹².

⁷⁸⁶ R I, párrs. 291-296.

⁷⁸⁷ C III, párr. 85.

⁷⁸⁸ R I, párr. 291; R II, párrs. 454-455.

⁷⁸⁹ TA, Día 2, pág. 498, ll. 15-19.

⁷⁹⁰ R I, párr. 299; R II, párr. 456.

⁷⁹¹ R I, párr. 298.

⁷⁹² R II, párr. 502.

867. La Solicitud de Conciliación fue presentada con una antelación superior a dos meses de la remisión de la misma reclamación a arbitraje, el 4 de marzo de 2016. Por ende, las Demandantes eligieron los tribunales locales antes de elegir el arbitraje⁷⁹³. La Demandada asevera que la Solicitud de Conciliación resulta suficiente a los efectos de activar la Cláusula de Elección de Vía, la cual exige solamente que los procedimientos sean “remitidos” a los tribunales locales o al arbitraje⁷⁹⁴.

868. Además, la Demandada sostiene que resulta irrelevante que la conciliación sea de naturaleza extrajudicial, puesto que el Tratado no excluye este tipo de procedimientos de la Cláusula de Elección de Vía⁷⁹⁵.

El Tribunal debe aplicar el test de la base fundamental

869. La Demandada arguye que el test para determinar la aplicación de la cláusula de elección de vía ha sido establecido por el caso *Pantechniki* como el test de la “base fundamental”: el Tribunal debe evaluar si la reclamación planteada ante los tribunales locales y la reclamación de arbitraje comparten la misma base fundamental y, en consecuencia, no puede tolerarse que se tramiten en paralelo⁷⁹⁶.

870. Según la Demandada, la reclamación presentada por las Demandantes en contra de la Contraloría en el presente arbitraje comparte la misma base fundamental que la reclamación planteada por Prodeco ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁷⁹⁷:

- La reclamación presentada por las Demandantes en contra de la Contraloría en el presente arbitraje y la impugnación planteada por Prodeco en contra del Fallo de la Contraloría surgen de la misma matriz de hechos: la imposición del Monto de Responsabilidad Fiscal sobre Prodeco; esto resulta evidente de la comparación de los argumentos planteados, por un lado, por las Demandantes en el Escrito de Demanda y, por el otro, por Prodeco en la Solicitud de Conciliación;
- El petitorio solicitado es el mismo en ambos procedimientos, y las dos reclamaciones buscan el mismo efecto: eliminar el Fallo de la Contraloría y restituir el Monto de Responsabilidad Fiscal a las Demandantes;
- Las Demandantes emplean la misma terminología jurídica a fin de articular sus reclamaciones tanto en este arbitraje como en el procedimiento ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca;
- En vista de que Glencore es titular indirecta del 100% de las acciones de Prodeco y efectivamente controla a Prodeco, se debe considerar que la

⁷⁹³ R II, párr. 456.

⁷⁹⁴ R II, párr. 502.

⁷⁹⁵ R II, párr. 503.

⁷⁹⁶ R I, párrs. 303-306, que hacen referencia a *Pantechniki*, párr. 53; R II, párrs. 459 y 466-468.

⁷⁹⁷ R I, párrs. 307-313, 317 y 323; R II, párrs. 456-457, 496 y 499; TA, Día 2, pág. 498, l. 19 – pág. 500, l. 10.

reclamación planteada por Prodeco ante el Tribunal Administrativo fue planteada, en realidad, por Glencore.

871. La Demandada arguye que, dado que la reclamación ante la jurisdicción administrativa colombiana precede a la reclamación en contra de la Contraloría en el presente arbitraje, y ambas reclamaciones comparten la misma base fundamental, la Cláusula de Elección de Vía inhibe la competencia del Tribunal⁷⁹⁸.

Los argumentos en contrario de las Demandantes carecen de fundamento

872. En cuanto a los argumentos en contrario planteados por las Demandantes, la Demandada sostiene que el test de la “triple identidad” ha caído en desgracia respecto de las cláusulas de bifurcación.
873. En primer lugar, la Demandada arguye que el Tratado y la jurisprudencia reciente no exigen una identidad estricta de partes para que se active la Cláusula de Elección de Vía⁷⁹⁹.
874. La Demandada sostiene que el Tratado carece en su redacción de cualquier elemento que pueda justificar un requisito de identidad estricta de las partes. El propósito de las cláusulas de bifurcación consiste en impedir que la misma cuestión sea resuelta dos veces, por foros diferentes, y que la misma parte tenga que defenderse en procesos múltiples. La Demandada arguye que, para ser efectivas, las cláusulas de bifurcación deben abarcar a partes no idénticas; el hecho de exigir la identidad estricta de partes abriría la puerta a que diversas empresas, que son parte de la misma estructura corporativa, incoen reclamaciones paralelas en contra del mismo Estado soberano⁸⁰⁰.
875. Asimismo, la Demandada asevera que, desde la emisión del laudo *Pantechniki*, la jurisprudencia reciente ha favorecido el test de la “base fundamental” y descartado el requisito de identidad estricta de las partes⁸⁰¹. Según la Demandada, una línea consistente de casos, tales como *Ampal*, *Grynberg* y *Apotex*, sustenta la proposición de que el requisito de identidad de partes debe aplicarse con flexibilidad y que se satisfice entre partes que se encuentran en la misma cadena de propiedad corporativa. En particular, el tribunal en *Ampal* determinó que la doctrina de *res judicata* era aplicable “a las partes del laudo anterior y a aquellas personas que tienen una relación jurídica de interés con ellas”⁸⁰².
876. En segundo lugar, la Demandada sostiene que ni el Tratado ni la jurisprudencia reciente exigen una identidad estricta de disputa para que se active la cláusula de

⁷⁹⁸ R I, párr. 323; R II, párr. 499.

⁷⁹⁹ R I, párr. 302; R II, párr. 459.

⁸⁰⁰ R II, párrs. 460-463.

⁸⁰¹ R I, párr. 316; R II, párrs. 468-478, que hacen referencia a *H&H Enterprises Investment*, párrs. 363-370; *Supervisión y Control*, párr. 308.

⁸⁰² R II, párr. 479, que hace referencia a *Ampal-American Israel Corp.*, párr. 266; y también *Grynberg et al.*, párrs. 7.1.5-7.1.7; *Apotex*, párrs. 7.38-7.40.

elección de vía⁸⁰³. Nuevamente, el test de la “base fundamental” del laudo *Pantechniki* ha ganado cada vez más terreno⁸⁰⁴.

877. La Demandada afirma que, en el caso *Salini Impregilo*, el tribunal consideró suficiente “que los fundamentos sustantivos de la disputa hayan sido ‘sometidos a la jurisdicción administrativa o judicial competente’”⁸⁰⁵. De modo similar, el caso *Philip Morris* estableció que el término “controversia” debería interpretarse de manera amplia y que era suficiente que ambas diferencias se fundaran en hechos sustancialmente similares y fueran relativas a inversiones en virtud del tratado⁸⁰⁶.
878. La Demandada arguye que las Demandantes invocan solamente la jurisprudencia que precede al laudo en *Pantechniki* en sustento de su alegación de que la mayoría de los tribunales han adoptado el test de la “triple identidad” al momento de interpretar las disposiciones de elección de vía⁸⁰⁷.
879. En tercer lugar, la Demandada rechaza el argumento de las Demandantes en virtud del cual el proceso ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca constituiría una acción defensiva y la operación de la Cláusula de Elección de Vía estaría prohibida de alguna forma. Las Demandantes eligieron impugnar el Fallo de la Contraloría ante los tribunales locales y no debería permitirse que planteen la misma reclamación ante este Tribunal. En cualquier caso, ni el Tratado ni la jurisprudencia excluyen la aplicación de la Cláusula de Elección de Vía sobre la base de la presunta naturaleza defensiva del proceso local⁸⁰⁸.
880. Por último, la Demandada niega que se encuentre impedida de plantear una excepción en virtud de la Cláusula de Elección de Vía. El hecho de que en el proceso judicial colombiano la Contraloría arguyera que Glencore había optado por el arbitraje internacional y que esta elección excluye la jurisdicción de los tribunales administrativos colombianos carece de relevancia. Dicha afirmación se hizo recién durante el proceso de conciliación obligatoria, y no ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Además, no hay prueba alguna de que las Demandantes invocaran la afirmación de la Contraloría ni de que tal invocación las hubiera perjudicado⁸⁰⁹.

(2) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

881. Según las Demandantes, para que la Cláusula de Elección de Vía del Art. 11(4) del Tratado sea aplicable deben cumplirse varias condiciones cumulativas⁸¹⁰:

⁸⁰³ R II, párr. 487.

⁸⁰⁴ R II, párrs. 488-496, que hacen referencia a *Supervisión y Control*, párr. 308.

⁸⁰⁵ R II, párr. 491, que hace referencia a *Salini*, párr. 133.

⁸⁰⁶ R I, párrs. 321-322, que hacen referencia a *Philip Morris (Jurisdicción)*, párr. 113.

⁸⁰⁷ R II, párr. 493.

⁸⁰⁸ R II, párrs. 506-508.

⁸⁰⁹ R II, párrs. 497-498.

⁸¹⁰ C II, párrs. 178-179; C III, párr. 84; TA, Día 1, pág. 238, ll. 11-21.

- El “inversionista”, que tiene que ser el mismo que presentó la reclamación internacional,
 - Debe haber “remitido la disputa”, tal como se define en el Art. 11(4) del Tratado – es decir, una disputa en virtud de un Tratado,
 - A un “tribunal nacional”,
 - Antes de remitirla al arbitraje internacional.
882. Según las Demandantes, Colombia no puede demostrar que ni uno de estos elementos se haya satisfecho⁸¹¹.

Identidad de inversionista

883. Las Demandantes alegan que el Tribunal tiene el deber de aplicar el texto del Tratado que negociaron y suscribieron Colombia y Suiza. El Tratado hace referencia expresa a la identidad estricta del inversionista que ha remitido la disputa a los tribunales locales y al arbitraje internacional.
884. En el presente arbitraje, hay dos “inversionistas” en el sentido del Art. 11(4) del Tratado: Glencore y Prodeco. Glencore y Prodeco son entidades jurídicas separadas, y Glencore no es parte de ningún procedimiento judicial o conciliación local en Colombia. Incluso si Colombia pudiera establecer que Prodeco remitió la misma disputa a un tribunal nacional, *quod non*, Colombia no puede invocar la excepción en contra de Glencore⁸¹².
885. Las Demandantes alegan que, en cualquier caso, la jurisprudencia invocada por la Demandada no brinda sustento a su argumento⁸¹³:
- En los casos *Pantechini y H&H c. Egipto*, el mismo inversionista había iniciado tanto el proceso local como el procedimiento de arbitraje; los tribunales determinaron simplemente que la identidad de la contraparte – el demandado, es decir, el Estado y sus entidades – no era necesaria;
 - La decisión del caso *Supervisión y Control*, en el cual el abogado principal de Colombia en este arbitraje se desempeñaba como árbitro, no concluye que la referencia que un tratado hace a un inversionista debería interpretarse como que incluye a las entidades controladas;
 - El caso *Salini Impregilo* no se refiere a la aplicación de la cláusula de elección de vía, sino a un “requisito de proceso local previo al arbitraje” que tiene un propósito fundamentalmente diferente.

⁸¹¹ C II, párr. 180; C III, párr. 85; TA, Día 1, pág. 238, l. 22 – pág. 239, l. 2.

⁸¹² C II, párrs. 181-182; C III, párrs. 91-96.

⁸¹³ C II, párrs. 184, 199; C III, párrs. 97-99, que hacen referencia a *H&H Enterprises*, párr. 367; *Supervisión y Control*, párr. 327.

Identidad de disputa

886. Según las Demandantes, el Tribunal debe interpretar el texto del Tratado de conformidad con el Art. 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [“**CVDT**”]. Las Demandantes afirman que el término “disputa” contenido en el Art. 11(4) solo puede aludir al tipo de disputa descrito en el Art. 11(1), esto es, una disputa relativa a una violación del Tratado por parte de Colombia, que es sometida a dos foros diferentes.
887. Las Demandantes alegan que la cláusula de resolución de disputas del Tratado no abarca a las disputas locales, sino exclusivamente a las disputas vinculadas a incumplimientos del Tratado, en particular, a las disputas emergentes de la opinión de una parte de que “alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación” en virtud del Tratado⁸¹⁴.
888. Las Demandantes alegan que Prodeco nunca ha sometido una disputa relativa a una violación del Tratado a los tribunales colombianos. Prodeco simplemente inició una acción defensiva en Colombia en aras de restaurar el *statu quo* y de invalidar el Monto de Responsabilidad Fiscal⁸¹⁵.
889. Las Demandantes alegan que el tratado aplicable en el caso *Pantechniki* tenía una redacción fundamentalmente diferente, que definía ampliamente la disputa en materia de inversión sujeta a su cláusula de resolución de disputas como “cualquier disputa [...] relativa a inversiones”. De modo similar, el caso *Philip Morris* es distingible debido a las diferencias textuales del tratado entre Uruguay y Suiza y el tratado entre Colombia y Suiza. Por ende, las conclusiones a las que se arribó en dichos casos no asisten a los argumentos de Colombia⁸¹⁶.
890. Asimismo, las Demandantes alegan que al menos cinco casos que fueron decididos con posterioridad al laudo *Pantechniki* adoptaron el “test de la triple identidad” al momento de interpretar las disposiciones de elección de vía, incluidos los casos *Charanne* y *Khan*, que rechazaron el test de la base fundamental⁸¹⁷.
891. Independientemente de ello, las Demandantes alegan que ni la Solicitud de Conciliación de Prodeco ni la impugnación posterior del Fallo de la Contraloría ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se refieren a una disputa en virtud del Tratado. A nivel local, Prodeco solicita una declaración de que el Fallo no es válido en virtud del derecho colombiano, mientras que, en este procedimiento, las Demandantes solicitan un resarcimiento por los incumplimientos del Tratado por parte de Colombia, que no incluye la declaración de nulidad del Fallo de la Contraloría como cuestión de derecho colombiano⁸¹⁸.

⁸¹⁴ C II, párrs. 186-187; C III, párrs. 88 y 101-103; TA, Día 1, pág. 243, l. 6 – pág. 245, l. 8.

⁸¹⁵ C III, párr. 100.

⁸¹⁶ C II, párr. 188; C III, párr. 104; TA, Día 1, pág. 245, ll. 8-19.

⁸¹⁷ C III, párr. 105.

⁸¹⁸ C III, párr. 106.

La remisión a arbitraje precedió la impugnación del Fallo de la Contraloría

892. Las Demandantes arguyen que presentaron la Solicitud de Arbitraje el 4 de marzo de 2016 y, por ende, eligieron el arbitraje antes de presentar la impugnación defensiva al Fallo de la Contraloría ante los tribunales colombianos el 31 de marzo de 2016⁸¹⁹.
893. Según las Demandantes, la propia Contraloría reconoció que los tribunales colombianos carecían de jurisdicción respecto de la impugnación de Prodeco, ya que Prodeco había “optado por el arbitraje internacional para dirimir el conflicto, [y] ha[bía] exclu[ido] de manera definitiva la jurisdicción contencioso-administrativa de Colombia”. La posición adoptada por Colombia en el proceso de conciliación impide a Colombia plantear la excepción contraria en el presente arbitraje⁸²⁰.

La conciliación es de naturaleza extrajudicial

894. Las Demandantes observan que el Art. 11(4) requiere expresamente la remisión de la disputa a un tribunal nacional. La Solicitud de Conciliación, que es una condición previa al inicio del proceso judicial, fue presentada al Procurador, autoridad extrajudicial, y no supuso tasas judiciales⁸²¹.
895. Las Demandantes explican que el Art. 3 de la Ley 640 de 2001 dispone que la conciliación es “extrajudicial” justamente por ser anterior o externa a un proceso ante un tribunal. De modo similar, el Art. 179 de la Ley 1437 de 2011 deja en claro que la primera etapa de un proceso ante un tribunal pertinente comienza con la presentación de la queja o demanda ante el juez, y no con el cumplimiento de requisitos previos⁸²².
896. Por consiguiente, no había necesidad de que el Tratado excluyera la conciliación previa al proceso judicial⁸²³.
897. Respecto del argumento de Colombia en virtud del cual la remisión a un tribunal nacional ocurre cuando se inicia el proceso de consulta amigable, las Demandantes alegan que, si dicho argumento fuera correcto, el mismo criterio tendría que aceptarse respecto del arbitraje. En consecuencia, la excepción de la Demandada tampoco prosperaría, dado que las Demandantes entregaron la notificación de disputa que activaba el proceso de consulta amigable en virtud del Tratado el 28 de agosto de 2015, varios meses antes de la Solicitud de Conciliación⁸²⁴.

⁸¹⁹ C II, párr. 190; C III, párrs. 86 y 107; TA, Día 1, pág. 239, ll. 3-13.

⁸²⁰ C II, párr. 191; C III, párrs. 86 y 108; TA, Día 1, pág. 239, l. 14 – pág. 240, l. 10.

⁸²¹ C II, párr. 193; C III, párrs. 87 y 110-111; TA, Día 1, pág. 241, ll. 11-22.

⁸²² C II, párr. 192; C III, párr. 112; TA, Día 1, pág. 241, l. 22 – pág. 242, l. 11.

⁸²³ C III, párr. 111.

⁸²⁴ C III, párr. 113; TA, Día 1, pág. 242, ll. 11-22.

La Solicitud de Conciliación constituía una acción defensiva destinada a restaurar el *status quo*

898. Las Demandantes arguyen que Prodeco planteó una reclamación en contra del Fallo de la Contraloría como acción defensiva en virtud del derecho interno, con el fin de restaurar el *status quo*. Puesto que este recurso solo podía solicitarse en Colombia, la impugnación de Prodeco constituye el tipo de acción defensiva que los tribunales de los casos *Genin* y *Enron* consideraron que no activaban la cláusula de elección de vía⁸²⁵.

(3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

899. El Art. 11 del Tratado, que se refiere a la resolución de disputas entre un Estado parte del Tratado y un inversionista del otro Estado parte, establece lo siguiente⁸²⁶:

“(1) Si un inversionista de una Parte considera que alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente.

(2) Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un periodo de seis meses desde la fecha de la solicitud escrita para consultas, podrá ser remitido a las cortes o tribunales administrativos de la Parte concerniente o al arbitraje internacional. [...]

(4) Una vez que el inversionista haya remitido la disputa, ya sea a un tribunal nacional o a cualquier mecanismo de arbitraje internacional previsto en el párrafo 2 anterior, la escogencia del procedimiento será definitiva”.

900. Los Arts. 11(2) y (4) contienen la denominada disposición de “elección de vía”, que permite al inversionista optar entre distintos foros judiciales o arbitrales para la sumisión de una disputa de inversión, aunque prescribe que, una vez que se ha realizado dicha elección, aquella se torna definitiva e irrevocable— *electa una via non datur recursus ad alteram*.
901. La Demandada sostiene que Prodeco decidió remitir la disputa en contra de la Contraloría a los tribunales locales colombianos y que, debido a esa elección, las Demandantes se ven imposibilitadas de recurrir al arbitraje internacional.
902. El Tribunal resumirá brevemente los hechos probados (A) para luego analizar y finalmente desestimar la Excepción de Elección de Vía planteada por la Demandada (B).

⁸²⁵ C III, párr. 114.

⁸²⁶ Doc. C-6, Art. 11.

A. Hechos probados

a. Fallo de la Contraloría y recurso administrativo

903. El 30 de abril de 2015, la Contralora Delegada, la Sra. Vargas, emitió el Fallo de la Contraloría, que determinó que, con la suscripción del Otrosí No. 8, Prodeco había incurrido en responsabilidad y declaró tanto a Prodeco como a ciertos servidores públicos solidariamente responsables de compensar al Estado por el daño causado⁸²⁷.

904. El 11 de mayo de 2015, Prodeco presentó:

- Un recurso de reposición ante la Contralora Delegada, la propia autoridad que había emitido el Fallo, en el que solicitaba la reconsideración de su Fallo; y
- Un recurso de apelación ante el Contralor General de la República, el superior de la Contralora Delegada⁸²⁸.

905. Estos recursos administrativos no prosperaron:

- En el mes de julio de 2015, la Contralora Delegada rechazó el recurso de reposición de Prodeco⁸²⁹; y
- En el mes de agosto de 2015, el Contralor General emitió el Fallo de Apelación, que confirmaba el Fallo de la Contraloría⁸³⁰.

906. Por ende, el Fallo de la Contraloría quedó firme a nivel administrativo. En virtud del derecho administrativo colombiano, Prodeco podría ahora proceder a impugnar la validez del acto administrativo definitivo de la Contraloría ante los tribunales administrativos colombianos. Esta impugnación requería como paso previo pero obligatorio que Prodeco solicitara una conciliación extrajudicial con la Contraloría; si la conciliación fracasaba, Prodeco tendría derecho a iniciar un proceso de nulidad judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca [ya definido como “Proceso de Nulidad”].

b. Notificación de la Disputa de Inversión

907. Sin embargo, Prodeco no inició una conciliación extrajudicial de inmediato como paso previo al Proceso de Nulidad ante los tribunales administrativos colombianos. La primera reacción de las Demandantes consistió en iniciar consultas con la

⁸²⁷ Doc. C-32, pág. 231.

⁸²⁸ Doc. C-33.

⁸²⁹ Doc. C-35.

⁸³⁰ Doc. C-37.

República en virtud del Art. 11(1) del Tratado – medida necesaria a fin de plantear una reclamación por incumplimiento del TBI⁸³¹.

908. Con este propósito en mente, el 28 de agosto de 2015, las Demandantes se dirigieron por escrito al Presidente de Colombia, el Sr. Juan Manuel Santos, notificándolo formalmente acerca de la existencia de una disputa en virtud del Tratado⁸³². Las Demandantes alegaron que ciertas medidas adoptadas por Colombia, incluido el Fallo de la Contraloría, habían resultado en el incumplimiento por parte de la República de sus obligaciones en virtud de los Arts. 4, 6 y 10(2) del TBI, lo que daba derecho a las Demandantes a una compensación por el daño causado a sus inversiones en Colombia [la “**Disputa de Inversión**”].
909. La carta de 28 de agosto de 2015 puso en marcha el período obligatorio de consultas de seis meses requerido por el Art. 11(2) del Tratado. Luego de este período de espera obligatorio, las Demandantes tendrían derecho a remitir la Disputa de Inversión a los tribunales locales colombianos o bien al arbitraje internacional.

c. Solicitud de Conciliación de la Disputa de Nulidad

910. Mientras se desarrollaban las consultas vinculadas a la Disputa de Inversión, Prodeco decidió adoptar otra medida preliminar necesaria para iniciar el Proceso de Nulidad judicial en contra del Fallo de la Contraloría: una solicitud de conciliación ante una dependencia administrativa, la Procuraduría General de la Nación [“**Procuraduría**”]. Tal como se advirtiera *supra*, en virtud del derecho colombiano, la conciliación es un requisito previo para iniciar un proceso judicial en contra del Estado⁸³³.
911. Prodeco presentó una Solicitud de Conciliación el 30 de diciembre de 2015⁸³⁴, y la disputa que sería objeto de conciliación se definió como la declaración de nulidad de un acto administrativo (el Fallo de la Contraloría) y el posterior “restablecimiento de derechos”, incluida la restitución de las sumas de dinero pagadas⁸³⁵.

⁸³¹ Doc. C-38. El Artículo 11(1) del Tratado dispone lo siguiente: “Si un inversionista de una Parte considera que alguna medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente” [Énfasis agregado] (Doc. C-6).

⁸³² Doc. C-38. Las Demandantes también reenviaron esta carta a varios Ministros del Gobierno Colombiano (véase pág. 26).

⁸³³ Doc. R-3, Código de Procedimiento Administrativo, Art. 161(1): “La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos: 1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. [...]”.

⁸³⁴ Doc. R-1.

⁸³⁵ Doc. R-1, pág. 10; Doc. R-2, págs. 50-51 de la versión en formato PDF.

d. Remisión de la Disputa de Inversión al arbitraje internacional

912. Mientras tanto, las consultas con la República de Colombia en virtud del TBI fracasaron y, el 4 de marzo de 2016, las Demandantes ejercieron la opción conferida por el Art. 11(2) del Tratado y decidieron someter la Disputa de Inversión a arbitraje internacional para su resolución. Formalizaron su decisión mediante la presentación de la Solicitud de Arbitraje al CIADI⁸³⁶, lo cual dio origen al presente arbitraje.

e. Conciliación

913. Tres semanas después, el 28 de marzo de 2016, la Procuraduría convocó la audiencia de conciliación oral [la “**Conciliación**”] que Prodeco había pedido en su Solicitud de Conciliación. Asistieron la Contraloría, Prodeco y las demás partes del Proceso de Responsabilidad Fiscal⁸³⁷.

914. La Contraloría rechazó la solicitud de conciliación de Prodeco, alegando que los tribunales colombianos carecían de jurisdicción para oír la disputa que Prodeco pretendía someter, porque Glencore y Prodeco habían optado por someter dicha disputa al arbitraje del CIADI (*pro memoria*: las Demandantes efectivamente habían sometido la Disputa de Inversión al arbitraje del CIADI tres semanas antes)⁸³⁸.

f. Proceso de Nulidad

915. El 1 de abril de 2016, tres días después de la Conciliación infructuosa, Prodeco inició el Proceso de Nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸³⁹. Los recursos pretendidos en la reclamación judicial eran análogos a los que se habían analizado en la Conciliación⁸⁴⁰:

- Declaración de nulidad del Fallo de la Contraloría,
- Con la consiguiente restitución de las sumas de dinero ya pagadas por Prodeco en cumplimiento del Fallo de la Contraloría,
- Ciertas solicitudes subsidiarias más indemnización por daños.

916. Las razones expuestas por Prodeco en el Proceso de Nulidad fueron las siguientes⁸⁴¹:

- La Contraloría había violado el derecho colombiano;

⁸³⁶ SdA, de fecha 4 de marzo de 2016.

⁸³⁷ Doc. C-192, pág. 2.

⁸³⁸ Doc. C-192, pág. 6.

⁸³⁹ Doc. R-2. Véase también McManus I, párr. 45.

⁸⁴⁰ En subsidio, Prodeco también planteó una reclamación en contra de los Sres. Martínez Torres, Ballesteros y Ceballos, al igual que las aseguradoras, solicitando el reembolso de las sumas de dinero abonadas a la Contraloría.

⁸⁴¹ Doc. R-2, págs. 58-98.

- La Contraloría carecía de competencia para adoptar el Fallo;
 - La Contraloría infringió los derechos de Prodeco al debido proceso;
 - Las acusaciones e imputaciones de la Contraloría en contra de Prodeco carecen de fundamento;
 - El Fallo está mal fundamentado;
 - Prodeco no puede ser objeto de un proceso de responsabilidad fiscal;
 - La República no ha sufrido daño alguno;
 - Prodeco no incurrió en dolo;
 - No existe nexo causal alguno entre la conducta de Prodeco y el supuesto daño;
 - La Contraloría ha incurrido en una desviación de poder.
917. Las razones expuestas no incluían la alegación de que Colombia había incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado. Por el contrario, Prodeco hizo reserva expresa de todos sus derechos respecto del presente Arbitraje del CIADI⁸⁴².
918. El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca aún se encuentra pendiente.
- B. Análisis y decisión del Tribunal**
919. Al amparo del Art. 11(1) del Tratado, si un inversionista considera que “alguna medida aplicada” por el Estado receptor “es inconsistente con una obligación de este Acuerdo”, debe “solicitar consultas con miras a que se pueda resolver el asunto amigablemente”.
920. No existe controversia acerca de que, el 28 de agosto de 2015, las Demandantes solicitaron dichas consultas mediante la presentación de una carta dirigida al Presidente de la República. La carta expresaba la opinión de que, como resultado de la adopción de ciertas medidas por parte de la República, incluido el Fallo de la Contraloría, la República había incumplido sus obligaciones en virtud de los Arts. 4, 6 y 10(2) del Tratado y que, por consiguiente, había surgido una Disputa de Inversión⁸⁴³.

Art. 11(2) del Tratado

921. El Art. 11(2) del Tratado dispone que, si la consulta amistosa es infructuosa, luego de un “periodo de seis meses desde la fecha de la solicitud escrita para consultas”, el inversionista tendrá una opción: podrá optar por remitir el asunto, ya sea

⁸⁴² Doc. R-2, pág. 126.

⁸⁴³ Doc. C-38, pág. 7.

- a “las cortes o tribunales administrativos” del Estado receptor, o
 - al “arbitraje internacional”.
922. En el presente caso, la Disputa de Inversión formalizada en la carta de 28 de agosto de 2015 no se resolvió en un período de seis meses y, entre las dos opciones que ofrece el Art. 11(2), las Demandantes optaron por recurrir al arbitraje internacional: lo hicieron el 4 de marzo de 2016 (es decir, más de seis meses después de la solicitud), mediante la presentación de una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI, la cual puso en marcha el presente arbitraje.

Art. 11(4) del Tratado

923. El Art. 11(4) del Tratado contiene la disposición denominada “de elección de vía” [ya definida como la “**Cláusula de Elección de Vía**”]: “[u]na vez que el inversionista haya remitido la disputa” ya sea a una corte o tribunal nacional o al arbitraje internacional, “la escogencia del procedimiento será definitiva”.

Las posiciones divergentes de la Demandada

924. La Demandada, en distintos momentos, ha sostenido dos posiciones divergentes respecto de la opción ejercida por las Demandantes en virtud de la Cláusula de Elección de Vía:
925. (i) En el presente arbitraje, la República aduce que, el 30 de diciembre de 2015, cuando Prodeco presentó una Solicitud de Conciliación ante la Procuraduría, las Demandantes ejercieron la opción al amparo del Art. 11(2) del Tratado y optaron por someter la Disputa de Inversión (tal como se define en la carta de 28 de agosto de 2015 dirigida al Presidente de la República) a los tribunales administrativos de Colombia.
926. Por consiguiente –agrega Colombia–, cuando las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el 4 de marzo de 2016, violaron la disposición sobre elección de vía, lo que implica que el Centro carece de jurisdicción y el Tribunal de competencia para resolver la Disputa de Inversión, y que dicha Disputa debe resolverse en los tribunales colombianos.
927. (ii) El 28 de marzo de 2016, no obstante, Colombia sostuvo una posición contraria.
928. En la reunión de Conciliación que se celebró en esa fecha, la República, por medio de la Contraloría, declaró formalmente que las Demandantes habían optado por someter la controversia, que estaba siendo objeto de conciliación a un procedimiento de arbitraje ante el CIADI, y que, por ende, los tribunales colombianos, en general, y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en particular, carecían de jurisdicción para resolver dicha controversia.

929. El acta de la reunión de Conciliación indica claramente la posición de Colombia en ese momento, tal como expone la Contraloría⁸⁴⁴:

“De manera respetuosa me permito informar que la solicitud de conciliación propuesta por CI PRODECO S.A. [...] fue estudiada en la sesión quinta (5^a) del comité de conciliación, resolviéndose por unanimidad, NO CONCILIAR las pretensiones de la convocante, y ordenarle al apoderado designado solicitar que el trámite sea declarado fallido, porque hay ausencia de jurisdicción para conocer del asunto.

Lo anterior, porque GLENCORE A.G. propietaria de CI PRODECO S.A. activó el mecanismo de resolución de disputas contemplado por el artículo 11 del “Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza” [...] y ya presentó demanda arbitral, ante el [CIADI] [...]

En tal sentido, conforme a lo dispuesto por el párrafo segundo y su literal a), en concordancia con el párrafo cuarto del referido artículo 11, surge claro que Glecore A.G. [sic] al haber optado por el arbitraje internacional para dirimir el conflicto excluyó de manera definitiva a la jurisdicción contenciosa administrativa de Colombia”. [Énfasis agregado]

La decisión del Tribunal

930. El Tribunal no está de acuerdo con la posición adoptada ahora por la Demandada en el presente arbitraje.

931. La razón es sencilla: el 4 de marzo de 2016, las Demandantes ejercieron sus derechos al amparo de la Cláusula de Elección de Vía del Art. 11(2) del Tratado y optaron, de forma válida, por someter la Disputa de Inversión a arbitraje internacional.

932. Contrariamente al argumento (actual) de la Demandada, la Solicitud de Conciliación extrajudicial, la cual Prodeco había presentado cuatro meses antes ante la Procuraduría, nunca constituyó el ejercicio de la opción conferida por la Cláusula de Elección de Vía: el Art. 11(4) del Tratado exige, para la aplicación de la bifurcación, que el inversionista “remita la disputa” a un “tribunal nacional”. La Solicitud de Conciliación (extrajudicial) que Prodeco presentó ante la Procuraduría, un ente administrativo de la República, no cumplió con este criterio por dos razones:

- En primer lugar, el Tratado exige que el inversionista “remita la disputa” a un tribunal local o al arbitraje internacional; esto implica que la disputa se someta a una resolución vinculante por parte de un órgano independiente y que la decisión de dicho órgano no esté sujeta a la validación consensual de las partes; una solicitud de conciliación no cumple con este estándar: la solicitud es, simplemente, una invitación a la otra parte, en la que se propone que se celebre una reunión y se negocie y, eventualmente, se acuerde una avenencia;

⁸⁴⁴ Doc. C-192, pág. 6.

- En segundo lugar, la remisión debe hacerse a un “tribunal nacional” [tal como expresa el Art. 11(4)] o a “cortes o tribunales administrativos” [expresión análoga que se prefiere en el Art. 11(2)]; la Procuraduría no es una corte ni tampoco un tribunal: es, simplemente, un ente administrativo de la República, encargado (*inter alia*) de la organización de los procedimientos de conciliación prejudiciales.

933. El derecho colombiano confirma estas conclusiones.

Derecho colombiano

934. El Art. 161(1) del Código de Procedimiento Administrativo de Colombia establece lo siguiente⁸⁴⁵:

“Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales”. [Énfasis agregado, negrita en el original]

935. Conforme al derecho administrativo colombiano, la conciliación constituye un prerequisito obligatorio para la presentación de una demanda judicial relativa a la nulidad de un acto administrativo. Tal como se consagra en la legislación, constituye un procedimiento amistoso y “extrajudicial”, que no se presenta ante ninguna autoridad judicial, sino ante un ente administrativo como la Procuraduría⁸⁴⁶.

936. Esta conclusión queda confirmada en el Art. 3 de la Ley 640 de 2001, “por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”, que dispone que:⁸⁴⁷

“La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial”. [Énfasis agregado]

937. En el presente caso, la redacción de la Solicitud de Conciliación presentada por Prodeco también sustenta su naturaleza extrajudicial⁸⁴⁸:

“Referencia: remisión de la solicitud de Audiencia de Conciliación pre-judicial con destino al **Ministerio Público**, formulada por **C.I. PRODECO S.A.**, en condición de Convocante, con citación tanto de **LA NACIÓN** –

⁸⁴⁵ Doc. R-3.

⁸⁴⁶ Doc. R-3, Art. 161.

⁸⁴⁷ Doc. C-187.

⁸⁴⁸ Doc. R-1, págs. 1 y 3.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA en calidad de
Convocada [...]

Agotamiento del requisito de procedibilidad para el ejercicio del medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho [...]. [Énfasis agregado, negrita en el original]

938. En síntesis, el 4 de marzo de 2016, las Demandantes, mediante la presentación de la Solicitud de Arbitraje, ejercieron correctamente sus derechos al amparo de la Cláusula de Elección de Vía del Art. 11(2) del Tratado y optaron de forma válida por someter la Disputa de Inversión al arbitraje internacional. Antes de esa fecha, las Demandantes no habían remitido la Disputa de Inversión para su resolución a las cortes o tribunales nacionales de Colombia y, por lo tanto, la Cláusula de Elección de Vía del Art. 11(4) del Tratado no se había activado.
939. Contrariamente a los argumentos de la Demandada, la Solicitud de Conciliación presentada por Prodeco ante la Procuraduría en diciembre de 2015 no podía activar la Cláusula de Elección de Vía: la Solicitud no remitía ninguna diferencia para su resolución por parte de un órgano independiente y, en todo caso, la Procuraduría no reúne las condiciones para ser considerada “un tribunal nacional”.
940. La primera vez que Prodeco remitió una disputa a un “tribunal nacional” fue el 1 de abril de 2016, cuando inició el Proceso de Nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁸⁴⁹. Como dicha remisión tuvo lugar tres semanas después de que las Demandantes hubieran presentado la Solicitud de Arbitraje, jamás podría privar al presente Tribunal de competencia para dirimir la Disputa de Inversión.
941. El Tribunal, por consiguiente, desestima la Excepción de Elección de Vía formulada por la Demandada. A la luz de esta conclusión, es innecesario que el Tribunal considere y resuelva las cuestiones planteadas por las Partes en relación con la identidad de partes y la identidad de disputas.
942. De la misma manera, no le corresponde al Tribunal decidir:
 - si, a efectos del Proceso de Nulidad, la Disputa de Nulidad a la que se hace referencia en la Solicitud de Conciliación y que luego se formaliza en el Proceso de Nulidad, coincide o se superpone con la Disputa de Inversión que se está resolviendo en el presente arbitraje; o
 - si, en virtud de la disposición de elección de vía del Art. 11(4) del Tratado y del inicio del presente arbitraje, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca goza o carece de jurisdicción para resolver el Proceso de Nulidad iniciado por Prodeco.

⁸⁴⁹ Doc. R-2.

943. Dichas cuestiones, planteadas por Colombia en la Conciliación, deben ser decididas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y los tribunales colombianos en general.

V.3. EXCEPCIÓN DE CLÁUSULA PARAGUAS

944. La Demandada argumenta que, de conformidad con el Art. 11(3) del Tratado, el Tribunal no puede ejercer competencia sobre las reclamaciones de las Demandantes basadas en la “cláusula paraguas” del Tratado, contenida en el Art. 10(2). La Demandada agrega que la reclamación de las Demandantes contra la ANM basada en los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado también se encuentra fuera del alcance de la competencia del Tribunal, ya que es de naturaleza contractual y el Contrato Minero contiene su propia cláusula sobre elección de foro⁸⁵⁰ (1).
945. Las Demandantes aducen que la interpretación del Art. 11(3) por parte de la Demandada es incorrecta y que el Tribunal goza de competencia respecto de las reclamaciones basadas en la cláusula paraguas del Tratado. Las Demandantes, además, afirman que todas sus reclamaciones se basan en incumplimientos del Tratado, y no del Contrato Minero, y que la excepción de la Demandada carece de sustento⁸⁵¹ (2).
946. Luego de resumir las posiciones de las Partes, el Tribunal tomará su decisión (3).

(1) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

947. La Demandada explica que las reclamaciones de las Demandantes son relativas a la conducta de la Contraloría y a la conducta de la ANM⁸⁵²:
- Una de las reclamaciones de las Demandantes consiste en el incumplimiento por parte de Colombia del Art. 10(2) del Tratado, el cual exige que Colombia respete las obligaciones derivadas de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de éste y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica [la “**Cláusula Paraguas**”]⁸⁵³;
 - Otra de las reclamaciones de las Demandantes consiste en el incumplimiento por parte de Colombia de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado.
948. Según la Demandada, las reclamaciones de las Demandantes se encuentran fuera del alcance de la competencia del Tribunal por dos razones⁸⁵⁴:
- En primer lugar, Colombia no ha prestado consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones que surjan en relación con la Cláusula Paraguas contenida en el Art. 10(2) del Tratado (A);

⁸⁵⁰ R II, párrs. 512 y 549.

⁸⁵¹ C II, párr. 203.

⁸⁵² R II, párr. 510.

⁸⁵³ R II, párr. 511.

⁸⁵⁴ R I, párr. 326; R II, párr. 512.

- En segundo lugar, la reclamación contra la ANM es de naturaleza contractual y debe plantearse ante los tribunales colombianos, con arreglo a la cláusula de elección de foro contenida en el Contrato Minero (**B**).

A. Falta de competencia respecto de las reclamaciones basadas en la Cláusula Paraguas

949. La Demandada aduce que el Art. 11(3) del Tratado contiene una excepción: Colombia no ha prestado consentimiento para someter a arbitraje internacional las disputas que puedan surgir sobre la base de la Cláusula Paraguas del Art. 10(2). En consecuencia, en la medida en que las reclamaciones de las Demandantes contra la ANM y la Contraloría estén fundadas en la Cláusula Paraguas, no podrán ser juzgadas en el presente arbitraje⁸⁵⁵.
950. La Demandada hace referencia a dos párrafos del Memorial de Réplica de las Demandantes, y expresa que las reclamaciones en cuestión se encuentran fuera del alcance de la jurisdicción del Tribunal⁸⁵⁶:
- la reclamación acerca de que “el [Fallo de la Contraloría] efectivamente invalidó los compromisos del Otrosí No. 8 relativos al año 2010 al exigir a Prodeco que pagara regalías y una contraprestación como si el Otrosí No. 8 no existiera” ; y
 - la reclamación acerca de que “los esfuerzos de la Agencia Minera del Estado por dejar sin efecto los compromisos en virtud del Otrosí No. 8 [que] redundan en un incumplimiento de las obligaciones de ejecutar el Contrato Minero y del Otrosí No. 8 de buena fe”.
951. La Demandada afirma que la posición de las Demandantes consiste en que la excepción contenida en el Art. 11(3) significa que Colombia ha prestado consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones que se encuentran dentro del alcance de la Cláusula Paraguas, pero que dicho consentimiento es “condicional” y “revocable”. La Demandada considera la posición de las Demandantes insostenible por cuatro razones⁸⁵⁷.
952. En primer lugar, la Demandada aduce que el lenguaje del Tratado es inequívoco y no requiere interpretación: Colombia no ha prestado consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas. Esta conclusión ha sido respaldada por varios comentaristas del Tratado⁸⁵⁸.
953. La Demandada sostiene que es una cuestión política que Colombia excluya las cláusulas paraguas del alcance de su consentimiento al arbitraje, para evitar extender la jurisdicción de un tribunal de inversión internacional respecto de reclamaciones que surjan de incumplimientos contractuales⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ R I, párr. 327; R II, párrs. 513-514.

⁸⁵⁶ R I, párrs. 330-331 y 333; R II, párr. 514.

⁸⁵⁷ R I, párrs. 334-336; R II, párr. 515.

⁸⁵⁸ R II, párrs. 516-517.

⁸⁵⁹ R I, párrs. 339-340; R II, párrs. 518-519.

954. En segundo lugar, incluso asumiendo que la redacción del Art. 11(3) no es clara y necesita interpretación, dicha interpretación debe hacerse conforme al Art. 31 de la CVDT, considerando el sentido corriente de los términos del Tratado en su contexto. En virtud del Art. 31(2) de la CVDT, dicho contexto comprende el preámbulo y cualquier anexo del Tratado. Uno de esos anexos es el Protocolo del Tratado [el “**Protocolo**”].
955. El Protocolo establece que, a solicitud de una parte cinco años después que la entrada en vigor del Tratado o en cualquier momento posterior, las partes deberán consultar con miras a evaluar si la disposición sobre consentimiento respecto al Art. 10(2) todavía resulta apropiada, considerando la forma en que se ha ejecutado el Tratado. La Demandada considera que el Protocolo proporciona a las partes una oportunidad de evaluar si la exclusión del consentimiento todavía resulta apropiada –y que se encuentra implícito que, si las partes consideraran que ya no resulta apropiado excluir el consentimiento, podrían considerar extenderlo a las diferencias relativas al Art. 10(2)⁸⁶⁰.
956. En tercer lugar, la Demandada aduce que la evolución de las negociaciones del Tratado entre Colombia y Suiza es coherente con su intención de excluir –en lugar de condicionar– su consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas. Una versión preliminar del Tratado no contenía la limitación al consentimiento, introducida posteriormente en el Art. 11(3)⁸⁶¹.
957. En cuarto lugar, la Demandada sostiene que el argumento de las Demandantes según el cual los términos “incondicional e irrevocable” deben entenderse en el sentido de que las partes del Tratado pretendían cualificar su consentimiento para someter a arbitraje diferencias relativas a la Cláusula Paraguas, ya que, de lo contrario, dichos términos carecerían de *effet utile*, es también infructuoso⁸⁶².
958. La Demandada argumenta que, si su oferta de someter a arbitraje diferencias respecto de cuestiones relativas al Art. 10(2) fuera condicional, estaría expresamente condicionada por un suceso incierto específico; las Demandantes ni siquiera han intentado demostrar que haya habido tal evento⁸⁶³.
959. La Demandada afirma que, en cualquier caso, los términos “incondicional” o “irrevocable” se utilizaron simplemente para ornamentar y destacar la importancia de la oferta de arbitraje realizada por los Estados contratantes del Tratado⁸⁶⁴.
960. A la luz de lo que antecede, la Demandada concluye que, en la medida en que la reclamación contra la Contraloría y la reclamación contra la ANM estén fundadas

⁸⁶⁰ R II, párrs. 520-522.

⁸⁶¹ R I, párr. 341; R II, párrs. 524-525.

⁸⁶² R II, párr. 526.

⁸⁶³ R I, párr. 345; R II, párrs. 527-528.

⁸⁶⁴ R II, párrs. 529-530.

en la Cláusula Paraguas, se encuentran fuera del alcance de la competencia del Tribunal⁸⁶⁵.

B. La reclamación contra la ANM es de naturaleza contractual

961. La Demandada aduce que, incluso si se asumiera que la Cláusula Paraguas no se encuentra excluida del alcance del consentimiento de Colombia a efectos del arbitraje (*quod non*), la reclamación contra la ANM aún debería excluirse: la reclamación contra la ANM es de naturaleza puramente contractual, y el Contrato Minero contiene su propia cláusula de resolución de diferencias. Por consiguiente, la reclamación contra la ANM no puede juzgarse en el presente procedimiento⁸⁶⁶.
962. En primer lugar, la Demandada argumenta que, en este arbitraje, las Demandantes están presentando una reclamación puramente contractual contra la ANM⁸⁶⁷: la alegación de que el Proceso de Nulidad Contractual por parte de la ANM implica un incumplimiento de las obligaciones de Colombia de conformidad con los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado.
963. La Demandada afirma que, para determinar si, como cuestión de jurisdicción, una reclamación es de naturaleza contractual o presupone una violación del Tratado, el Tribunal debe aplicar el test de la “base fundamental” enunciado por el comité de anulación de *Vivendi*⁸⁶⁸:
 - si la base fundamental de la reclamación consiste en un “tratado asentando una norma independiente por la cual ha de juzgarse la conducta de las partes”, la reclamación en cuestión es una reclamación en virtud del tratado;
 - en cambio, cuando la norma frente a la cual debe medirse la conducta es un contrato, la reclamación es de naturaleza contractual y debe determinarse en el foro seleccionado contractualmente.
964. La Demandada aduce que, en el presente caso, la base fundamental de la reclamación contra la ANM, conforme a lo descrito por las Demandantes, consiste en el presunto intento de la agencia del Estado de que el Otrosí No. 8 sea declarado nulo y sin efecto. Las Demandantes consideran esto como una falta de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, lo cual, de conformidad con el derecho colombiano, constituye un incumplimiento de una obligación contractual. Las Demandantes no argumentan que, al perseguir la declaración de nulidad del Otrosí No.8, la ANM habría actuado más allá de lo que corresponde a una parte corriente de un contrato⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ R I, párr. 348; R II, párr. 531.

⁸⁶⁶ R I, párr. 349; R II, párr. 532.

⁸⁶⁷ R I, párrs. 356 y ss.; R II, párr. 533; Doc. H-2, Tomo 2, diapositiva 5; TA, Día 2, pág. 507, l. 10 – págs. 508, l. 10.

⁸⁶⁸ R I, párr. 353; R II, párrs. 534-536, que hacen referencia a *Vivendi*, párr. 96 y a *Pantechniki*, párr. 64.

⁸⁶⁹ R I, párrs. 354-355.

965. La Demandada sostiene que, aun si la reclamación contra la ANM se funda en el Art. 10(2) del Tratado, el Otrosí No. 8 es su base fundamental. Incluso cuando las Demandantes pretenden enmarcar esta reclamación como una reclamación en virtud del Tratado por incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo, continúan describiéndola solo como un incumplimiento contractual⁸⁷⁰.
966. En segundo lugar, la Demandada señala que la Cláusula 39 del Contrato Minero contiene una cláusula de resolución de diferencias acordada contractualmente. Esto significa que no se puede decidir sobre las reclamaciones contractuales en un procedimiento de arbitraje basado en un tratado, sino que cuentan con otro foro acordado contractualmente. Esto se confirmó en los casos *SGS* y *BIVAC*⁸⁷¹.
967. La Demandada considera que el hecho de que la reclamación contractual contra la ANM fuera presentada por Glencore, en lugar de Prodeco, no cambia esta conclusión. No está en disputa que la cláusula de resolución de diferencias acordada contractualmente contenida en el Contrato Minero no es vinculante para Glencore. Sin embargo, Glencore no puede presentar reclamaciones contractuales precisamente porque no es parte del Contrato Minero⁸⁷².
968. En síntesis, la Demandada aduce que la reclamación contra la ANM se encuentra fuera del alcance de la competencia del Tribunal, ya que es de naturaleza contractual y el Contrato Minero contiene su propia cláusula de resolución de diferencias⁸⁷³.

(2) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

969. Las Demandantes argumentan que las excepciones de Colombia relativas a la Cláusula Paraguas carecen de fundamento y deberían desestimarse (A). Asimismo, las Demandantes aducen que sus reclamaciones en virtud del Tratado en relación con las acciones de la ANM no son de naturaleza contractual y, por lo tanto, la cláusula sobre elección de foro del Contrato Minero no las excluye (B).

A. La Excepción de Cláusula Paraguas carece de fundamento

970. Las Demandantes señalan que Colombia aduce que las reclamaciones de las Demandantes relativas a la Cláusula Paraguas se encuentran excluidas de la jurisdicción del Tribunal con arreglo al Art. 11(3) del Tratado. Las Demandantes consideran que la interpretación del Tratado por parte de Colombia es incorrecta⁸⁷⁴.
971. Según las Demandantes, las Partes están de acuerdo en que el Art. 11(3) crea una excepción respecto de las reclamaciones en materia de incumplimiento de la Cláusula Paraguas, establecida en el Art. 10(2) del Tratado, en relación con el régimen general de “consentimiento incondicional e irrevocable” para someter

⁸⁷⁰ R II, párrs. 539-540.

⁸⁷¹ R I, párrs. 349-352; R II, párrs. 543-544, que hacen referencia a *SGS*, párr. 16, y a *Bureau Veritas*, párrs. 9 y 13; Doc. H-2, Tomo 2, diapositivas 8-9.

⁸⁷² R II, párr. 548.

⁸⁷³ R II, párrs. 532 y 549.

⁸⁷⁴ C III, párr. 115.

disputas de inversión al arbitraje internacional. No obstante, existe controversia entre las Partes respecto de si el significado del texto es que la excepción es relativa al propio consentimiento del Estado (posición de la Demandada) o a la naturaleza incondicional e irrevocable del consentimiento (posición de las Demandantes)⁸⁷⁵.

972. Las Demandantes sostienen que ambas Partes reconocen que la disposición del Art. 11(3) del Tratado debe interpretarse de conformidad con el Art. 31 de la CVDT, considerando el sentido corriente de los términos en su contexto, que comprende el preámbulo y los anexos al Tratado⁸⁷⁶.
973. Las Demandantes sostienen que el contexto del texto del Tratado es la propia estructura del Art. 11⁸⁷⁷:
- el Art. 11(1) establece que un inversionista que “considera que alguna medida aplicada por [Colombia] es inconsistente con una obligación de este Acuerdo” podrá solicitar consultas amigables;
 - el Art. 11(2) estipula que, si el asunto no se resuelve dentro de un período de seis meses, podrá ser remitido al arbitraje, a una sede a ser elegida por el inversionista, concediéndole de esa manera al inversionista el derecho de recurrir a un procedimiento de arbitraje;
 - el Art. 11(3) señala que el consentimiento para recurrir a un procedimiento de arbitraje “de acuerdo al párrafo 2” es “incondicional e irrevocable”, “excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 [la cláusula paraguas]”.
974. Según las Demandantes, el principio de *effet utile* exige que se atribuya significado al término “incondicional e irrevocable”. Las Demandantes aducen que el significado consiste en que Colombia estaba facultada para condicionar o revocar su consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas hasta que ese consentimiento se perfeccionara⁸⁷⁸.
975. Las Demandantes consideran que esta interpretación queda confirmada por el Art. 11(2) del Protocolo del Tratado, que describe expresamente el Art. 11(3) como una “disposici[ón] sobre consentimiento respecto al artículo 10 párrafo 2”, sobre la cual las partes podrán consultar en el futuro en aras de evaluar su adecuación. Las Demandantes aducen que el texto implica que existe “consentimiento respecto al artículo 10 párrafo 2”⁸⁷⁹.
976. Asimismo, una versión preliminar de la Cláusula Paraguas pertinente reza que cada parte contratante presta su consentimiento para someter una disputa de inversión al arbitraje internacional. Las Demandantes afirman que, si Colombia tenía intención

⁸⁷⁵ C II, párrs. 205-206; C III, párrs. 116-117.

⁸⁷⁶ C III, párr. 118.

⁸⁷⁷ C III, párr. 119.

⁸⁷⁸ C II, párr. 206; C III, párr. 119.

⁸⁷⁹ C II, párr. 207; C III, párr. 120.

de excluir reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas de su consentimiento a arbitraje, simplemente debía agregar “excepto por disputas en referencia a [...]” al final de dicho texto. Sin embargo, el texto de esta disposición solo modificó la referencia al consentimiento al calificarla de “incondicional e irrevocable”⁸⁸⁰.

977. Contrariamente a lo que alega la Demandada, las Demandantes explican que el Art. 11(2) del Protocolo no describe el Art. 11(3) en el sentido de que establece un consentimiento condicionado. Si las partes del Tratado no hubieran prestado consentimiento de ninguna manera para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas, no se habrían referido a su “consentimiento respecto de las reclamaciones de la cláusula paraguas” en el Protocolo⁸⁸¹.
978. Las Demandantes aducen que el Art. 11(3) habría permitido a Colombia imponer condiciones a su consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas (por ejemplo, recurrir de forma previa al foro contractual) hasta que las Demandantes prestaran consentimiento recíproco, tal como habría permitido a Colombia revocar su consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas hasta que ese consentimiento se perfeccionara⁸⁸².

B. Ausencia de reclamaciones de carácter contractual contra la ANM

979. Las Demandantes consideran que los argumentos de la Demandada según los cuales la “Reclamación contra la ANM” es de naturaleza puramente contractual y no puede ser dirimida por el presente Tribunal son incorrectos⁸⁸³.
980. En primer lugar, las Demandantes señalan que las referencias de Colombia a la “Reclamación contra la ANM” constituyen una caracterización errónea de las reclamaciones de las Demandantes. Las Demandantes presentan reclamaciones en virtud del Tratado contra Colombia, y no contra la ANM. Estas reclamaciones en virtud del Tratado están fundadas en las medidas coordinadas adoptadas por Colombia, a través de la Contraloría y de la ANM, para anular los compromisos del Otrosí No. 8 en los cuales las Demandantes se basaron para realizar la inversión relativa a expansión de la Mina. Estas no son reclamaciones separadas y no son “de naturaleza puramente contractual”⁸⁸⁴.
981. Las Demandantes explican que las medidas adoptadas por Colombia eran inconsistentes con las obligaciones internacionales de Colombia con arreglo al Tratado (y no las obligaciones de derecho interno de la ANM en virtud del Contrato Minero), incluidas las obligaciones⁸⁸⁵:

⁸⁸⁰ C II, párrs. 208-209.

⁸⁸¹ C III, párr. 120.

⁸⁸² C III, párr. 122.

⁸⁸³ C III, párr. 123.

⁸⁸⁴ C III, párrs. 124-125.

⁸⁸⁵ C II, párr. 212.

- de otorgar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes de conformidad con el Art. 4(2) del Tratado;
- de no perjudicar la gestión, uso, disfrute y extensión de las inversiones de las Demandantes con medidas no razonables, de conformidad con el Art. 4(1) del Tratado;
- de “[r]espetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de éste y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que él pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión”, de conformidad con el Art. 10(2) del Tratado.

982. Las Demandantes aducen que la simple referencia en su Memorial a las obligaciones del Estado con arreglo al Otrosí No. 8 no afecta la caracterización de las reclamaciones de las Demandantes en virtud del tratado. Si meras referencias a obligaciones contractuales fueran suficientes para que una reclamación en virtud de un tratado se considerara inadmisible, se privaría a los tratados de inversión de efecto significativo, ya que la mayoría de las inversiones extranjeras se realizan mediante un contrato (y la mayoría de las reclamaciones en materia de inversión se refieren a una intervención gubernamental en los derechos contractuales). Según las Demandantes, esto no hace que las reclamaciones sean de carácter contractual, especialmente cuando, como aquí, Colombia pretende repudiar por completo el otrosí contractual y no ha realizado alegación alguna respecto de que se haya violado el otrosí⁸⁸⁶.
983. En segundo lugar, las reclamaciones de las Demandantes en cuanto al incumplimiento por parte de Colombia de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado no son de naturaleza contractual. Las Demandantes aducen que la ANM actuó de forma incongruente, no razonable e incumpliendo las expectativas legítimas de las Demandantes al iniciar el Proceso de Nulidad Contractual. La ANM se retractó de sus declaraciones, tras negociar el Otrosí No. 8 y aprobar el plan de inversión para la expansión de la Mina, y luego de que las Demandantes hubieran realizado inversiones⁸⁸⁷.
984. Las Demandantes admiten que el criterio pertinente para determinar si las reclamaciones de las Demandantes se basan en el contrato o en el tratado es el de la “base fundamental”. Las Demandantes aducen que la base fundamental de sus reclamaciones es el Tratado: las reclamaciones se presentan en referencia a los estándares del Tratado –esto es, la frustración de expectativas legítimas a través del repudio no razonable y arbitrario de los compromisos contractuales del Estado en que se basaron los inversionistas para realizar una inversión enorme en la expansión de la Mina– y no a las disposiciones del contrato⁸⁸⁸.

⁸⁸⁶ C II, párr. 213; Doc. H-1, p. 248.

⁸⁸⁷ C III, párr. 126; TA, Día 1, pág. 247, ll. 8-10.

⁸⁸⁸ C III, párrs. 127-128; Doc. H-1, pp. 246-247; TA, Día 1, pág. 247, 1. 10 – pág. 248, 1. 8.

985. Según las Demandantes, el mero hecho de que sus reclamaciones sean relativas a la conducta del Estado en relación con un contrato no quiere decir que las reclamaciones sean de naturaleza contractual, tal como expresó el tribunal del caso *Crystalex*. En el caso *Crystalex*, el inversionista no reclamaba que una agencia del Estado hubiera incumplido disposiciones específicas del contrato, sino, más bien, que pretendía repudiar por completo el contrato en el que se basó el inversionista para realizar sus inversiones. El Tribunal desestimó la afirmación por parte del Estado de que la reclamación era de naturaleza puramente contractual⁸⁸⁹.
986. Las Demandantes admiten que la cláusula de elección de foro del Contrato Minero es aplicable a las reclamaciones de carácter contractual; no obstante, esta cláusula resulta irrelevante a efectos jurisdiccionales en este caso, dado que las Demandantes no han presentado reclamaciones de carácter contractual. En cualquier caso, la cláusula sobre resolución de diferencias contenida en el Contrato Minero no es vinculante para Glencore, tal como reconoció Colombia⁸⁹⁰.
987. En tercer lugar, las Demandantes arguyen que Colombia, a través de la conducta de la ANM y de la Contraloría, no respetó sus obligaciones en virtud del Otrosí No. 8, en violación de la Cláusula Paraguas del Tratado. Las Demandantes sostienen que, al igual que en todas las reclamaciones relativas a la cláusula paraguas, estas reclamaciones se basan en que el Estado no respetó el derecho interno ni las obligaciones contractuales en relación con las inversiones, aunque la determinación de responsabilidad en virtud de una cláusula paraguas, en última instancia, se realiza en virtud del derecho internacional⁸⁹¹.
988. Las Demandantes explican que, cuando un demandante presenta una reclamación en virtud de una cláusula paraguas, ese inversionista no está presentando la reclamación en virtud de un contrato –sigue siendo una reclamación relativa al incumplimiento de un estándar del Tratado; de lo contrario, las cláusulas paraguas carecerían de significado⁸⁹². En el caso *SGS*, el tribunal realizó una distinción entre reclamaciones de contrato y reclamaciones de tratado. Asimismo, el tribunal negó enfáticamente que una cláusula contractual de elección de foro pudiera privar al tribunal de jurisdicción para entender en la reclamación de cláusula paraguas del inversionista en virtud del tratado⁸⁹³.
989. Las Demandantes concluyen que no existen fundamentos para que el Tribunal decline su competencia sobre las reclamaciones de las Demandantes⁸⁹⁴.

(3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

990. El Tribunal tiene la tarea de determinar si las Demandantes pueden presentar una reclamación contra Colombia al amparo de la Cláusula Paraguas del Tratado: en

⁸⁸⁹ C III, párrs. 129-131, que hacen referencia a *Crystalex*, párr. 474; TA, Día 1, pág. 248, ll. 8-20.

⁸⁹⁰ C III, párrs. 132-135.

⁸⁹¹ C III, párrs. 136-137.

⁸⁹² C III, párrs. 137-138; TA, Día 1, pág. 248, l. 21 – pág. 249, l. 2.

⁸⁹³ C III, párrs. 138-139, que hacen referencia a *SGS c. ParaguaParaguaParaguay*, párr. 130, y también a *Garanti Koza*, párrs. 331-332; TA, Día 1, pág. 249, ll. 2-18.

⁸⁹⁴ C III, párr. 140; TA, Día 1, pág. 249, l. 22 – pág. 250, l. 1.

primer lugar, el Tribunal establecerá las disposiciones pertinentes (3.1) y, luego, interpretará una de dichas disposiciones, el Art. 11(3) del Tratado (3.2). Posteriormente, el Tribunal examinará la naturaleza de la denominada “Reclamación contra la ANM” (3.3).

(3.1) DISPOSICIONES PERTINENTES

991. El Art. 10 del Tratado establece ciertas obligaciones respecto de los Estados parte del Tratado. Una de estas obligaciones se consagra en el párrafo 2 del Art. 10 y establece lo siguiente⁸⁹⁵:

“Cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de éste y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que él pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión”.

992. Esta Cláusula Paraguas impone al Estado, en materia de derecho en virtud del Tratado, el respeto a las obligaciones que emanan de un acuerdo escrito celebrado entre su gobierno o agencias y el inversionista⁸⁹⁶.

993. Por otro lado, el Art. 11 del Tratado contempla la resolución de disputas entre un Estado receptor y un inversionista. El Art. 11(2) establece que, si dicho inversionista considera que alguna medida aplicada por el Estado receptor es inconsistente con una obligación en virtud del Tratado, podrá remitir el asunto a los tribunales nacionales del Estado receptor o al arbitraje internacional, una vez finalizado el período de seis meses destinado a la resolución amigable. Conforme al Art. 11(3)⁸⁹⁷:

“Cada [Estado] Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo [11(2)] anterior, excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 de este Acuerdo”. [Énfasis agregado]

994. La Demandada aduce que, de conformidad con el Art. 11(3), no ha dado su consentimiento para someter a arbitraje disputas que se encuentren dentro del alcance de la Cláusula Paraguas establecida en el Art. 10(2) del Tratado. Por consiguiente, argumenta la Demandada, el Tribunal carece de competencia para dirimir las reclamaciones de las Demandantes en la medida en que dichas reclamaciones estén fundadas en el Art. 10(2) del Tratado.
995. Las Demandantes no están de acuerdo y aducen que la Demandada realiza una lectura incorrecta del Art. 11(3): en opinión de las Demandantes, Colombia ha dado su consentimiento para someter a arbitraje las disputas relativas al Art. 10(2), solo que no se trata de un consentimiento “irrevocable e incondicional”.

⁸⁹⁵ Doc. C-6, pág. 25.

⁸⁹⁶ Doc. RL-164, pág. 18 del PDF.

⁸⁹⁷ Doc. C-6, pág. 26.

996. Es preciso que el Tribunal interprete el significado del Art. 11(3). Para hacerlo, el Tribunal recurrirá a la CVDT, la cual, ambas Partes coinciden, contiene el estándar pertinente para la interpretación del Tratado⁸⁹⁸.

(3.2) INTERPRETACIÓN DEL ART. 11(3) DEL TRATADO

997. El Art. 31 de la CVDT proporciona la “Regla general de interpretación” de los tratados⁸⁹⁹:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. [Énfasis agregado]

998. De conformidad con la regla primaria de interpretación, el Tribunal debe interpretar el sentido corriente de los términos (A) en el contexto de éstos; por contexto se entiende no solo el texto del Tratado, sino también su preámbulo y cualquier anexo (B).

999. El Art. 32 del Tratado contiene “Medios de interpretación complementarios”:

“Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para

⁸⁹⁸ R II, párrs. 516-522; C III, párr. 118.

⁸⁹⁹ Doc. CL-7, pág. 340.

determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. [Énfasis agregado]

1000. Para confirmar que la primera interpretación es correcta, el Tribunal podrá valerse de los trabajos preparatorios del tratado, incluyendo cualquier borrador (C). Antes de pasar a la interpretación académica del Art. 11(3) (E), el Tribunal abordará los argumentos en contrario formulados en calidad de *effet utile* por las Demandantes (D).

A. Sentido corriente

1001. De conformidad con el Art. 11(3)

“[c]ada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior, excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 d[el Tratado]”⁹⁰⁰. [Énfasis agregado]

1002. La simple lectura del Art. 11(3) deja poco lugar a dudas: cada Estado parte da su consentimiento incondicional e irrevocable para someter disputas de inversión al arbitraje internacional, con una excepción: las disputas en referencia al Art. 10(2), la Cláusula Paraguas.

1003. Por ende, de conformidad con el sentido corriente de los términos, la interpretación por parte de Colombia del Art. 11(3) es correcta: Colombia ha dado su consentimiento para someter a un procedimiento de arbitraje las disputas de inversión que puedan surgir del Tratado, a excepción de aquellas que se encuentren dentro del alcance de la Cláusula Paraguas.

B. Contexto

1004. El contexto confirma el sentido corriente del Art. 11(3).

1005. De conformidad con el Art. 31(2) de la CVDT, el contexto comprende el preámbulo y los anexos del Tratado. Uno de dichos anexos es el Protocolo del Tratado, que contiene “disposiciones, las cuales deben ser consideradas como parte integral de dicho Acuerdo”⁹⁰¹.

1006. Sumando al Art. 11 del Tratado, el Art. 11(2) del Protocolo dispone lo siguiente⁹⁰²:

“(2) Respecto al párrafo 3 de dicho artículo [11], a solicitud de una Parte cinco años después de la entrada en vigor de este Acuerdo o en cualquier momento

⁹⁰⁰ Doc. C-6.

⁹⁰¹ Doc. C-6, págs. 29 y ss.

⁹⁰² Doc. C-6, pág. 31.

posterior, las Partes deberán consultar con miras a evaluar si las disposiciones sobre consentimiento respecto al artículo 10 párrafo 2 es apropiado considerando la ejecución de este Acuerdo”. [Énfasis agregado]

1007. Existe controversia entre las Partes acerca de lo que debe entenderse a partir de esta disposición:

- la Demandada aduce que el Protocolo proporciona a los Estados parte la oportunidad de evaluar si la exclusión del consentimiento continúa siendo apropiada⁹⁰³;
- las Demandantes, por otro lado, sostienen que el Protocolo implica que existe “consentimiento respecto al artículo 10 párrafo 2” y, además, afirman que no es preciso hacer referencia a la naturaleza condicionada del consentimiento en el Protocolo, ya que se la expone previamente en el propio Art. 11(3)⁹⁰⁴.

1008. El Tribunal está de acuerdo con el argumento de la Demandada sobre este punto.

1009. La redacción del Art. 11(2) del Protocolo, junto con el sentido corriente del Art. 11(3) del Tratado, admiten una sola conclusión: en el Art. 11(3) del Tratado, los Estados parte excluyeron las disputas relativas a la Cláusula Paraguas de su consentimiento al arbitraje; pero, conscientes de que dicha exclusión en términos prácticos privaba de eficacia a la Cláusula Paraguas, en el Art. 11(2) del Protocolo, acordaron revisar su decisión, luego de un periodo de cinco años de experiencia, a la luz de la ejecución del Tratado y a solicitud de uno de los Estados parte.

C. Trabajos preparatorios

1010. En aras de la exhaustividad, el Tribunal también analizará un borrador del Tratado de julio de 1996. El Art. 9 de dicho borrador, relativo a “Disputas entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante”, contenía dos “opciones” para el texto pertinente.

1011. El Art. 9(3) de la “Opción 1” establecía lo siguiente⁹⁰⁵:

“(3) Cada Parte Contratante da su consentimiento al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional”,

1012. Así, en este borrador, los Estados parte acordaron dar su consentimiento al sometimiento de disputas de inversión a un arbitraje internacional, sin excepciones. Cabe señalar que este borrador del Tratado no contenía una cláusula paraguas ni ninguna otra disposición similar.

1013. Por lo tanto, parece que, en las negociaciones de 1996, Suiza y Colombia no contemplaron la posibilidad de introducir una cláusula paraguas y, por consiguiente,

⁹⁰³ R II, párr. 522.

⁹⁰⁴ C III, párr. 120.

⁹⁰⁵ Doc. R-188.

no excluyeron dichas disputas del alcance de su consentimiento al arbitraje internacional. Esto es coherente con la política de Colombia de no incluir una cláusula paraguas en su modelo de tratado bilateral de inversión⁹⁰⁶; y confirma el análisis del Art. 11(3) realizado hasta el momento por el Tribunal.

D. El argumento en contrario relativo al *effet utile* formulado por las Demandantes

1014. Las Demandantes aducen que el principio de *effet utile* exige que se proporcione un significado a los términos “incondicional e irrevocable” utilizados en el Art. 11(3) del Tratado. En pos de lograr este objetivo, las Demandantes proponen interpretar la disposición en el sentido de que implica que el consentimiento general de Colombia al arbitraje internacional es incondicional e irrevocable, con una excepción: Colombia puede condicionar y revocar su consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas antes de que dicho consentimiento se perfeccione.

1015. El argumento de las Demandantes se funda en la utilización que se hace de las palabras “consentimiento incondicional e irrevocable[]” en el Tratado. Las Demandantes, luego, arguyen que, por su naturaleza, el consentimiento es “incondicional e irrevocable” y que es preciso proporcionar a estas palabras *effet utile* para realizar una interpretación adecuada del Tratado. En un esfuerzo por resolver este interrogante autoimpuesto, las Demandantes proponen una interpretación idiosincrática, en la que se diferencian dos tipos distintos de consentimiento⁹⁰⁷:

- “consentimiento condicional y revocable”, aplicable a reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas, y
- “consentimiento incondicional e irrevocable”, aplicable a todos los demás tipos de reclamaciones.

1016. El Tribunal no está convencido.

1017. El Art. 11(3) reza lo siguiente:

“Cada [Estado] Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de

⁹⁰⁶ Doc. RL-64, pág. 40 del PDF. “Como cuestión política estricta, el Modelo no incluye una ‘cláusula paraguas’, la cual probablemente podría transformar de forma automática un incumplimiento del contrato en relación con una inversión en un incumplimiento del tratado, independientemente del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones en virtud del tratado que un AII contiene habitualmente [...] Entre las razones para no introducir una cláusula paraguas en el Modelo, se encuentran el compromiso amplio y general de aceptar el arbitraje entre un inversionista y un Estado si un inversionista alega un incumplimiento [...] de cualquier compromiso de inversión o contrato relativo a una inversión, y los costos no estimados que este tipo de compromiso podría implicar para el Estado y sus agencias. [...] La práctica de Colombia de rechazar la inclusión de una cláusula paraguas ha sido muy consistente [...]”.

⁹⁰⁷ C III, párr. 119.

acuerdo al párrafo [11(2)] anterior, excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 de este Acuerdo”.

1018. La interpretación que proponen las Demandantes es, simplemente, una interpretación *a contrario* del texto. El Tratado expresa que el consentimiento al arbitraje internacional es incondicional e irrevocable – y no que el consentimiento para reclamaciones relativas a la Cláusula Paraguas puede ser condicionado e incluso revocado por el Estado. La interpretación de las Demandantes crea más dudas de las que aclara: al adoptar dicha interpretación, de qué manera pueden condicionar su consentimiento los Estados y qué límites de tiempo se aplican al derecho de revocación son preguntas que continúan sin respuesta.

1019. De hecho, la interpretación adecuada del Art. 11(3) es mucho más directa: las partes del Tratado simplemente estaban tratando deafirmar que prestaban su consentimiento al arbitraje internacional de todo tipo de disputas de inversión, a excepción de aquellas que surgieran de la Cláusula Paraguas. Los términos “incondicional e irrevocable” se utilizaron para especificar la naturaleza del consentimiento genérico que los Estados parte del Tratado prestaban – y no para extender un consentimiento “condicional y revocable” fantasma a las disputas en virtud de la Cláusula Paraguas.

1020. Además, el argumento de las Demandantes relativo al *effet utile* está fundado en una premisa falsa, esto es, que el consentimiento al arbitraje es intrínsecamente incondicional e irrevocable. Dicha premisa es falsa porque, sobre un lienzo en blanco (es decir, sin tener en cuenta las disposiciones específicas del Tratado), un Estado puede prestar su consentimiento al arbitraje de forma condicional. El Art. 26 del Convenio del CIADI autoriza específicamente a un Estado Contratante a exigir el agotamiento de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme al Convenio⁹⁰⁸. Asimismo, en principio, un Estado puede prestar su consentimiento genérico al arbitraje, pero reservarse el derecho de revocarlo en el futuro unilateralmente. Precisamente para evitar dicha revocación unilateral, el Art. 25(1) del Convenio del CIADI priva de efecto a cualquier revocación semejante una vez que todas las partes de la diferencia han prestado su consentimiento por escrito para someter su diferencia a un procedimiento de arbitraje ante el CIADI⁹⁰⁹. Por tanto, el término “incondicional e irrevocable” utilizado para cualificar el consentimiento genérico prestado por los Estados parte del Tratado ya cuenta con efectos útiles, y muy importantes, sin la necesidad de postular efectos adicionales en función del argumento *a contrario* de las Demandantes.

⁹⁰⁸ Convenio del CIADI, Art. 26 *in fine*. La medida en la que los Estados parte del Tratado se valieron de esta autorización se analiza en la Sección **V.3.(3.2).E infra**.

⁹⁰⁹ *Id.*, Artículo 25(1) *in fine*.

E. Opiniones académicas

1021. La opinión del Tribunal es confirmada por la de varios académicos que han analizado las disposiciones del Tratado.

1022. Tal como explicaran los Profesores T. Gazzini e Y. Radi en un artículo sobre la “Práctica e Interpretación de las ‘Cláusulas Paraguas’ en la Experiencia Latinoamericana”⁹¹⁰:

“La segunda categoría de cláusulas paraguas, menos común que la anterior, impone a las partes como cuestión de derecho de los tratados el cumplimiento de obligaciones emanadas de instrumentos jurídicos externos, pero excluye el arreglo de las diferencias relacionadas de las disposiciones del tratado que versan sobre cuestiones procesales. [...]”

El TBI entre Colombia y Suiza contiene una variante interesante en su redacción. Conforme al Artículo 10(2): [...]

La cláusula arbitral contenida en el Artículo 11(3) del mismo tratado prevé el consentimiento incondicional e irrevocable al sometimiento de disputas a arbitraje internacional con exclusión expresa de aquellas referidas al Artículo 10(2).

Esta clase de disposiciones puede tratarse como una cláusula paraguas en virtud de la definición amplia contenida en la introducción. En efecto, las partes contratantes se comprometen a cumplir, como cuestión del derecho de los tratados, las obligaciones emanadas de instrumentos jurídicos externos al tratado. De más está decir que el hecho de que los inversionistas extranjeros no tengan acceso al arbitraje internacional con respecto a incumplimientos de estas obligaciones – tal como es potencialmente el caso con la primera categoría de cláusulas – disminuye claramente el valor agregado de la cláusula desde el punto de vista de la protección de las inversiones extranjeras”. [Énfasis agregado]

1023. De manera similar, el Sr. José Antonio Rivas, quien se desempeñó como Director de Inversión Extranjera Directa del Ministerio de Comercio de Colombia entre los años 2006 y 2009, y participó en la redacción del Tratado⁹¹¹, afirmó lo siguiente en un capítulo dedicado a Colombia en *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*⁹¹²:

“El TBI Suiza-Colombia (2007) y el TBI Japón-Colombia (2011) contienen cláusulas paraguas típicas, pero las partes de estos tratados no han prestado su consentimiento al arbitraje entre inversionistas y Estados cuando un inversionista alega un incumplimiento de la cláusula paraguas pertinente”. [Énfasis agregado]

⁹¹⁰ A. Tanzi *et al.* [eds.], *Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, Capítulo 11, págs. 355-356 (Doc. RL-164).

⁹¹¹ R II, n. 775.

⁹¹² Doc. RL-46, pág. 41.

1024. La opinión de estos comentaristas confirma la interpretación del Tribunal del Art. 11(3): los Estados parte del Tratado no prestaron su consentimiento para resolver disputas relativas a la Cláusula Paraguas mediante arbitraje internacional.

* * *

1025. Por los motivos que anteceden, el Tribunal concluye que carece de competencia para decidir sobre reclamaciones planteadas en virtud de la Cláusula Paraguas contenida en el Art. 10(2) del Tratado.

(3.3) COMPETENCIA RESPECTO DE LA “RECLAMACIÓN CONTRA LA ANM”

1026. La Demandada sostiene que la “Reclamación contra la ANM” es de naturaleza puramente contractual y, por tanto, no puede tratarse en el presente arbitraje, puesto que el Contrato Minero contiene una cláusula de resolución de disputas⁹¹³.

1027. La Cláusula 39 del Contrato Minero establece, en efecto, lo siguiente:

“[...] Este contrato se rige en todas sus partes por la Ley Colombiana y EL CONTRATISTA se somete a la jurisdicción de los tribunales colombianos”.
[Énfasis agregado]

1028. Por consiguiente, la tarea del Tribunal consiste en determinar si, en el presente arbitraje, las Demandantes han presentado efectivamente reclamaciones contractuales – si lo han hecho, dichas reclamaciones se encontrarían fuera del alcance de la competencia del Tribunal.

1029. El Tribunal observa, como asunto preliminar, que, contrariamente a lo que afirma la Demandada, las Demandantes no han planteado una “Reclamación contra la ANM”. Las Demandantes han planteado reclamaciones en contra de Colombia. Dichas reclamaciones incluyen la decisión de Colombia (adoptada mediante sus sucesivas agencias mineras, el SGC y la ANM) de iniciar el Proceso de Nulidad Contractual y perseguir la declaración de nulidad del Otrosí No. 8. Las Demandantes sostienen que esta presentación resultó en un incumplimiento del estándar de TJE, porque la medida:

- fue un intento de repudiar los compromisos de la República y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes⁹¹⁴;
- fue arbitraria, no razonable y de mala fe⁹¹⁵.

1030. Según las Demandantes, al adoptar el Fallo de la Contraloría y dar comienzo al Proceso de Nulidad Contractual, Colombia incumplió sus obligaciones en virtud del Tratado⁹¹⁶.

⁹¹³ R II, párrs. 512 y 532.

⁹¹⁴ C I, párr. 198.

⁹¹⁵ C I, párrs. 201-202 y 216.

⁹¹⁶ Véase Sección VII.1 *infra*.

A. Test de la base fundamental

1031. Las Partes coinciden en que, en aras de determinar si una reclamación es de naturaleza contractual, el Tribunal debe analizar “la base fundamental de la reclamación”, tal como estableciera el comité de anulación del caso *Vivendi*. En particular, el Tribunal debe establecer⁹¹⁷:

- si la base fundamental de la reclamación es un tratado que establece un estándar independiente por el cual se debe juzgar la conducta de las Partes, o
- si el estándar con el cual debe medirse la conducta de las Partes es un contrato.

1032. En su decisión, el comité de anulación de *Vivendi* explicó lo siguiente⁹¹⁸:

“95. En cuanto a la relación entre incumplimiento de contrato e incumplimiento del tratado en el presente caso, se debe hacer hincapié en que los Artículos 3 y 5 del TBI no se relacionan directamente al incumplimiento de un contrato de derecho interno. En su lugar establecen una norma independiente. Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI. El punto se deja en claro en el Artículo 3 de los Artículos de la CDI, titulado “Caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito”:

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

96. De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato [...].

1033. Estas conclusiones fueron confirmadas por el tribunal de *CrystalleX*. Dicho tribunal también explicó que, a fin de determinar la base fundamental de la reclamación de la demandante, tuvo que tomar como punto de partida sus petitorios (**B**) y la formulación de sus reclamaciones (**C**)⁹¹⁹. Puesto que las Partes han validado el enfoque del tribunal de *CrystalleX*⁹²⁰, el Tribunal de Arbitraje utilizará la misma metodología.

B. Petitorios de las Demandantes

1034. El petitorio principal de las Demandantes es una declaración: que las medidas adoptadas por Colombia (incluida su decisión de iniciar el Proceso de Nulidad

⁹¹⁷ R II, párr. 536; C III, párr. 127. Véase también *Vivendi*, párr. 101.

⁹¹⁸ *Vivendi*, párrs. 95-96.

⁹¹⁹ *CrystalleX*, párrs. 474-475.

⁹²⁰ R II, párr. 538; C III, párr. 131.

Contractual) han resultado en un incumplimiento de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado. Las Demandantes solicitan, asimismo, una declaración de que Colombia ha incumplido la Cláusula Paraguas, Art. 10(2) del Tratado; pero el Tribunal ya ha determinado en la Sección **V.3.(3.2) supra** que carece de competencia para dirimir cualquier diferencia relativa a la Cláusula Paraguas⁹²¹.

1035. Como consecuencia de dicha declaración, las Demandantes solicitan que el Tribunal ordene a la República de Colombia que procure el cese del Proceso de Nulidad Contractual con perjuicio (“*with prejudice*”)⁹²².

1036. *Prima facie*, las Demandantes no han realizado reclamación alguna por el incumplimiento de disposiciones contractuales, y ninguna de las reclamaciones que anteceden es de naturaleza contractual. Las reclamaciones de las Demandantes se basan en los estándares del Tratado, que las Demandantes alegan han sido incumplidos por Colombia.

1037. No obstante, tal como explicara el tribunal de *CrystalleX*⁹²³:

“[...], no bastaría, por supuesto, que una parte demandante simplemente califique los incumplimientos contractuales como incumplimientos de tratados en aras de evitar los obstáculos jurisdiccionales presentes en un TBI. La investigación jurisdiccional del Tribunal es una cuestión de determinación objetiva, y, en el caso de mera “calificación”, el Tribunal gozaría de libertad y tendría el deber de calificar nuevamente los supuestos incumplimientos”. [Énfasis agregado]

1038. El Tribunal, por consiguiente, debe ir más allá de los petitorios de las Demandantes, a fin de determinar si las reclamaciones de las Demandantes se basan en un contrato o en el Tratado.

C. Formulación de las reclamaciones de las Demandantes

1039. Según la Demandada, aun cuando las Demandantes

“pretenden encuadrar la Reclamación contra la ANM como una reclamación en virtud de un tratado por incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo en virtud de los Artículos 4(1) y 4(2) del Tratado, las Demandantes todavía solo lo describen como un incumplimiento contractual”.

Para probar su argumento, la Demandada hace alusión al párr. 223 del Memorial de las Demandantes de 16 de diciembre de 2016⁹²⁴.

1040. El Tribunal considera que el argumento de la Demandada no es convincente.

1041. El párr. 223 del Memorial de las Demandantes versa sobre las reclamaciones de las Demandantes que se basan en la Cláusula Paraguas, y no en los Arts. 4(1) y 4(2)

⁹²¹ C II, párr. 374(a); la solicitud fue confirmada en CPHB, párr. 92.

⁹²² C II, párr. 374(c).

⁹²³ *CrystalleX*, párr. 475.

⁹²⁴ R II, párr. 540.

del Tratado. El Tribunal ya ha determinado que no es competente con respecto a las reclamaciones realizadas al amparo del Art. 10(2).

1042. La base de la reclamación de las Demandantes relativa a la conducta de la ANM es el supuesto intento de la agencia del Estado de que los tribunales administrativos colombianos declaran la nulidad del Otrosí No. 8. Las Demandantes sostienen que el mero inicio del Proceso de Nulidad Contractual configuró un incumplimiento de las obligaciones de Colombia en virtud de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado, porque⁹²⁵:

- infringía las expectativas legítimas de las Demandantes, puesto que el Procedimiento fue iniciado después de que las Demandantes hubieran confiado en el Otrosí No. 8 y hubieran realizado inversiones significativas en Colombia;
- no trató las inversiones de las Demandantes de manera congruente, predecible y transparente, ya que el Proceso tuvo lugar después de que Prodeco e Ingeominas hubieran celebrado extensas negociaciones y luego de que Ingeominas hubiera aprobado el PTI 2010 de Prodeco; y
- adoptó una postura arbitraria y no razonable, puesto que pretendió retirar unilateralmente los compromisos y las garantías asumidos por Ingeominas frente a las Demandantes, sin una decisión fundada.

1043. Las Demandantes miden la conducta de Colombia a la luz de los estándares del Tratado y no de los estándares contractuales: la base fundamental de las reclamaciones de las Demandantes es el Tratado, y no el Contrato Minero.

1044. Tal como estableciera el tribunal de *Crystalllex*, determinar si las reclamaciones de las Demandantes están bien fundadas en derecho y si los hechos subyacentes a esas reclamaciones podrían comprometer la responsabilidad de la Demandada en virtud de los estándares sustantivos del Tratado son cuestiones que deben abordarse junto con el fondo⁹²⁶.

* * *

1045. En síntesis, el Tribunal no está convencido de que la denominada “Reclamación contra la ANM” sea de naturaleza contractual y se encuentre fuera del alcance de la competencia del Tribunal puesto que se funda en los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado. Por lo tanto, se rechaza la excepción de la Demandada.

⁹²⁵ C II, párr. 270.

⁹²⁶ Véase *Crystalllex*, párr. 477.

V.4. EXCEPCIÓN DE INADMISIBILIDAD

1047. La Demandada sostiene que, si el Tribunal decidiera, *par impossible*, que la reclamación de las Demandantes en contra de la Contraloría, o la reclamación en contra de la ANM, se encuentran dentro del alcance de su jurisdicción, dichas reclamaciones aún no están listas para ser dirimidas y, por ende, son inadmisibles (1).

1048. Las Demandantes afirman que sus reclamaciones involucran medidas que ya fueron adoptadas por el Estado, que resultan violatorias del Tratado y que han causado un daño o pérdida a la inversión de las Demandantes. Estas reclamaciones, por lo tanto, están completamente listas para ser dirimidas (2).

1049. El Tribunal comenzará resumiendo las posiciones de las Partes y luego tomará su decisión (3).

(1) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1050. La Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes son prematuras y, por ende, inadmisibles, por varios motivos.

1051. Como cuestión preliminar, la Demandada observa que las Demandantes solicitan al Tribunal que ordene a Colombia que “continúe con la ejecución y cumplimiento del Otrosí No. 8”. No obstante, la Demandada arguye, las Demandantes todavía son dueñas de la Mina Calenturitas y llevan adelante su operación, y las Partes continúan cumpliendo el Otrosí No. 8. En síntesis, las Demandantes desean que las pongan en la misma condición en la que hoy se encuentran. Según la Demandada, esto demuestra que las reclamaciones de las Demandantes son preventivas e hipotéticas⁹²⁷.

Ausencia de una medida del Estado

1052. La Demandada sostiene que, en virtud del Tratado, la jurisdicción del Tribunal se extiende solo a “alguna medida aplicada por la otra Parte [que] es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa algún daño o pérdida [al inversionista] o a su inversión”⁹²⁸. Según la Demandada, una reclamación basada en un daño potencial a la inversión, emanada de una medida que aún no se ha implementado, no resulta admisible en virtud del derecho internacional⁹²⁹.

1053. La Demandada se refiere al caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, en el que la Corte Internacional de Justicia [“CIJ”] distinguió entre el propio acto internacionalmente ilícito y la conducta que antecedió a dicho acto, que es de naturaleza preparatoria y no califica como un acto internacionalmente ilícito⁹³⁰.

⁹²⁷ R I, párr. 371. Véase también TA, Día 2, pág. 520, ll. 21-22.

⁹²⁸ R II, párrs. 551 y 557.

⁹²⁹ R I, párr. 373; R II, párr. 551. Véase también TA, Día 2, pág. 521, l. 4 – pág. 522, l. 5.

⁹³⁰ R I, párrs. 374-375 y 377, que hacen referencia a *Gabčíkovo-Nagymaros*, párr. 79.

1054. La Demandada sostiene que, en el presente caso, el Proceso de Nulidad Contractual, que consiste en someter un contrato a un tribunal de justicia para su revisión y anulación no constituye un acto internacionalmente ilícito y no puede dar lugar a un daño resarcible⁹³¹; en efecto, no ha habido incumplimiento alguno de las obligaciones del Estado⁹³².

Ausencia de un perjuicio al inversionista

1055. La Demandada además sostiene que el Tratado requiere que la medida adoptada por el Estado haya causado un “daño o pérdida” al inversionista o a su inversión. En el presente caso, las reclamaciones de las Demandantes resultan prematuras e inadmisibles porque las Demandantes no han sufrido daño alguno⁹³³.

1056. En primer lugar, con respecto a la reclamación en contra de la conducta de la ANM, la Demandada señala que el Proceso de Nulidad Contractual todavía se encuentra pendiente ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no se sabe si el Otrosí No. 8 será anulado. La Demandada sostiene que el “daño o pérdida” solo pueden ocurrir en el caso de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dicte un fallo que anule el Otrosí No. 8⁹³⁴.

1057. La Demandada sostiene, además, que la reclamación de las Demandantes en contra de la conducta de la ANM no debe prosperar, puesto que las Demandantes no han sufrido ningún perjuicio económico⁹³⁵. Es significativo que las Demandantes no revelaron ninguna contingencia ni registraron ninguna pérdida por deterioro derivada del Proceso de Nulidad Contractual. Por el contrario, las Demandantes expresaron al mercado su máxima confianza en que se confirmaría la validez del Otrosí No. 8⁹³⁶.

1058. En segundo lugar, en cuanto a la reclamación de las Demandantes en contra de la Contraloría, la Demandada sostiene que ésta es asimismo inadmisible y no está lista para ser dirimida, puesto que las Demandantes no han sufrido daño alguno. La reclamación en contra de la Contraloría actualmente se limita a recuperar el Monto de Responsabilidad Fiscal. La Demandada observa que las Demandantes han objetado el Fallo de la Contraloría ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y que hay una decisión pendiente. En sus estados financieros, Prodeco ha calificado como remota la posibilidad de perder la reclamación en contra del Fallo de la Contraloría⁹³⁷. En consecuencia, suponiendo que la reclamación en contra de la Contraloría no fuera desestimada sobre la base de la

⁹³¹ R II, párr. 559.

⁹³² TA, Día 2, pág. 520, ll. 21-22.

⁹³³ R I, párr. 378; R II, párr. 560.

⁹³⁴ R II, párrs. 560-561.

⁹³⁵ R II, párrs. 553-556.

⁹³⁶ R I, párrs. 382-383; R II, párr. 558.

⁹³⁷ R I, párr. 389; R II, párr. 558.

Excepción de Elección de Vía, dicha reclamación, en cualquier caso, no está lista para ser dirimida⁹³⁸.

Revisión por parte de la autoridad estatal competente

1059. Según la Demandada, la jurisprudencia internacional demuestra que el Estado no puede ser responsabilizado por los actos de uno de sus funcionarios si el inversionista no ha intentado, en caso de ser posible, que la autoridad estatal competente revise dicho acto. Este enfoque fue adoptado por los tribunales de los casos *Generation Ukraine* y *EnCana*⁹³⁹. La Demandada sostiene que, en el presente caso, esta condición para que una reclamación esté lista para ser dirimida tiene aún más impacto, dado que el Tratado requiere que el inversionista demuestre que ha sufrido un “daño o pérdida” antes de someter una reclamación⁹⁴⁰.

1060. La Demandada observa que este requisito no es el mismo que el de agotamiento de los recursos locales. La Demandada señala el laudo de *Generation Ukraine*, en el que el tribunal determinó que el agotamiento de los recursos locales difiere totalmente del principio de que la conducta de un funcionario del Estado no puede convertirse en un delito internacional, en ausencia de un intento efectivo del inversionista de que la autoridad estatal competente revise dicho acto⁹⁴¹.

Conclusión

1061. En síntesis, la Demandada sostiene que los procesos locales que han iniciado las Demandantes deben seguir su curso como condición previa a la madurez de las reclamaciones de las Demandantes en contra de la Contraloría y de la ANM. Por ahora, las Demandantes no han sufrido un daño definitivo como resultado de la conducta de ningún órgano del Estado colombiano⁹⁴².

Argumento alternativo: abuso de proceso

1062. *Ex abundante cautela*, la Demandada sostiene que, si el Tribunal considerase que las reclamaciones de las Demandantes están listas para ser dirimidas, el Tribunal debería negarse a oír dichas reclamaciones porque su planteamiento constituye un abuso de proceso. En efecto, las Demandantes están tratando de bloquear o inhibir el funcionamiento del proceso judicial de Colombia. En el caso *Rompetro*, el tribunal determinó que ese tipo de acción preventiva no estaba permitido⁹⁴³.

1063. La Demandada concluye que las reclamaciones de las Demandantes no están listas para ser dirimidas y solicita la desestimación de dichas reclamaciones por parte del Tribunal⁹⁴⁴.

⁹³⁸ R I, párrs. 387-388; R II, párrs. 562-564.

⁹³⁹ R II, párrs. 565-567, que hacen referencia a *Generation Ukraine*, párr. 20.30, y a *EnCana*, párr. 194.

⁹⁴⁰ R II, párr. 568.

⁹⁴¹ R II, párr. 569. Véase también TA, Día 2, pág. 524, l. 13 – pág. 525, l. 3.

⁹⁴² R II, párrs. 570-571.

⁹⁴³ R II, párrs. 572-574, que hacen referencia a *Rompetro*, párr. 152.

⁹⁴⁴ R I, párr. 393; R II, párr. 576.

(2) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

1064. Las Demandantes sostienen que la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada carece de fundamento.

Petitorios solicitados por las Demandantes

1065. Las Demandantes explicaron durante la Audiencia que⁹⁴⁵:

- Los principales recursos perseguidos son de naturaleza restitutiva – es decir, que Colombia ofrezca garantías de no repetición adecuadas y restituya el Monto de Responsabilidad Fiscal dentro de 90 días;
- Subsidiariamente, si Colombia no cumpliese con el petitorio de restitución, las Demandantes solicitan al Tribunal que ordene a Colombia pagar, en concepto de indemnización monetaria, el Monto de Responsabilidad Fiscal, y que mantenga indemnes a las Demandantes de todo pago retroactivo de Regalías y CIB;
- Por último, las Demandantes reclaman daños prospectivos desde la fecha del Laudo, que sería el VPN de la inversión, estimados en USD 336 millones.

Existencia de daño o pérdida

1066. Las Demandantes reconocen que el Tratado establece los requisitos que los demandantes deben cumplir para plantear una reclamación relativa a inversiones. De esos requisitos, la Demandada controvierte principalmente que las Demandantes hayan sufrido un “daño o pérdida” con respecto a la conducta de la ANM y la Contraloría. Las Demandantes consideran que el argumento de la Demandada es deficiente⁹⁴⁶.

1067. En primer lugar, la Demandada sostiene que las Demandantes no han sufrido ningún perjuicio económico como resultado de la conducta de la ANM, puesto que el Otrosí No. 8 permanece vigente. Las Demandantes formulan el argumento en contrario de que el Tratado no exige que el “daño o pérdida” relevante involucre un desembolso de fondos, por ejemplo, en forma de un pago de regalías más altas como resultado de la declaración de nulidad del Otrosí No. 8. La mayoría de los casos de inversión no involucran un desembolso de fondos, sino más bien una pérdida en el valor justo de mercado de la inversión⁹⁴⁷.

1068. Las Demandantes afirman que el accionar de la ANM, junto con otras conductas atribuibles a Colombia, ya han afectado negativamente el VPN de sus inversiones; la magnitud de esa pérdida de valor es una cuestión que debe determinarse junto con el fondo⁹⁴⁸. En efecto, la ANM ha adoptado la posición de que el Otrosí No. 8

⁹⁴⁵ TA, Día 1, pág. 250, l. 21 – pág. 252, l. 8.

⁹⁴⁶ C III, párr. 142; TA, Día 1, pág. 256, ll. 9-11.

⁹⁴⁷ C II, párrs. 221-222; C III, párr. 143; TA, Día 1, pág. 256, ll. 11-15.

⁹⁴⁸ C II, párr. 222; C III, párr. 143.

debería anularse y ha iniciado procedimientos legales en ese sentido, reproduciendo en esencia los motivos de la Contraloría, con el consiguiente impacto que dicha acción por parte del regulador tiene en el valor justo de mercado de la inversión de las Demandantes⁹⁴⁹.

1069. Las Demandantes sostienen, asimismo, que el argumento de la Demandada de que ellas no revelaron ninguna contingencia o desvalorización como resultado del Proceso de Nulidad Contractual es infructuoso. Dicha revelación no tiene impacto alguno en el valor de mercado de la inversión de las Demandantes y las opiniones independientes de los terceros compradores⁹⁵⁰.

1070. En segundo lugar, las Demandantes observan, en referencia a las medidas adoptadas por la Contraloría, que las Demandantes ya han pagado el Monto de Responsabilidad Fiscal, y, por ende, ya han sufrido un denominado “perjuicio económico”⁹⁵¹.

1071. Además, las Demandantes consideran que la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada contradice la Excepción de Elección de Vía:

- Conforme a la Excepción de Inadmisibilidad, la Demandada sostiene que las Demandantes no podrían plantear una reclamación en virtud del Tratado sin haber objetado antes la medida impugnada ante los tribunales locales;
- Al mismo tiempo, en virtud de la Excepción de Elección de Vía, la Demandada sostiene que, si las Demandantes presentaron primero una reclamación ante los tribunales locales, no pueden plantear una reclamación al amparo del Tratado.

1072. Según las Demandantes, la posición de la Demandada los privaría de cualquier recurso legal⁹⁵².

Ausencia de requisito de agotamiento de los recursos locales

1073. Las Demandantes consideran, asimismo, que Colombia está tratando de incluir en el Tratado un requisito inexistente de agotamiento de recursos locales. El Art. 11(3) del Protocolo establece que, antes de someter una reclamación para su solución en Colombia, debe agotarse “la vía gubernativa” de acuerdo a las leyes y regulaciones aplicables; y las Demandantes han cumplido este requisito. No hay un requisito de agotamiento de los recursos locales judiciales⁹⁵³.

1074. Las Demandantes advierten que ellas no reclaman una denegación de justicia que sólo se perfeccionará una vez que los recursos internos se agoten o que se produzca un retraso suficiente en la justicia; tampoco invocan una expropiación. Por el contrario, las Demandantes reclaman un incumplimiento del tratamiento justo y

⁹⁴⁹ C II, párr. 222.

⁹⁵⁰ C III, párr. 144.

⁹⁵¹ C III, párr. 145.

⁹⁵² C III, párr. 141(a).

⁹⁵³ TA, Día 1, pág. 257, l. 3 – pág. 258, l. 17.

equitativo, al igual que de otros estándares del Tratado sobre la base de medidas que ya han sido adoptadas por la Demandada⁹⁵⁴.

1075. Según las Demandantes, la jurisprudencia que la Demandada invoca no respalda su defensa. Tanto el caso *Generation Ukraine* como el caso *EnCana* se relacionaban con expropiaciones⁹⁵⁵.

Ausencia de abuso de proceso

1076. En cuanto a la reclamación de abuso de proceso de la Demandada, las Demandantes observan que la Demandada solamente invoca el petitorio solicitado por las Demandantes, que, según la Demandada, está destinado a bloquear o inhibir el funcionamiento del proceso judicial de Colombia. Las Demandantes no están de acuerdo: ellas pretenden una declaración de incumplimiento, una restitución y una orden de cese de los actos ilícitos de Colombia, un petitorio que no requiere que los tribunales actúen o se abstengan de hacerlo en modo alguno, puesto que los actos ilícitos son los actos cometidos por actores no judiciales⁹⁵⁶.

1077. En cuanto al caso *Rompetro*, las Demandantes señalan que el tribunal reconoció que “la persecución del delito – o incluso su mera invocación – no puede servir por sí misma como justificación de la conducta que trasgrede los derechos de los inversionistas extranjeros en virtud de los tratados aplicables”. Las Demandantes sostienen que, en este caso en particular, no están pidiendo al Tribunal que impida a las autoridades colombianas la investigación de delitos o la sustanciación de procesos penales⁹⁵⁷.

1078. En cualquier caso, las Demandantes sostienen que Colombia no ha explicado cómo una mera solicitud de petitorio podría considerarse tan abusiva como para privar al Tribunal de jurisdicción por completo. La pertinencia del petitorio solicitado por las Demandantes es una cuestión de fondo, y no de jurisdicción⁹⁵⁸.

Conclusión

1079. Las Demandantes concluyen que el principal petitorio que ellas persiguen es de naturaleza prescriptiva y está diseñado para garantizar:

- (i) el cese de las medidas ilícitas ya adoptadas por Colombia en violación del Tratado,
- (ii) la no repetición de dichas medidas, y
- (iii) la continuación del cumplimiento del Otrosí No. 8.

⁹⁵⁴ C II, párrs. 225-226; C III, párr. 141(b); TA, Día 1, pág. 258, l. 20 – pág. 259, l. 17.

⁹⁵⁵ TA, Día 1, pág. 264, l. 17 – pág. 266, l. 2.

⁹⁵⁶ C III, párr. 146.

⁹⁵⁷ TA, Día 1, pág. 266, l. 6 – pág. 267, l. 12.

⁹⁵⁸ C III, par. 147.

(3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

1080. El Tribunal primero establecerá los hechos probados (A) y luego explicará su decisión (B).

A. Hechos probados

1081. Tal como se explicara *supra*⁹⁵⁹, resulta importante tener en cuenta que, bajo el derecho colombiano, hay una clara distinción entre el (i) Proceso Administrativo de Responsabilidad Fiscal y (ii) los Procesos Judiciales de Nulidad de contratos administrativos⁹⁶⁰:

Proceso de Responsabilidad Fiscal

1082. La Contraloría es una agencia de la República de Colombia. Está facultada para decidir si servidores públicos o particulares incurrieron en lo que se denomina “responsabilidad fiscal”, que requiere la concurrencia de tres condiciones⁹⁶¹:

- Una “conducta dolosa o culposa” cometida por un servidor público o un particular,
- Que cause un daño al Estado colombiano o a alguna de sus agencias,
- Y un nexo causal entre la conducta y el daño.

1083. Cabe destacar que, en un entorno contractual, la responsabilidad fiscal no requiere la violación de ninguna norma, el incumplimiento de ningún compromiso contractual ni ninguna ilegalidad que afecte al contrato. Procede siempre que un servidor público o un particular incurre en una conducta dolosa o culposa (por ejemplo, al negociar, ejecutar o suscribir un contrato), y dicho comportamiento causa un daño al Estado.

1084. Si la investigación realizada por la Contraloría concluye que se cumplen los tres requisitos, la Contraloría emitirá un acto administrativo, en el cual decidirá que el servidor público o el particular ha incurrido en responsabilidad fiscal y, simultáneamente, ordenará que dicha persona pague una compensación igual al daño sufrido por Colombia o la agencia pertinente⁹⁶².

1085. La decisión de la Contraloría (“declaratoria de responsabilidad fiscal”) no tiene impacto en el contrato, que continúa en plena vigencia y tiene que ser cumplido tanto por la parte privada como por la pública⁹⁶³.

1086. Una decisión administrativa de primera instancia adoptada por la Contraloría puede recurrirse dentro de la propia Contraloría (“recursos en vía gubernativa”), mediante

⁹⁵⁹ Véanse secciones **III.(7)** y **III.(8)** *supra*.

⁹⁶⁰ La distinción es explicada claramente por la Contraloría en el Fallo de Reposición (Doc. C-35, pág. 41).

⁹⁶¹ Doc. C-71, Arts. 4 a 6.

⁹⁶² Doc. C-71, Art. 4.

⁹⁶³ Doc. C-35, pág. 41.

la presentación de un recurso de reposición o de un recurso de apelación; una vez agotados estos recursos, el acto administrativo adquiere carácter firme y la vía gubernativa se cierra. Pero esto no es el fin de la historia: todavía resulta posible perseguir la declaración de nulidad del acto administrativo firme mediante el inicio de un Proceso de Nulidad (“recurso judicial contencioso-administrativo”) ante los tribunales de justicia.

Proceso de Nulidad Contractual

1087. La nulidad de un contrato administrativo celebrado con la República o alguna de sus agencias es una institución completamente diferente: tales nulidades requieren un Proceso judicial de Nulidad Contractual (“declaratoria de nulidad”), a petición de alguna de las partes del Contrato. La parte solicitante tiene la carga de probar que ha ocurrido una causa de nulidad bajo el derecho colombiano (por ejemplo, ilegalidad o falta de consentimiento).

1088. Tras el dictado del fallo del juez, el contrato se anula y deja de surtir efectos. Dependiendo de las circunstancias, el cese puede tener efectos retroactivos (*ex tunc*) o no (*ex nunc*), y la parte *in bonis* puede tener derecho a reclamar una compensación⁹⁶⁴.

1089. Los hechos probados en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal ya han sido detallados en la Sección **V.3(3.1) supra** y se recordarán brevemente aquí (a); luego, se sintetizarán los hechos relativos al Proceso de Nulidad Contractual (b).

a. Proceso de Responsabilidad Fiscal

1090. El 30 de abril de 2015, la Contralora Delegada, Sra. Vargas, emitió el Fallo de la Contraloría, que determinó que, al ejecutar el Otrosí No. 8, Prodeco había incurrido en responsabilidad y ordenó a Prodeco y a ciertos servidores públicos que compensaran conjunta y solidariamente al Estado por el daño causado⁹⁶⁵.

1091. El 11 de mayo de 2015, Prodeco presentó:

- Un recurso de reposición ante la Contralora Delegada, la propia autoridad que había emitido el Fallo, en el que solicitaba la reconsideración de su Fallo, y
- Un recurso de apelación ante el Contralor General de la República, el supervisor de la Contralora Delegada⁹⁶⁶.

1092. Estos recursos administrativos no tuvieron éxito:

⁹⁶⁴ Doc. C-35, pág. 41.

⁹⁶⁵ Doc. C-32, pág. 231.

⁹⁶⁶ Doc. C-33.

- En julio de 2015, la Contralora Delegada rechazó el recurso de reposición de Prodeco⁹⁶⁷; y
- En agosto de 2015, el Contralor General emitió el Fallo de Apelación, que confirmaba el Fallo de la Contraloría⁹⁶⁸.

1093. Tras una Solicitud de Conciliación obligatoria y una Conciliación infructuosa con la Contraloría, el 1 de abril de 2016, Prodeco inició el Proceso de Nulidad contra el Fallo de la Contraloría ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹⁶⁹, solicitando:

- la declaración de nulidad del Fallo de la Contraloría,
- la restitución de los montos ya pagados por Prodeco en cumplimiento del Fallo de la Contraloría, y
- ciertas solicitudes subsidiarias más daños⁹⁷⁰.

1094. El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca aún se encuentra pendiente.

b. Proceso de Nulidad Contractual

1095. Conforme a la cláusula 39 del Contrato Minero, este último se rige por el derecho colombiano y está sujeto a la jurisdicción de los tribunales colombianos⁹⁷¹. Los tribunales colombianos tienen entonces la facultad de dirimir todas las diferencias que surjan con respecto al Contrato Minero – con inclusión de cualquier diferencia relativa a la validez del Contrato o de sus Otrosíes.

1096. El 30 de marzo de 2012, el SGC, invocando la cláusula 39 del Contrato Minero y, tras una solicitud de conciliación obligatoria que no prosperó, inició el Proceso de Nulidad Contractual ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El SGC solicitó al tribunal que declarase la nulidad del Otrosí No. 8, arguyendo que dicho Otrosí perjudicaba el interés general del Estado: el Otrosí se había suscrito sobre la base del supuesto de que generaría beneficios para el Estado, pero este escenario no se había materializado⁹⁷².

1097. En subsidio, el SGC solicitó que el Tribunal Administrativo revisara el Otrosí No. 8, “de tal manera que se preserve el interés general, recuperando y manteniendo a un futuro el equilibrio de la ecuación financiera del Contrato 044/89, perdido con el desarrollo del Otrosí No. 8”.

⁹⁶⁷ Doc. C-35.

⁹⁶⁸ Doc. C-37.

⁹⁶⁹ Doc. R-2. Véase también McManus I, párr. 45.

⁹⁷⁰ En subsidio, Prodeco también planteó una reclamación en contra de los Sres. Martínez Torres, Ballesteros y Ceballos, y las aseguradoras, solicitando el reembolso de los montos pagados a la Contraloría.

⁹⁷¹ Doc. C-2, Cláusula 39, pág. 38.

⁹⁷² Doc. C-140, págs. 3 y 34-35.

1098. La reclamación del SGC fue notificada a Prodeco en octubre de 2012⁹⁷³.

1099. El 15 de mayo de 2013, la ANM (que había reemplazado al SGC) volvió a presentar su reclamación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁹⁷⁴, en términos prácticamente idénticos a los iniciales. La ANM, sin embargo, actualizó el monto de las supuestas pérdidas del Estado a USD 99 M⁹⁷⁵.

1100. El 7 de octubre de 2013, Prodeco presentó su respuesta a la reclamación reenviada de la ANM⁹⁷⁶, junto con un informe de KPMG⁹⁷⁷.

1101. Prodeco sostuvo que el Otrosí No. 8 se había suscrito de conformidad con la legislación colombiana y había sido necesario para permitir la expansión de la Mina. Prodeco también sostuvo que el Otrosí No. 8 aumentaría los beneficios de Colombia a largo plazo. Según Prodeco, el impacto del Otrosí No. 8 en las finanzas del Estado solo podría determinarse al final del plazo del Contrato Minero⁹⁷⁸.

1102. El 22 de octubre de 2013, la ANM presentó su escrito de réplica⁹⁷⁹.

1103. Las Partes coinciden en que, al día de la fecha, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no ha emitido un fallo en el Proceso de Nulidad Contractual⁹⁸⁰.

B. Análisis y decisión del Tribunal

1104. El petitorio principal de las Demandantes consiste en que se emita una declaración de que las medidas de Colombia han resultado en un incumplimiento de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado⁹⁸¹. Como consecuencia de dicha declaración, las Demandantes solicitan que el Tribunal ordene a la República de Colombia:

- continuar con la ejecución y cumplimiento del Otrosí No. 8⁹⁸²;
- procurar el cese del Proceso de Nulidad Contractual con perjuicio⁹⁸³;

⁹⁷³ Doc. C-149, pág. 1.

⁹⁷⁴ Doc. C-158.

⁹⁷⁵ Doc. C-158, pág. 46.

⁹⁷⁶ Doc. C-170. Cabe destacar que Prodeco ya había presentado una respuesta a la reclamación inicial del SGC el 21 de mayo de 2013 (Doc. C-160).

⁹⁷⁷ Doc. C-168.

⁹⁷⁸ Doc. C-170.

⁹⁷⁹ Doc. C-172.

⁹⁸⁰ C I, párr. 143; Compass Lexecon I, párr. 58; R I, párr. 261; R II, párr. 383; TA, Día 1, pág. 166, ll. 19-20.

⁹⁸¹ C II, párr. 374(a); la solicitud fue confirmada en CPHB, párr. 92. Las Demandantes también solicitaron una declaración de que Colombia había incumplido la Cláusula Paraguas del Art. 10(2) del Tratado; pero el Tribunal ya ha determinado en la Sección **V.3.(3.2) supra** que carece de competencia para dirimir cualquier disputa relativa a la Cláusula Paraguas.

⁹⁸² C II, párr. 374(b).

⁹⁸³ C II, párr. 374(c).

- otorgar las correspondientes garantías y seguridades de la Contraloría de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8;⁹⁸⁴ y
- devolver a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19,1 M más intereses⁹⁸⁵.

1105. La Demandada sostiene que las reclamaciones de las Demandantes en contra de la Contraloría y de la ANM aún no están listas para ser dirimidas y, por tanto, resultan inadmisibles.

1106. La Demandada sostiene que⁹⁸⁶:

- El proceso local debe seguir su curso como condición previa a la madurez de las reclamaciones de las Demandantes en contra de la Contraloría y de la ANM;
- Las Demandantes no han sufrido daño alguno, y una reclamación fundada en un daño potencial a la inversión no resulta admisible en virtud del Tratado;
- En subsidio, las reclamaciones de las Demandantes constituyen un abuso de proceso, puesto que su objetivo es bloquear efectivamente el proceso judicial de Colombia.

1107. Las Demandantes sostienen que sus reclamaciones involucran medidas que ya fueron adoptadas por el Estado, que resultan violatorias del Tratado y que han causado un daño o pérdida a la inversión de las Demandantes. Estas reclamaciones, por lo tanto, están completamente listas para ser dirimidas.

1108. Las Demandantes alegan que⁹⁸⁷:

- La magnitud del daño o pérdida sufrido por las Demandantes es una cuestión que debe determinarse en el fondo;
- Las Demandantes ya han pagado el Monto de Responsabilidad Fiscal y, por tanto, han sufrido un perjuicio económico;
- No hay un requisito de agotamiento de los recursos locales porque las Demandantes no están reclamando una denegación de justicia; y
- En cuanto al abuso de proceso, las Demandantes no están pidiendo al Tribunal que impida a las autoridades colombianas la investigación de delitos o la sustanciación de procesos penales; en cualquier caso, la mera solicitud de petitorio nunca puede constituir un abuso de proceso.

⁹⁸⁴ C II, párr. 374(d-e).

⁹⁸⁵ C II, párr. 374(f). Si Colombia no cumple con esta resolución dentro de los 90 días, las Demandantes solicitan, en subsidio (*inter alia*), daños prospectivos por una suma de USD 336,1 millones, más ciertas indemnidades.

⁹⁸⁶ Véase Sección V.4.(1) *supra*.

⁹⁸⁷ Véase Sección V.4.(2) *supra*.

1109. La defensa de las Demandantes consiste en que, al adoptar dos medidas distintas, la República ha incumplido las garantías otorgadas en el Tratado: el Fallo de la Contraloría (**a**) y el Proceso de Nulidad Contractual (**b**). El Tribunal analizará cada una de estas medidas por separado. Luego, dedicará unas breves subsecciones a dos argumentos de carácter subsidiario que fueron esgrimidos por la Demandada: la inexistencia de daño o pérdida (**c**) y el abuso de proceso (**d**). Finalmente, el Tribunal rechazará la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada.

a. El Fallo de la Contraloría

1110. Las Demandantes sostienen que el Fallo de la Contraloría viola el Art. 4(1) (medidas no razonables o discriminatorias) y el Art. 4(2) (TJE) del Tratado. En esencia, las Demandantes sostienen lo siguiente⁹⁸⁸:

- Que el Fallo de la Contraloría efectivamente revocó los compromisos del Estado en virtud del Otrosí No. 8, y, de ese modo, frustró las expectativas legítimas de las Demandantes⁹⁸⁹;
- Que el Fallo de la Contraloría es arbitrario, no razonable y se dictó de mala fe⁹⁹⁰;
- Que el Fallo de la Contraloría ordenó a Prodeco pagar el Monto de Responsabilidad Fiscal a fin de evitar la resolución del Contrato Minero en su totalidad; ello constituyó un intento unilateral y coercitivo de rescribir los términos negociados del Contrato Minero⁹⁹¹;
- Que Colombia ha privado a las Demandantes del debido proceso en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, en tanto Prodeco no pudo defenderse adecuadamente y la Contraloría no actuó de manera justa en el trámite de las actuaciones.

1111. La Demandada sostiene que dichas reclamaciones son prematuras y, por consiguiente, inadmisibles.

1112. El 30 de abril de 2015, la Contralora Delegada, Sra. Vargas, emitió el Fallo de la Contraloría. Posteriormente, Prodeco presentó un recurso de reposición ante la Contralora Delegada y un recurso de apelación al Contralor General de la República, el superior de la Contralora Delegada⁹⁹². Ambos recursos han sido rechazados, y el acto administrativo es ahora definitivo (firme en vía gubernativa). Prodeco ha iniciado un Proceso judicial de Nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual pretende impugnar el Fallo de la Contraloría. El Tribunal Administrativo todavía no ha emitido su decisión.

1113. La cuestión que el Tribunal debe abordar consiste en determinar si una disputa emanada de un acto administrativo que ya se ha tornado firme en vía gubernativa,

⁹⁸⁸ C I, párr. 204.

⁹⁸⁹ C I, párrs. 192-195.

⁹⁹⁰ C I, párr. 202.

⁹⁹¹ C I, párr. 203.

⁹⁹² Doc. C-33.

pero cuyo recurso judicial todavía se encuentra pendiente, ya está lista para ser dirimida ante un tribunal de arbitraje internacional.

Art. 11(3) del Protocolo

1114. Esta cuestión se aborda en el Art. 11(3) del Protocolo. Las versiones en español e inglés del texto rezan lo siguiente:

“Con respecto a Colombia, para poder someter una reclamación para su solución bajo dicho Artículo [11(3) del Tratado], se debe agotar la vía gubernativa de acuerdo a las leyes y regulaciones aplicables. Ese procedimiento en ningún caso deberá exceder seis meses desde la fecha de su inicio por el inversionista [...]”

“With respect to Colombia, in order to submit a claim for settlement under the said Article [11(3) of the Treaty], domestic administrative remedies shall be exhausted in accordance with applicable laws and regulations. Such procedure shall in no case exceed six months from the date of its initiation by the investor [...]”

1115. El Art. 11(3) del Protocolo solo resulta aplicable a las inversiones en Colombia (“Con respecto a Colombia...”). Debe haberse añadido a petición de Colombia, para tener en cuenta sus “leyes y regulaciones”; el texto en español de la disposición utiliza terminología jurídica colombiana y es de especial relevancia para su correcta interpretación.

1116. La norma incluye reclamaciones que un inversionista pretende someter, sobre la base de actos administrativos de la República o sus agencias. La admisibilidad de dichas reclamaciones se encuentra sujeta a un requisito especial:

- Debe agotarse la vía gubernativa, es decir, todos los recursos dentro de la propia administración pública en contra del acto administrativo deben haber sido presentados y rechazados, de manera que el acto administrativo se haya tornado firme en vía gubernativa;
- O, alternativamente, deben haber transcurrido más de seis meses desde que el inversionista presentó el recurso administrativo, sin que se haya emitido una decisión final que agote la vía gubernativa.

1117. El Fallo de la Contraloría recae dentro de la primera alternativa: se han presentado y rechazado todos los recursos administrativos; es firme en vía gubernativa, y, por consiguiente, el Art. 11(3) del Protocolo permite a las Demandantes plantear una reclamación con respecto al incumplimiento del estándar de TJE (incluida la prohibición de medidas no razonables o discriminatorias).

1118. El hecho de que Prodeco también haya iniciado un Proceso de Nulidad en contra del Fallo de la Contraloría ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca carece de relevancia. El Tratado no requiere que los inversionistas, con anterioridad a la

presentación de reclamaciones basadas en incumplimientos del Art. 4(1) o (2) del Tratado, agoten los recursos judiciales locales⁹⁹³.

1119. En este caso, hay un motivo adicional para desestimar el argumento de la Demandada de que las reclamaciones de las Demandantes relativas al Fallo de la Contraloría todavía no están listas para ser dirimidas: en la Conciliación obligatoria que precedió al inicio del Proceso de Nulidad, Colombia alegó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no gozaba de jurisdicción para entender en dicho Proceso de Nulidad, ya que Glencore y Prodeco habían optado por someter la diferencia al arbitraje CIADI⁹⁹⁴. El hecho de que Colombia ahora sostenga que las Demandantes, para acceder al arbitraje internacional, deben primero agotar el Proceso de Nulidad, constituye un giro de 180 grados.

b. El Proceso de Nulidad Contractual

1120. Las Demandantes sostienen, además, que la decisión de Colombia de iniciar el Proceso de Nulidad Contractual en búsqueda de la declaración de nulidad del Otrosí No. 8:

- constituye un intento de repudiar los compromisos de la República y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes⁹⁹⁵;
- es arbitraria, no razonable y de mala fe⁹⁹⁶.

1121. La Demandada reitera que dichas reclamaciones son prematuras e inadmisibles.

1122. El Tribunal estaría de acuerdo con el razonamiento de la Demandada si las Demandantes estuvieran argumentando que el Proceso judicial de Nulidad Contractual había resultado en una denegación de justicia. Una reclamación de denegación de justicia en efecto resultaría prematura – puesto que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aún no ha emitido su fallo de primera instancia y los recursos judiciales locales no han sido agotados.

1123. Las Demandantes no niegan que las reclamaciones de denegación de justicia “solo se perfeccionarían una vez que los recursos internos se hubieran agotado y/o hubiera un retraso de justicia suficiente”⁹⁹⁷. Pero afirman que no están planteando una reclamación de denegación de justicia, sino que su caso consiste en que la mera decisión de Colombia de iniciar el Proceso judicial de Nulidad Contractual ya resultó en un incumplimiento del estándar de TJE⁹⁹⁸.

⁹⁹³ El Art. 11(3) del Protocolo solo requiere el agotamiento de los recursos administrativos.

⁹⁹⁴ Doc. C-192, pág. 6.

⁹⁹⁵ C I, párr. 198.

⁹⁹⁶ C I, párrs. 201-202 y 216.

⁹⁹⁷ C II, párr. 225.

⁹⁹⁸ C II, párrs. 225-226; C III, párr. 141(b); TA, Día 1, pág. 258, l. 20 – pág. 259, l. 17.

Decisión del Tribunal

1124. La cuestión que el Tribunal debe analizar para aceptar o rechazar la Excepción de Inadmisibilidad consiste en si la reclamación de las Demandantes ya está lista para ser dirimida o si, en virtud del TBI, un inversionista está obligado a realizar determinada actividad antes de tener derecho a acceder al arbitraje internacional.

1125. Cuando el Tribunal abordó la misma cuestión con relación al Fallo de la Contraloría, le fue posible basarse en la orientación ofrecida por el Art. 11(3) del Protocolo. Esta norma es inadecuada para la presente discusión: la decisión de Colombia de iniciar el Proceso judicial de Nulidad Contractual no constituye un acto administrativo y no puede impugnarse en vía gubernativa.

1126. En ausencia de una disposición específica en el Tratado, de alguna orientación contenida en el Protocolo o de alguna regla de aplicación general derivada del derecho internacional, el Tribunal considera que el acceso al arbitraje internacional, en situaciones distintas de aquellas a las que se refiere el Art. 11(3) del Protocolo, no va cargado con ningún requisito de admisibilidad. Colombia adoptó una medida que consiste en iniciar el Proceso judicial de Nulidad Contractual; las Demandantes reclaman que esta medida violó el Tratado; la reclamación resulta admisible dado que no hay más requisitos que deban cumplirse (la cuestión de si la reclamación debe finalmente ser aceptada o rechazada es, por supuesto, una cuestión de fondo).

Lemire

1127. El tribunal de *Lemire*, frente a una situación similar, arribó a la misma conclusión que el presente Tribunal, pero añadió la siguiente advertencia⁹⁹⁹:

“Esto no significa que un inversionista pueda acudir a un tribunal CIADI con cualquier reclamo, sin importar cuán trivial, con respecto a cualquier decisión, sin importar cuán rutinaria, adoptada por cualquier servidor público, sin importar cuán modesto fuera su lugar jerárquico”.

1128. En este caso, no obstante, la reclamación no es trivial, dado que afecta la validez del Otrosí No. 8. y la decisión no fue adoptada por un modesto servidor público, sino por el SGC, la agencia encomendada por la República con la supervisión del sector minero. El test predicado por *Lemire* queda completamente satisfecho.

Generation Ukraine

1129. La Demandada ha invocado *Generation Ukraine* en respaldo de su caso.

1130. El presente arbitraje presenta diferencias significativas respecto de *Generation Ukraine*¹⁰⁰⁰, un caso en el que la demandante abandonó el país apenas se adoptaron las medidas impugnadas y reclamó que había ocurrido una expropiación. En el presente arbitraje, la situación resulta bastante diferente: las Demandantes no están

⁹⁹⁹ *Lemire*, párr. 278.

¹⁰⁰⁰ *Generation Ukraine*, párr. 20.30.

reclamando una expropiación y han iniciado este arbitraje para asegurarse que puedan continuar disponiendo de su inversión.

1131. En cualquier caso, el test propuesto por *Generation Ukraine* se basa en la razonabilidad: una demandante debe hacer un esfuerzo razonable por obtener la corrección de la decisión incorrecta en el marco del sistema jurídico interno, antes de obtener acceso a la protección internacional. En el presente caso, no hay medida razonable alguna que las Demandantes pudieran haber adoptado para evitar o corregir la decisión de Colombia de iniciar el Proceso de Nulidad Contractual.

c. Daño o pérdida

1132. El Art. 11(1) del Tratado prevé que un inversionista puede solicitar consultas como paso previo al arbitraje, si la medida aplicada por el Estado receptor es inconsistente con una obligación del Tratado “y esto causa algún daño o pérdida a él o a su inversión”.

1133. La Demandada sostiene que las medidas adoptadas por Colombia no han causado daño o pérdida alguno a las Demandantes.

1134. Este argumento carece de mérito.

1135. La determinación de daño y pérdida es una cuestión que solo puede ser dirimida una vez que se ha establecido el fondo de la reclamación. De cualquier manera, Prodeco se vio forzada a pagar a la República el Monto de Responsabilidad Fiscal, según lo exigía el Fallo de la Contraloría. *Prima facie*, las Demandantes parecen haber sufrido cierto “daño o pérdida” y una de las solicitudes de las Demandantes en este arbitraje consiste precisamente en el reembolso de dicha suma más intereses.

d. Abuso de proceso

1136. La Demandada sostiene, por último, que el Tribunal debería negarse a entender en las reclamaciones de las Demandantes, ya que, al tratar de inhibir el funcionamiento del proceso judicial de Colombia, se cometió un abuso de proceso¹⁰⁰¹.

1137. El Tribunal no está de acuerdo.

1138. La reclamación de las Demandantes consiste en que ciertas medidas adoptadas por la administración pública de Colombia (el Fallo de la Contraloría y el inicio del Proceso de Nulidad Contractual) incumplieron el estándar de TJE establecido en el TBI. Las supuestas medidas ilícitas fueron adoptadas por agencias de la República, presuntamente en violación de las garantías de derecho internacional consagradas en el Tratado. Las alegaciones de las Demandantes pueden ser correctas o incorrectas – esa es una cuestión que corresponde al fondo. Pero no hay indicio

¹⁰⁰¹ Véase Sección V.4.(1) *supra*.

alguno de que las Demandantes hayan cometido un abuso del proceso que permita una desestimación temprana de las reclamaciones.

1139. La Demandada cita el laudo de *Rompetrol*. Dicho tribunal determinó lo siguiente¹⁰⁰²:

“El Tribunal desea dejar claro desde el principio que sería sumamente sensible a cualquier alegación bien fundada de que el procedimiento de arbitraje de inversión ante sí estuviera dirigido a (o funcionara de hecho para) bloquear o inhibir la operación legítima de la función inherente del Estado en la investigación, represión y castigo de delitos, con inclusión de los delitos económicos y de corrupción”. [Énfasis agregado]

1140. El tribunal de *Rompetrol* seguidamente procedió a desestimar la excepción de inadmisibilidad de la Demandada¹⁰⁰³.

1141. Las conclusiones de *Rompetrol* son *obiter dicta*, se relacionan con investigaciones penales y resultaron en la desestimación de la excepción de inadmisibilidad de Rumania¹⁰⁰⁴ – no respaldan la defensa de la Demandada.

* * *

1142. En síntesis, el Tribunal rechaza la Excepción de Inadmisibilidad de la Demandada.

¹⁰⁰² *Rompetrol*, párr. 152.

¹⁰⁰³ *Rompetrol*, párr. 161.

¹⁰⁰⁴ *Rompetrol*, párrs. 152-161.

VI. FONDO DE LAS RECLAMACIONES

1143. El Tribunal ha rechazado tres de las excepciones de jurisdicción e inadmisibilidad de la Demandada y debe ahora abordar el fondo de las reclamaciones de las Demandantes.

1144. Durante la Audiencia, las Demandantes describieron que lo que buscan en este caso “es muy simple”¹⁰⁰⁵:

“que Colombia honre la palabra que dio cuando firmó con Prodeco una enmienda contractual que constituyó el incentivo para una expansión minera e infraestructura conexa que costó centenares de millones de dólares. Habiendo recibido el beneficio de esa inversión Colombia ahora no puede darle la espalda a este compromiso contractual solemne, erigirse como el soberano y tratar de abrogar unilateralmente los derechos contenidos en ese contrato. Si esto no fuese así ningún contrato firmado con un Estado soberano tendría el valor del papel en el que se firmó. Esta conducta es un caso típico de quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo”.

1145. Más específicamente, las Demandantes sostienen que, al:

- (i) iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal y adoptar el Fallo de la Contraloría, e
- (ii) iniciar el Proceso de Nulidad Contractual y, de este modo, buscar la declaración de nulidad del Otrosí No. 8,

Colombia no otorgó a las Demandantes un tratamiento consistente con las obligaciones establecidas en los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado¹⁰⁰⁶.

1146. Las Demandantes aseveran, asimismo, que Colombia no ha cumplido con sus obligaciones relativas a la inversión de las Demandantes en virtud del Art. 10(2) del Tratado¹⁰⁰⁷. El Tribunal ya ha determinado, sin embargo, que no tiene competencia para decidir sobre reclamaciones basadas en la Cláusula Paraguas del Tratado¹⁰⁰⁸.

1147. El Tribunal resumirá, en primer lugar, la posición de las Demandantes (VI.1.) y, luego, la posición de la Demandada (VI.2.) antes de analizar las cuestiones pertinentes y exponer los motivos de su decisión (VI.3.).

¹⁰⁰⁵ TA, Día 1, pág. 23, l. 19 – pág. 24, l. 12.

¹⁰⁰⁶ C I, párr. 187; Doc. H-1, pág. 156.

¹⁰⁰⁷ C I, Sección IV.C; C II, Sección IV.C; TA, Día 1, pág. 172, ll. 7-10.

¹⁰⁰⁸ Véase Sección V.3.(3.2) *supra*.

VI.1. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

1148. Las Demandantes explican que el Art. 4(2) del Tratado exige que Colombia otorgue un TJE a las inversiones de las Demandantes¹⁰⁰⁹. El Tratado no define lo que constituye un TJE. Las Demandantes sostienen, no obstante, que, de conformidad con el Art. 31(1) de la CVDT, el Art. 4(2) debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos, y teniendo en cuenta el objeto y fin del Tratado¹⁰¹⁰.

1149. Las Demandantes señalan que los límites del estándar de TJE han sido desarrollados con el tiempo por los tribunales de tratados de inversión. Por ejemplo, en el caso *Saluka*¹⁰¹¹, el tribunal concluyó que el sentido corriente de “justo” y “equitativo” es “imparcial”, “igualitario”, “objetivo” o “legítimo”. Los tribunales de inversión también han establecido que, con arreglo al estándar de TJE, el Estado receptor debe asegurar algunos elementos fundamentales en su entorno de inversión¹⁰¹²:

- Protección de las expectativas legítimas del inversionista (1.): los tribunales han sostenido que, cuando el Estado receptor genera expectativas en el inversionista, estas expectativas son legítimas y gozan de protección. Tal como sostuviera el tribunal de *Total*, las expectativas legítimas pueden surgir de una diversidad de fuentes, incluyendo un contrato, una concesión u otros compromisos en los que el inversionista tiene derecho a confiar¹⁰¹³.
- Entorno apropiado de inversión (2.): el Estado receptor debe garantizar un entorno apropiado de inversión, tratando la inversión extranjera de manera congruente, predecible, transparente y no arbitraria¹⁰¹⁴. Tal como consagra el Art. 4(1) del Tratado, el Estado receptor no debe interferir en las inversiones mediante una conducta no razonable o discriminatoria¹⁰¹⁵. Por último, el Estado debe actuar de conformidad con el principio de buena fe¹⁰¹⁶.
- Debido proceso (3.): el Estado receptor debe garantizar que se otorgue el debido proceso; esto implica permitir a un inversionista que presente su caso y esgrima sus defensas. Una violación del debido proceso debe analizarse objetivamente y puede ocurrir incluso si no hay sesgo de parte del Estado¹⁰¹⁷.

¹⁰⁰⁹ C I, sección IV.B.1; C II, párr. 230.

¹⁰¹⁰ C I, párr. 178.

¹⁰¹¹ C I, párr. 179, que hace referencia a *Saluka*, párr. 298.

¹⁰¹² C I, párrs. 180-186; C II, párr. 231; TA, Día 1, págs. 173, ll. 5-17.

¹⁰¹³ C I, párrs. 180-181; C II, párrs. 232-234; TA, Día 1, págs. 173, l. 18 – págs. 174, l. 21, que hacen referencia a *Saluka* y *Total*.

¹⁰¹⁴ C I, párr. 182, que hace referencia a *Metalclad*, párr. 99; *MTD*, párr. 163; *Tecmed*, párr. 154; C II, párrs. 246-248; TA, Día 1, págs. 176, l. 11 – págs. 177, l. 6.

¹⁰¹⁵ C I, párr. 184, que hace referencia a *CMS*, párr. 290.

¹⁰¹⁶ C I, párr. 185, que hace referencia a *Tecmed*, párr. 153.

¹⁰¹⁷ C I, párr. 183; C II, párrs. 254-256.

1150. Las Demandantes explican que la determinación de “irrazonabilidad” o “injusticia” no depende de los motivos del Estado para adoptar las medidas violatorias. El TJE es un estándar objetivo que puede vulnerarse incluso si el Estado actuó de buena fe¹⁰¹⁸.

1151. Las Demandantes sostienen que Colombia trató la inversión de las Demandantes de forma injusta e inequitativa y la perjudicó con un tratamiento no razonable, en violación de sus obligaciones emanadas del Tratado y del derecho internacional consuetudinario.

(1) FRUSTRACIÓN DE LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

1152. Según las Demandantes, Colombia asumió compromisos y otorgó garantías específicas con respecto a las inversiones de las Demandantes, lo que generó expectativas legítimas, para luego frustrarlas¹⁰¹⁹.

1153. Las Demandantes sostienen que el Otrosí No. 8 constituía el compromiso principal de Colombia, y que las Demandantes se basaron en este último para invertir más de USD 1 MM en Colombia a partir del 2010. Este Otrosí fue negociado en un período de 20 meses, fue suscrito por la Agencia Minera de Colombia y se inscribió en el registro minero nacional. La Agencia Minera del Estado asumió tres compromisos específicos frente a las Demandantes en el Otrosí No. 8¹⁰²⁰:

- Que las Regalías correspondientes a cada MTA de carbón adicional producido por encima de 8 MTA estarían sujetas a un incremento marginal prorrataeado del 1%;
- Que los umbrales de los pagos de la CIB se indexarían;
- Que el Precio de Referencia del Carbón para la liquidación de los pagos de Regalías y CIB se establecería utilizando una fórmula de rezagamiento de precios que reflejara los precios de referencia de entre los tres y dieciocho meses anteriores.

1154. La Agencia Minera del Estado reforzó estas expectativas mediante la aprobación del PTI 2010 de Prodeco.

1155. Las Demandantes sostienen que esperaban legítimamente que Colombia honrara estos compromisos contractuales y actuara de manera congruente con las declaraciones efectuadas ante Prodeco¹⁰²¹. En cambio, mediante las acciones de la Contraloría y de la Agencia Minera, Colombia repudió y destruyó los compromisos que había negociado y consagrado en el Otrosí No. 8, luego de que las Demandantes

¹⁰¹⁸ C I, párr. 186.

¹⁰¹⁹ TA, Día 1, pág. 174, l. 22 – pág. 175, l. 3.

¹⁰²⁰ C I, párrs. 188-191; TA, Día 1, pág. 174, l. 22 – pág. 175 l. 3.

¹⁰²¹ C I, párr. 191.

hubieran realizado inversiones significativas en función de dicho Otrosí, frustrando de este modo las expectativas legítimas de las Demandantes¹⁰²².

A. La conducta de la Contraloría vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes

1156. Las Demandantes sostienen que la decisión de la Contraloría de iniciar y sustanciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal y, finalmente, de declarar a Prodeco fiscalmente responsable, vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes, específicamente, de que sus inversiones fueran tratadas de manera congruente, predecible y transparente¹⁰²³.

1157. En primer lugar, el Fallo de la Contraloría revocó los compromisos asumidos por el Estado en virtud del Otrosí No. 8 para el año 2020. Colombia no hizo uso de su poder de control fiscal de conformidad con su función habitual de supervisión de la gestión fiscal de los recursos del Estado, sino para anular, en efecto, los compromisos asumidos en el Otrosí No. 8¹⁰²⁴.

1158. En segundo lugar, la Contraloría actuó de manera impredecible al adoptar una decisión que resultaba radicalmente incoherente e incongruente con la conducta de otras autoridades colombianas. Según las Demandantes, la decisión de la Contraloría de anular un acuerdo con una agencia estatal especializada con relación a un proyecto de la magnitud del de Prodeco no tiene precedentes. Colombia, asimismo, retiró unilateralmente las promesas y garantías que había otorgado a las Demandantes para incentivar las inversiones en la expansión de la Mina¹⁰²⁵.

1159. En tercer lugar, la Contraloría aplicó criterios para evaluar el Otrosí No. 8 distintos de aquellos considerados por Ingeominas al negociarlo y aceptarlo. La Contraloría ignoró asimismo que el Otrosí No. 8 había permitido la expansión de la Mina y que esta expansión había sido la base de la negociación entre las partes¹⁰²⁶.

B. La conducta de la ANM vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes

1160. Las Demandantes sostienen que el Proceso de Nulidad Contractual, iniciado por el SGC/la ANM, también repudió los compromisos asumidos por el Estado en virtud del Otrosí No. 8 e incumplió las expectativas legítimas de las Demandantes.

1161. Este Procedimiento fue iniciado con posterioridad a que las Demandantes, basándose en el Otrosí No. 8, hubieren realizado inversiones significativas. En el Proceso de Nulidad Contractual, la Agencia Minera sostiene que el Otrosí debería anularse por ser contrario al interés general del Estado. Según las Demandantes,

¹⁰²² C I, párrs. 192-194 y 198; TA, Día 1, pág. 175, ll. 4-15.

¹⁰²³ C II, párr. 259.

¹⁰²⁴ C II, párr. 259(a).

¹⁰²⁵ C II, párr. 259(b).

¹⁰²⁶ C II, párr. 259(c).

esto contradice directamente las declaraciones expresas realizadas por Ingeominas tras la suscripción del Otrosí No. 8¹⁰²⁷.

C. Refutación de los argumentos de la Demandada

1162. En cuanto al argumento de la Demandada de que los contratos no dan lugar a expectativas legítimas y de que el incumplimiento de las expectativas contractuales no constituye una violación de la disposición de TJE, las Demandantes no están de acuerdo. La jurisprudencia relativa a inversiones ha reconocido sistemáticamente que los contratos celebrados con un Estado receptor pueden dar lugar a expectativas legítimas¹⁰²⁸.

1163. Las Demandantes reconocen que no todos los incumplimientos contractuales resultan violatorios del estándar de TJE. Sostienen, no obstante, que, en el presente caso, el Estado no solo no cumplió el contrato que previamente había reconocido como vinculante, sino que persiguió su declaración de nulidad. Las Demandantes no se basan en “expectativas contractuales”, sino en las expectativas legítimas protegidas al amparo del Tratado que Colombia generó al asumir compromisos y otorgar garantías expresas frente a las Demandantes¹⁰²⁹.

1164. La Demandada también sostiene que la ejecución por parte del Estado de las medidas legales, regulatorias o de control no puede constituir un incumplimiento de las expectativas legítimas. Las Demandantes consideran que este argumento es incorrecto, puesto que la CVDT prevé expresamente que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Además, tal como sostuviera el tribunal de *Tecmed*, un Estado frustraría las expectativas legítimas de un inversionista si usara sus facultades legales y regulatorias para un propósito distinto para el que fue destinado, en aras de perjudicar o privar al inversionista de su inversión¹⁰³⁰.

(2) FALTA DEL ENTORNO DE INVERSION REQUERIDO POR EL TJE

1165. Las Demandantes sostienen, además, que Colombia ha incumplido asimismo el estándar de TJE al frustrar la expectativa general de las Demandantes de que Colombia trataría la inversión de estas últimas de manera transparente, congruente, y predecible, de que Colombia actuaría de buena fe, y de que se abstendría de un tratamiento arbitrario o no razonable¹⁰³¹.

1166. Las Demandantes observan que el Estado debe actuar de manera congruente entre las distintas ramas de su gobierno, tal como se determinó en el caso *MTD*. Esto significa que el Estado en su totalidad debe actuar de manera congruente en relación

¹⁰²⁷ C I, párrs. 196-198; C II, párr. 270(a); TA, Día 1, pág. 175, l. 15 – pág. 176, l. 8.

¹⁰²⁸ C II, párrs. 236-237, que hacen referencia a *Noble Ventures*, párr. 182; *Toto Costruzioni*, párr. 159; *Clayton et. al.*, párr. 282; *Murphy II*, párr. 248.

¹⁰²⁹ C II, párrs. 238-239.

¹⁰³⁰ C II, párrs. 240-242, que hacen referencia a *Tecmed*, párr. 154.

¹⁰³¹ C I, párr. 199.

al inversionista extranjero¹⁰³². Las Demandantes sostienen que esto no sucedió en el presente caso: Ingeominas suscribió el Otrosí No. 8 sobre la base del argumento de que era conveniente para el Estado, solo para que la Contraloría lo revocara arbitrariamente sobre la base de la conclusión contraria¹⁰³³.

1167. Las Demandantes alegan que estas conclusiones también están respaldadas por la conclusión contenida en la decisión de *Occidental*, en donde se sostuvo que la confusión y falta de claridad en las acciones de una agencia administrativa podrían derivar en una forma de arbitrariedad, incluso si ello no fuera intencional¹⁰³⁴.

1168. Las Demandantes aseveran que las agencias de Colombia no actuaron de manera congruente, predecible y de buena fe, por varios motivos.

A. El Fallo de la Contraloría careció de transparencia y fue arbitrario y no razonable

1169. Las Demandantes sostienen que el Fallo de la Contraloría, que derivó en la revocación del Otrosí No. 8, careció de transparencia, fue arbitrario y no razonable, y se emitió de mala fe por varios motivos¹⁰³⁵.

1170. En primer lugar, la Contraloría halló culpable a Prodeco de negociar y proponer el Otrosí No. 8, así como de no asegurarse de que Ingeominas analizara adecuadamente las consecuencias del Otrosí No. 8, como si el rol de Prodeco fuera el de guardián supervisor del Estado colombiano, y no el de contraparte contractual. Básicamente, la Contraloría responsabilizó a Prodeco de la supuesta mala conducta de la agencia minera del Estado. Según las Demandantes, responsabilizar a una empresa privada de las supuestas faltas de una entidad del Estado en el desempeño apropiado de sus deberes es no razonable y arbitrario.

1171. En segundo lugar, el Fallo de la Contraloría se basó en el hecho de que varios funcionarios públicos supuestamente incumplieron sus deberes. Sin embargo, la Agencia Minera nunca investigó ninguna de esas supuestas faltas. La Contraloría solo declaró responsable a Prodeco.

1172. En tercer lugar, la Contraloría sostuvo que el Otrosí No. 8 no era conveniente para el Estado, sobre la base de un análisis limitado del primer año de un contrato de largo plazo. Esta conclusión fue alcanzada pese a las directivas institucionales de la Contraloría que requieren un análisis a largo plazo de los contratos de largo plazo; la Contraloría se basó ilógicamente en la definición del término “Período de Transición” en el Contrato Minero. Las Demandantes alegan que realizar un análisis a corto plazo del funcionamiento de un contrato de largo plazo resulta arbitrario y no razonable.

¹⁰³² TA, Día 1, pág. 177, ll. 13-22.

¹⁰³³ TA, Día 1, pág. 177, l. 22 – pág. 178, l. 5.

¹⁰³⁴ TA, Día 1, pág. 179, ll. 7-14.

¹⁰³⁵ C I, párr. 202; C II, párr. 259(d); TA, Día 1, pág. 180, l. 16 – pág. 183, l. 3.

1173. En cuarto lugar, la Contraloría arribó a sus conclusiones mucho antes de haber emitido el Fallo y no le permitió a Prodeco presentar pruebas fundamentales. Las Demandantes sostienen que el accionar de la Contraloría estuvo viciado de prejuicio, preferencia y sesgo.

1174. En particular, la Contraloría incurrió en muchas irregularidades procesales en flagrante desacato del derecho colombiano y las buenas prácticas reflejadas en el Manual de Prueba de la Contraloría. La Contraloría trató de manipular las pruebas para arribar a una conclusión preconcebida y arbitraria.

1175. La Contraloría ignoró el testimonio de los funcionarios de Ingeominas, prestado bajo juramento, de que Ingeominas había analizado el Otrosí No. 8 de manera adecuada. En cambio, se basó casi exclusivamente en declaraciones de esos mismos funcionarios que contradecían su testimonio prestado bajo juramento. La Contraloría parece haber recompensado a los funcionarios que cambiaron su testimonio mediante el retiro de las acusaciones formuladas contra ellos. Por consiguiente, las Demandantes sostienen que el Fallo de la Contraloría estuvo sesgado, fue emitido de mala fe y fue subjetivo;

- La Contraloría no actuó sobre la base de los estándares jurídicos, sino que se basó en reiteradas oportunidades en su propia discrecionalidad y preferencia para justificar la atribución de responsabilidad fiscal a Prodeco;
- La Contraloría ejerció jurisdicción sobre Prodeco cuando no gozaba de dicha jurisdicción;
- La Contraloría no basó sus acciones en un juicio razonado.

1176. Por último, el Fallo de la Contraloría exigió a Prodeco el pago del Monto de Responsabilidad Fiscal para evitar la resolución del Contrato Minero en su totalidad. Ello constituyó un intento unilateral y coercitivo de reescribir los términos que se habían negociado del Contrato Minero¹⁰³⁶.

B. La conducta de la Agencia Minera del Estado fue arbitraria e impredecible y no transparente

1177. Las Demandantes sostienen, asimismo, que la Agencia Minera ha obrado de manera incongruente, arbitraria, impredecible y no transparente¹⁰³⁷:

- Por un lado, tras 20 meses de negociación, la Agencia Minera del Estado suscribió el Otrosí No. 8 en aras de inducir a las Demandantes a realizar inversiones significativas, aduciendo que el Otrosí era conveniente para el Estado porque permitiría la expansión de la Mina; inscribió el Otrosí No. 8 en el registro minero nacional, aprobó el PTI 2010 de Prodeco, y sus funcionarios

¹⁰³⁶ C I, párr. 203.

¹⁰³⁷ C I, párrs. 200-201; C II, párr. 270(b); TA, Día 1, pág. 183, l. 4 – pág. 184, l. 12.

luego atestiguaron respecto de los beneficios del Otrosí No. 8 en el contexto del Proceso de Responsabilidad Fiscal;

- Por otro lado, luego de que las Demandantes hubieren efectuado inversiones masivas para expandir la Mina, la Agencia Minera, contradiciendo directamente su conducta anterior, intentó anular el Otrosí No. 8, sosteniendo que reduciría los ingresos de Colombia por regalías para los años 2010 y 2011, aunque sabía que el Otrosí redundaría en beneficios significativos para el Estado en el mediano y largo plazo.

1178. Las Demandantes sostienen, además, que el inicio del Proceso de Nulidad Contractual no fue transparente y resultó arbitrario, puesto que la Agencia Minera procuró revocar unilateralmente los compromisos asumidos y las garantías otorgadas frente a las Demandantes, sin un juicio razonado. La Agencia Minera decidió solicitar la declaración de nulidad del Otrosí No. 8 sobre la base de que no era conveniente para el Estado, al contrario de sus declaraciones anteriores. No hubo intento alguno de consultar a Prodeco de buena fe antes de tomar una decisión tan drástica¹⁰³⁸.

1179. A la luz de este accionar, las Demandantes sostienen que Colombia no les ha brindado el entorno de inversión requerido por el estándar de TJE, incumpliendo así los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado¹⁰³⁹.

C. Refutación de los argumentos de la Demandada

1180. Las Demandantes observan que, contrariamente a lo que alega la Demandada, un Estado puede incumplir el estándar de TJE incluso si las medidas que tomó fueron adoptadas de buena fe, con un propósito legítimo, y conforme a sus leyes y regulaciones¹⁰⁴⁰. Del mismo modo, el Estado podría adoptar medidas arbitrarias, incluso si no fuera de mala fe¹⁰⁴¹.

1181. Las Demandantes sostienen que no resulta necesario demostrar que Colombia actuó de mala fe para que este Tribunal concluya que Colombia no otorgó un TJE a la inversión de las Demandantes. No obstante, si Colombia hubiere actuado de mala fe, eso mismo evidenciaría un incumplimiento del TJE¹⁰⁴².

1182. Por último, las Demandantes admiten que no se cuestiona que Colombia tiene un derecho general de ejercer una revisión legal o regulatoria, pero arguyen que dicha revisión, incluso si fuera en pleno cumplimiento del derecho colombiano y se llevara a cabo de buena fe, debe ser congruente con la obligación de derecho internacional de otorgar un TJE. El TJE requiere que Colombia actúe de manera

¹⁰³⁸ C II, párr. 270(c).

¹⁰³⁹ C I, sección IV.B.3.b; TA, Día 1, pág. 184, ll. 13-20.

¹⁰⁴⁰ C II, párrs. 244-245.

¹⁰⁴¹ C II, párr. 248; TA, Día 1, pág. 185, l. 15 – pág. 186, l. 2.

¹⁰⁴² C II, párr. 251, que hace referencia a *Frontier Petroleum*, párr. 300.

congruente, predecible y transparente, y que se abstenga de adoptar una conducta arbitraria, no razonable o caprichosa¹⁰⁴³.

(3) DENEGACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

1183. Las Demandantes sostienen que el debido proceso es otra característica esencial del entorno de inversión exigido por el estándar de TJE. Se trata de un estándar objetivo de tratamiento, por el que puede juzgarse el sistema legal y administrativo de un Estado receptor¹⁰⁴⁴.

1184. Las Demandantes sostienen que Colombia ha privado a las Demandantes del debido proceso en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, de dos maneras principales¹⁰⁴⁵.

A. Prodeco no tuvo una oportunidad adecuada para defenderse

1185. Las Demandantes sostienen, en primer lugar, que se le negó a Prodeco la oportunidad de aportar pruebas e interrogar testigos y, por consiguiente, de defenderse de manera adecuada¹⁰⁴⁶:

- La Contraloría se negó a admitir el testimonio oral de los peritos independientes presentados por Prodeco, aunque su testimonio fuera directamente relevante;
- La Contraloría se negó a permitir a Prodeco que interrogara al equipo técnico de la Contraloría;
- La Contraloría se negó a admitir el testimonio de los empleados de Prodeco que habían realizado los análisis técnicos del Otrosí No. 8 propuesto, que Prodeco compartió con la Agencia Minera del Estado durante las negociaciones.

B. El Fallo de la Contraloría estuvo sesgado

1186. Las Demandantes sostienen que la Contraloría no actuó de manera imparcial en la sustanciación de los procesos. De hecho, sustanció los procesos con el propósito de arribar a una conclusión preconcebida. Esto se ve reflejado en varios hechos¹⁰⁴⁷:

- La Contraloría incorporó al proceso a cuatro servidores públicos, y embargó sus bienes y cuentas bancarias injustamente; tras haber cambiado su declaración jurada anterior por declaraciones no juradas, la Contraloría los dejó ir sobre la base de que sus posiciones no les habían conferido los poderes de gestión fiscal requeridos para que se encontraran dentro de la jurisdicción de la Contraloría para empezar; la Contraloría parece entonces haber recompensado a aquellos funcionarios que cambiaron su testimonio;

¹⁰⁴³ C II, párr. 252.

¹⁰⁴⁴ TA, Día 1, pág. 186, ll. 3-17.

¹⁰⁴⁵ C I, párr. 204; C II, párr. 260. Véase también TA, Día 1, pág. 186, l. 18 – pág. 189, l. 2.

¹⁰⁴⁶ C I, párr. 205; C II, párr. 260.

¹⁰⁴⁷ C I, párrs. 206-209; C II, párr. 260.

- La Contraloría ignoró testimonios prestados bajo juramento en favor de Prodeco y se basó casi exclusivamente en declaraciones no juradas que contradecían el testimonio prestado bajo juramento, pero que respaldaban las imputaciones de la Contraloría; la Contraloría tampoco formuló preguntas para buscar la verdad material detrás de estos testimonios;
- La Contraloría se negó a permitir a Prodeco que presentara declaraciones sobre el análisis del impacto del Otrosí No. 8 sobre la base de que ello era “superfluo”, pero admitió el testimonio de una testigo que ya había declarado en múltiples ocasiones ante la Contraloría; en su cuarta comparecencia, la testigo cambió su testimonio para sustentar las imputaciones formuladas por la Contraloría.

1187. Además, según las Demandantes, la Contraloría sustanció el Proceso de Responsabilidad Fiscal de forma parcial y no transparente. Las Demandantes arguyen que la Contraloría y la Sra. Vargas habían decidido declarar a Prodeco fiscalmente responsable y estaban dispuestas a trasgredir normas aplicables para alcanzar ese resultado¹⁰⁴⁸. Las Demandantes sugieren que la Contraloría quería “limpiar” las irregularidades en torno a la Agencia Minera del Estado. No obstante, la Contraloría determinó que otras autoridades colombianas eran competentes para investigar las irregularidades relativas a los contratos de Drummond y Cerro Matoso, y Prodeco era la única empresa minera que todavía se encontraba dentro del ámbito de competencia de la Contraloría¹⁰⁴⁹.

1188. Según las Demandantes, la Sra. Morelli sugirió en una entrevista del mes de diciembre de 2013 que ya había decidido que Prodeco era fiscalmente responsable¹⁰⁵⁰. La Sra. Morelli había elegido a dedo a la Sra. Vargas para dirigir el Proceso de Responsabilidad Fiscal. En enero de 2014, luego de la declaración de la Sra. Morelli, la Sra. Vargas rechazó casi todas las solicitudes de Prodeco de autorización para presentar pruebas. Las Demandantes sostienen que tanto la Sra. Morelli como la Sra. Vargas se aseguraron de que Prodeco no pudiera rendir pruebas exculpatorias que pudieran cambiar el resultado del caso¹⁰⁵¹.

1189. Por último, la conducta de la Contraloría fue incongruente con la de otras entidades del Estado, tales como la Agencia Minera del Estado y el fallo de la Procuraduría General¹⁰⁵².

1190. Las Demandantes concluyen que esta conducta, que resulta atribuible a Colombia, destruyó las expectativas legítimas de las Demandantes, puesto que estas últimas vieron sus derechos contractuales anulados en un procedimiento desprovisto del debido proceso. Fue exactamente lo contrario a un proceso justo e imparcial sobre la base de consideraciones apropiadas y pertinentes.

¹⁰⁴⁸ C II, párrs. 261-262.

¹⁰⁴⁹ C II, párrs. 263-264.

¹⁰⁵⁰ Que hace referencia al Doc. C-266.

¹⁰⁵¹ C II, párrs. 265-267.

¹⁰⁵² TA, Día 1, pág. 189, l. 12 – pág. 190, l. 5.

C. Refutación de los argumentos de la Demandada

1191. Las Demandantes observan que Colombia no controvierte que una violación del debido proceso podría vulnerar el estándar de TJE. Colombia sostiene, sin embargo, que, para que haya ocurrido un incumplimiento del TJE, el incumplimiento requiere un “sesgo grave”, “debe ser manifiesto y debe ofender la corrección jurídica”. Colombia agrega que los procesos administrativos se encuentran sujetos a estándares de debido proceso menos exigentes que los procesos judiciales¹⁰⁵³.
1192. Las Demandantes no están de acuerdo. La jurisprudencia citada por las Demandantes en su Memorial (*Deutsche Bank, Metalclad y Tecmed*) determinó de manera independiente que los Estados receptores no habían brindado el debido proceso en incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo, y habían actuado con sesgo. El comentario citado por Colombia confirma que el debido proceso refleja un estándar objetivo de tratamiento por el cual “puede juzgarse el sistema legal y administrativo [de un Estado receptor]”¹⁰⁵⁴.
1193. Las Demandantes además sostienen que las afirmaciones de Colombia con respecto al estándar del debido proceso supuestamente aplicables a este caso no son acertadas, ya que se basan en casos que versan sobre la denegación de justicia¹⁰⁵⁵ o la toma de decisiones en materia regulatoria por parte de agencias administrativas¹⁰⁵⁶ – y no sobre la resolución administrativa. Las Demandantes niegan que los procesos administrativos se encuentren sujetos a estándares de debido proceso menos exigentes. Las Demandantes hacen alusión a las conclusiones a las que arribara el tribunal de *Apotex* en respaldo de su posición¹⁰⁵⁷.
1194. Según las Demandantes, la jurisprudencia sobre tratados de inversión ha identificado otras fallas del debido proceso que pueden constituir una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo, tales como “una conducta [...] que involu[cra] una falta de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la corrección jurídica – como podría ser el caso de [...] una falta total de transparencia y candor en un procedimiento administrativo”¹⁰⁵⁸ , una “falta total de fundamentación”¹⁰⁵⁹ o un Estado que “no acat[a] sus propias normas”¹⁰⁶⁰.
1195. Las Demandantes concluyen, en cualquier caso, que el análisis de un posible incumplimiento del estándar de TJE por no proporcionar el debido proceso depende ampliamente de las circunstancias de cada caso concreto y debe adaptarse a ellas¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵³ C II, párrs. 253-254.

¹⁰⁵⁴ C II, párr. 255.

¹⁰⁵⁵ C II, párr. 256, que hace referencia a *Arif*, párr. 446, y *Jan de Nul*, párr. 195.

¹⁰⁵⁶ C II, párr. 256, que hace referencia a *AES*, párr. 9.3.41, y *Tokios Tokelès*, párr. 133.

¹⁰⁵⁷ C II, párr. 257, que hace referencia a *Apotex*, párr. 9.22.

¹⁰⁵⁸ C II, párr. 258, que hace referencia a *Jan de Nul*, párr. 187.

¹⁰⁵⁹ C II, párr. 258, que hace referencia a *TECO Guatemala*, párr. 458.

¹⁰⁶⁰ C II, párr. 258, que hace referencia a *TECO Guatemala*, párr. 457.

¹⁰⁶¹ C II, párr. 258.

* * *

1196. En síntesis, las Demandantes sostienen que Colombia incumplió el estándar de TJE y es responsable frente a las Demandantes¹⁰⁶².

¹⁰⁶² TA, Día 1, pág. 190, ll. 6-7.

VI.2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1197. La Demandada sostiene que el caso de las Demandantes se basa en la premisa de que la aplicación ordinaria por parte de Colombia de su marco legal, regulatorio y de control, que ya estaba vigente al momento de la inversión de las Demandantes, constituye un incumplimiento del Tratado. La Demandada afirma que, fundamentalmente, la posición de las Demandantes es¹⁰⁶³:

- Que las Demandantes no deberían estar sujetas al régimen de control ordinario de Colombia puesto que “un proyecto de la magnitud de la mina Calenturitas” de alguna manera amerita un tratamiento especial;
- Cualquier revisión del Otrosí No. 8 por parte de un órgano del Estado colombiano, sea la Contraloría o los tribunales, constituye una violación del derecho internacional.

1198. Según la Demandada, si la posición de las Demandantes fuese cierta, cualquier acción del Estado en pos de aplicar su marco legal, regulatorio o de control constituiría una violación de las cláusulas de TJE o de no perjuicio¹⁰⁶⁴. La Demandada sostiene que los inversionistas extranjeros no están inmunizados contra la aplicación de la legislación y las regulaciones internas¹⁰⁶⁵, en especial, las sofisticadas empresas multinacionales tales como lo son las Demandantes, quienes conocían el entorno legal, regulatorio y de control de Colombia¹⁰⁶⁶.

1199. Por ende, la Demandada sostiene que las acciones ordinarias y razonables de Colombia en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y en el Proceso de Nulidad Contractual no violaron ni podrían violar los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado¹⁰⁶⁷.

Cuestión preliminar: reclamaciones nuevas

1200. La Demandada alega que, en su Réplica, las Demandantes han combinado los diversos estándares jurídicos identificados en el Memorial original con hechos y exhibido una constelación de reclamaciones fundamentalmente nuevas. Estas reclamaciones nuevas incluyen alegaciones de las Demandantes de que¹⁰⁶⁸:

- El Fallo de la Contraloría fue incongruente, impredecible y no transparente;
- El Fallo de la Contraloría retiró no razonablemente los compromisos y garantías que habían recibido las Demandantes;
- El Fallo de la Contraloría no fue razonado; y

¹⁰⁶³ R II, párr. 579; TA, Día 2, pág. 526, ll. 7-16.

¹⁰⁶⁴ R II, párr. 579.

¹⁰⁶⁵ R I, párr. 482; R II, párr. 582; TA, Día 2, pág. 529, ll. 2-13.

¹⁰⁶⁶ R I, párr. 399.

¹⁰⁶⁷ R II, párr. 579; TA, Día 2, pág. 528, ll. 13-18.

¹⁰⁶⁸ R II, párrs. 583-584.

- El Sr. Paredes no consultó a Prodeco antes de iniciar el Proceso de Nulidad Contractual.

1201. Según la Demandada, todas las alegaciones nuevas de las Demandantes contenidas en la Réplica son inadmisibles, puesto que la Regla 31 del CIADI establece que el momento apropiado para realizar alegaciones de hecho y de derecho es en el Memorial. Dado que las alegaciones nuevas de las Demandantes son extemporáneas, deben ser descartadas conforme a la Regla 26(3) del CIADI. No hacerlo sería contrario al derecho de Colombia de tener dos oportunidades de responder con pruebas¹⁰⁶⁹.

1202. La Demandada sostiene asimismo que la totalidad de las alegaciones que las Demandantes realizaron en el Memorial y eligieron no defender en la Réplica también deben ser rechazadas, en tanto sería contrario a los derechos procesales de Colombia que ahora se permitiera a las Demandantes introducir argumentos adicionales en defensa de estas reclamaciones, tras no haberlo hecho en la Réplica¹⁰⁷⁰.

1203. En cualquier caso, la Demandada considera que el caso de las Demandantes no debe prosperar dado que¹⁰⁷¹:

- Colombia actuó en pleno cumplimiento de las supuestas expectativas legítimas de las Demandantes en todo momento (1);
- El Fallo de la Contraloría y el Proceso de Nulidad Contractual, como medidas regulatorias y de control ordinarias, satisficieron todos los requisitos de las cláusulas de TJE y de no perjuicio (2);
- La conducta de la Contraloría en el Proceso de Responsabilidad Fiscal respetó completamente los estándares de debido proceso pertinentes (3); y
- La Demandada finalmente añade que no hubo violación de las cláusulas de TJE o de no perjuicio en virtud de la presentación de la Denuncia Penal por parte de la ANDJE.

(1) AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

1204. La Demandada observa que el concepto de expectativas legítimas no aparece en los términos del Tratado y que las Demandantes no han explicado cómo podrían encontrarse comprendidas en el sentido corriente del TJE¹⁰⁷². Incluso si el derecho internacional consuetudinario debiera tenerse en cuenta al interpretar el sentido

¹⁰⁶⁹ R II, párrs. 585-586.

¹⁰⁷⁰ R II, párr. 587.

¹⁰⁷¹ R II, párr. 588.

¹⁰⁷² R I, párrs. 403-404; R II, párr. 592.

corriente del término de un Tratado, de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, el TJE no cubre las expectativas legítimas¹⁰⁷³.

1205. La Demandada sostiene que, aun si la cláusula de TJE extendiera protección a las expectativas legítimas, las alegaciones de las Demandantes no serían más fructíferas, por dos motivos¹⁰⁷⁴:

- En primer lugar, porque las alegaciones de incumplimiento del TJE solo se encuentran en las expectativas contractuales, y estas no pueden dar lugar al incumplimiento de un Tratado (**A**);
- En segundo lugar, porque cualquiera de las expectativas que podrían haber tenido las Demandantes en razón del Otrosí No. 8 debe haber incluido la posibilidad de que Colombia sometiera el contrato a medidas ordinarias a fin de aplicar su marco legal y regulatorio (**B**).

A. Ausencia de incumplimiento de meras expectativas contractuales

1206. La Demandada afirma que las expectativas legítimas de las Demandantes surgen directamente del Otrosí No. 8 y de las obligaciones contractuales que supuestamente contenía. Sin embargo, las expectativas contractuales no se encuentran protegidas por la cláusula de TJE del Tratado¹⁰⁷⁵.

1207. En primer lugar, la Demandada arguye que la cláusula de TJE no constituye una cláusula paraguas, que elevaría cualquier incumplimiento contractual a la categoría de incumplimiento del Tratado¹⁰⁷⁶. Según la Demandada, el Prof. Schreuer ha establecido que, si se admitieran las expectativas contractuales, el estándar de TJE sería una cláusula paraguas interpretada en términos amplios¹⁰⁷⁷.

1208. La Demandada sostiene que la cláusula de TJE no puede constituir una cláusula paraguas interpretada en términos amplios. Ello es así especialmente en un Tratado que contiene una Cláusula Paraguas, pero excluye la competencia del Tribunal para resolver disputas en virtud de dicha Cláusula¹⁰⁷⁸.

1209. Según la Demandada, estas conclusiones están confirmadas por el tribunal de *SAUR* y la línea de decisiones de la cual es parte, incluyendo los casos *Parkerings Compagniets, Hamester, Bayindir* e *Impregilo*¹⁰⁷⁹. De modo similar, el tribunal de *UAB* rechazó una reclamación por incumplimiento del TJE sobre la base de que se

¹⁰⁷³ R I, párr. 405.

¹⁰⁷⁴ R I, párr. 406; R II, párr. 593.

¹⁰⁷⁵ R I, párrs. 407-408.

¹⁰⁷⁶ R II, párrs. 594-595.

¹⁰⁷⁷ R I, párr. 409; R II, párr. 596.

¹⁰⁷⁸ R I, párr. 410; R II, párrs. 596-597.

¹⁰⁷⁹ R I, párr. 411; R II, párr. 599, que hace referencia a *SAUR*, párr. 483; *Parkerings*, párr. 344; *Hamester*, párrs. 334-337; *Bayindir*, párr. 180; e *Impregilo*, párr. 294.

trataba de una reclamación contractual, planteada bajo el velo de un incumplimiento de las expectativas legítimas del inversionista¹⁰⁸⁰.

1210. En segundo lugar, la Demandada sostiene que los inversionistas no gozan del derecho incondicional de estabilidad legal o contractual en ausencia de una cláusula de estabilización¹⁰⁸¹. La Demandada reconoce que muchas inversiones se realizan mediante el vehículo de los contratos. No obstante, alega la Demandada, eso no implica que las expectativas contractuales constituyan la base fundamental de las reclamaciones de TJE en cada arbitraje internacional¹⁰⁸².

1211. Por último, la Demandada considera que la jurisprudencia invocada por las Demandantes – a saber: las decisiones de los casos *Noble Ventures* y *Murphy* – no brinda sustento al argumento en virtud del cual prácticamente todas las inversiones extranjeras y todas las reclamaciones en materia de inversión se basan en un incumplimiento de las expectativas contractuales¹⁰⁸³.

1212. La Demandada concluye que, puesto que las Demandantes no han planteado ninguna supuesta expectativa legítima que no sean las expectativas contractuales emergentes del Otrosí No. 8, las Demandantes no tienen derecho a reclamar en virtud del estándar de TJE¹⁰⁸⁴. En efecto, el Otrosí No. 8 no dio lugar a ninguna expectativa con derecho a protección en virtud del Tratado¹⁰⁸⁵.

B. Ausencia de incumplimiento a través de medidas legales, regulatorias y de control ordinarias

1213. La Demandada sostiene, en cualquier caso, que las expectativas del inversionista (en caso de existir) deben incluir la posibilidad de que el Estado aplique su marco legal y regulatorio¹⁰⁸⁶.

1214. Según la Demandada, no toda medida ordinaria de aplicación regulatoria o jurídica en contra de un inversionista extranjero puede considerarse incumplimiento del TJE. Si realmente existen expectativas legítimas, deben tener en cuenta el marco legal y regulatorio del Estado en su totalidad, incluidos los mecanismos ordinarios de revisión, así como el contexto económico y social más amplio en el que se conformaron las expectativas. Los tribunales de *Total* y *Roussalis* sustentan estas conclusiones¹⁰⁸⁷.

1215. La Demandada observa que las Demandantes invocan la decisión del caso *ECE* para intentar demostrar que esperaban legítimamente que las autoridades colombianas

¹⁰⁸⁰ R II, párr. 600, que hace referencia a *UAB*, párrs. 846 y 853; y también a *Urbaser*.

¹⁰⁸¹ R II, párr. 601; TA, Día 2, pág. 532, l. 22 – pág. 533, l. 4.

¹⁰⁸² R II, párr. 602.

¹⁰⁸³ R II, párrs. 603-606.

¹⁰⁸⁴ R I, párrs. 413-414; R II, párrs. 607-610.

¹⁰⁸⁵ R I, párr. 414.

¹⁰⁸⁶ R I, párr. 417; R II, párr. 611.

¹⁰⁸⁷ R I, párrs. 416-417; R II, párr. 612, que hace referencia a *Total*, párr. 149; *Roussalis*, párr. 691; TA, Día 2, pág. 530, ll. 2-19.

se abstuvieran de implementar el marco legal y regulatorio. Sin embargo, el tribunal en *ECE* rechazó la proposición de que una decisión administrativa, incluso una decisión errónea, puede redundar en un incumplimiento de las expectativas legítimas¹⁰⁸⁸.

1216. La Demandada también alega que, en tanto los tribunales de inversión no deberían tratar a los inversionistas como si fueran incapaces legalmente, se presume que las Demandantes conocían el contenido del sistema legal y regulatorio colombiano cuando invirtieron en Colombia¹⁰⁸⁹.

1217. La Demandada concluye que el argumento de las Demandantes en virtud del cual la CVDT prohíbe a Colombia invocar las disposiciones de su derecho interno en aras de justificar un incumplimiento del Tratado es fútil. La Demandada no alega que su derecho interno sea una circunstancia que justifique o excluya la ilicitud del supuesto incumplimiento del Tratado. El argumento de Colombia radica en que la disposición de TJE del Tratado, cuando es interpretada correctamente, no puede prohibir a los Estados parte la aplicación ordinaria de sus marcos jurídicos y regulatorios¹⁰⁹⁰.

1218. La Demandada enfatiza que su argumento radica en que un inversionista no puede tener expectativa legítima alguna de que el Estado se abstendrá de la aplicación razonable de su marco legal y regulatorio, pero no que el Estado se encuentre eximido de la obligación de respetar las expectativas legítimas (aunque Colombia niega que dicha obligación sea parte del estándar de TJE)¹⁰⁹¹.

1219. Por ende, la Demandada sostiene que no incumplió las expectativas de las Demandantes, ya que simplemente adoptó medidas ordinarias a efectos de aplicar su marco legal y regulatorio¹⁰⁹².

El Proceso de Responsabilidad Fiscal constituía una medida ordinaria

1220. La Demandada alega que el Proceso de Responsabilidad Fiscal era una medida ordinaria de aplicación legal y regulatoria, que no redundó en un incumplimiento de las expectativas legítimas de las Demandantes. Los procesos de responsabilidad fiscal son habituales en el marco jurídico colombiano y en otros marcos de América Latina. Las Demandantes no han presentado prueba alguna de que tuvieran la expectativa de no ser objeto de revisión por parte de la Contraloría¹⁰⁹³.

1221. En una decisión fundada de 234 páginas de extensión, la Contraloría determinó que las acciones de Prodeco reunían todos los elementos de la responsabilidad fiscal, a

¹⁰⁸⁸ R II, párr. 613, que hace referencia a *ECE*, párr. 4.764; TA, Día 2, pág. 530, l. 19 – pág. 531, l. 5.

¹⁰⁸⁹ R II, párr. 614.

¹⁰⁹⁰ R II, párrs. 616-618; TA, Día 2, pág. 531, l. 16 – pág. 532, l. 2.

¹⁰⁹¹ R II, párr. 619.

¹⁰⁹² R I, párr. 418; R II, párr. 621.

¹⁰⁹³ R I, párr. 419; TA, Día 2, pág. 534, l. 5 – pág. 536, l. 7.

saber: que había ejercido “gestión fiscal” sobre recursos públicos y que, mediante el Otrosí No. 8, había contribuido a la “lesión a los intereses del Estado”¹⁰⁹⁴.

1222. Según la Demandada, el Fallo de la Contraloría se basaba correctamente en dos premisas¹⁰⁹⁵:

- En primer lugar, que, de conformidad con el derecho colombiano, la explotación de recursos naturales no renovables no puede disociarse de las regalías que el contratista privado debe abonar al Estado como contraprestación; éste es el motivo por el cual la Contraloría concluyó que Prodeco era un gestor fiscal de bienes públicos;
- En segundo lugar, que la Contraloría puede iniciar un Proceso de Responsabilidad Fiscal en contra de cualquiera que lesione directamente el patrimonio público del Estado o contribuya a ello; este es el motivo por el cual la Contraloría adoptó una decisión fundada y concluyó que goza de jurisdicción sobre Prodeco.

1223. La Demandada sostiene que, aun si fuera cierto (lo cual no es así) que Prodeco no tenía “poder de decisión” alguno sobre las regalías y la contraprestación, la Contraloría, de todos modos, habría gozado de jurisdicción. Su jurisdicción se extiende no sólo a aquellos que ejercen “gestión fiscal”, sino también a aquellos que contribuyen a lesionar el patrimonio público del Estado “con ocasión de la gestión fiscal”¹⁰⁹⁶.

1224. La Demandada señala que, en cualquier caso, según el tribunal en *ECE*, el rol de un tribunal internacional no es el de entender en una apelación contra la corrección jurídica o la razonabilidad sustantiva de actos administrativos individuales¹⁰⁹⁷.

El Proceso de Nulidad Contractual constitúa una medida ordinaria

1225. La Demandada arguye que una acción estatal interpuesta ante los tribunales en aras de dejar sin efecto un contrato estatal es igualmente previsible en la legislación y la práctica colombiana. El Proceso de Nulidad Contractual suponía un recurso legal ordinario ante los tribunales a fin de revisar contratos estatales y, por consiguiente, no podía ser contrario a las expectativas legítimas de las Demandantes¹⁰⁹⁸.

1226. En ausencia de acciones equivalentes a la denegación de justicia, someter un contrato a efectos de obtener una declaración de nulidad no constituye un incumplimiento del TJE, tal como surge de las conclusiones del tribunal del caso *Azinian*¹⁰⁹⁹. Según la Demandada, esto no es más que la aplicación del principio

¹⁰⁹⁴ R I, párrs. 420-424; R II, párrs. 622-625.

¹⁰⁹⁵ R I, párrs. 428-431; R II, párrs. 626-628.

¹⁰⁹⁶ R I, párrs. 425-427; R II, párr. 630; TA, Día 2, pág. 534, l. 9 – pág. 535, l. 12.

¹⁰⁹⁷ R I, párr. 424; R II, párr. 628, que hace referencia a *ECE*, párr. 4.764.

¹⁰⁹⁸ R I, párr. 433; R II, párr. 632.

¹⁰⁹⁹ R I, párr. 434; R II, párr. 633, que hace referencia a *Azinian*, párr. 100; y a *Alghanim & Sons*, párr. 350; TA, Día 2, pág. 547, l. 17 – pág. 548, l. 12.

general en virtud del cual los tribunales locales gozan de competencia para decidir cuestiones de derecho interno, en ausencia de denegación de justicia¹¹⁰⁰.

1227. En cualquier caso, la Demandada sostiene que el Proceso de Nulidad Contractual podía esperarse en virtud del derecho colombiano y, por lo tanto, no podía incumplir las expectativas legítimas de las Demandantes. Las Demandantes no niegan que el derecho colombiano, al igual que la mayoría de los sistemas jurídicos, prevé la nulidad absoluta de un contrato que sea declarado contrario al derecho imperativo y permite que la contraparte de un contrato, sea el Estado o el particular, solicite su declaración de nulidad absoluta ante los tribunales¹¹⁰¹.

1228. La Demandada sostiene que, conforme al Código de Procedimiento Administrativo colombiano, cualquiera de las partes de un contrato estatal (como el Contrato Minero) tiene el derecho expreso de solicitar su declaración de nulidad absoluta. Además, las Demandantes no han negado que el Otrosí No. 8 sería nulo si fuera contrario al Art. 84 del Código de Minas de 1988, que prevé una retribución equitativa a cambio de derechos mineros¹¹⁰².

1229. Por último, la Demandada observa que la Agencia Minera del Estado estableció sus acciones ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca sólo después de solicitar la conciliación de la controversia. La decisión fue adoptada luego de que la Contraloría informara a la Agencia Minera que el Otrosí No. 8 había reducido los ingresos en virtud del Contrato Minero y que no se habían llevado a cabo los estudios necesarios¹¹⁰³.

1230. En síntesis, la Demandada señala que la queja en virtud de la cual el Proceso de Responsabilidad Fiscal o el Proceso de Nulidad Contractual incumplieron las supuestas expectativas legítimas de las Demandantes carece de sustancia¹¹⁰⁴.

(2) COLOMBIA ADOPTÓ MEDIDAS LEGALES, REGULATORIAS Y DE CONTROL ORDINARIAS

1231. La Demandada también cuestiona las acusaciones de arbitrariedad, irrazonabilidad o conducta no transparente planteadas por las Demandantes.

A. El Fallo de la Contraloría fue congruente, predecible y transparente

1232. Preliminarmente, la Demandada reitera su posición de que los argumentos de las Demandantes en virtud de los cuales el Fallo de la Contraloría era inconsistente, impredecible y no transparente son inadmisibles porque se plantearon en forma

¹¹⁰⁰ R I, párr. 435; R II, párr. 634, que hace referencia a *OI European*, párr. 491; y a *Eli Lilly and Co.*, párr. 224.

¹¹⁰¹ R I, párr. 433; R II, párrs. 636-637.

¹¹⁰² R I, párr. 437-439; R II, párr. 638; TA, Día 2, pág. 547, ll. 9-16.

¹¹⁰³ R II, párr. 639.

¹¹⁰⁴ R I, párr. 442; R II, párrs. 631 y 640.

extemporánea. Pero incluso si los argumentos tardíos de las Demandantes fueran admisibles, la Demandada considera que no deberían prosperar¹¹⁰⁵.

1233. Según la Demandada, la aplicación del marco legal y regulatorio existente puede ser inconsistente, impredecible y no transparente solamente cuando es arbitraria y no razonable¹¹⁰⁶. La Demandada señala que las Demandantes no son capaces de definir, y mucho menos de probar, cuándo una medida de aplicación ordinaria es inconsistente, impredecible o no transparente. En cada uno de los casos citados por las Demandantes (*Lemire*, *MTD*, *Crystallex*) se determinó que los actos de aplicación eran inconsistentes, no predecibles y no transparentes solamente porque las acciones habían sido arbitrarias o no razonables¹¹⁰⁷.

1234. La Demandada explica que el tribunal del caso *UAB* resolvió recientemente que los actos de aplicación de leyes y regulaciones no violan los requisitos de estabilidad y predictibilidad¹¹⁰⁸. De modo similar, la Demandada sostiene que, tal como concluyó el tribunal en *Unglaube*, los tribunales de inversión deben tener deferencia hacia las medidas estatales adoptadas en aras de fomentar políticas públicas válidas, en el presente caso, expresadas en el marco legal y regulatorio¹¹⁰⁹.

1235. Según la Demandada, las Demandantes no han abordado ni refutado la verdadera posición de Colombia, sino que se han basado en un relato inexacto de la posición de Colombia¹¹¹⁰:

- La posición de Colombia es que, siempre que un acto de aplicación ordinario sea consistente con el marco legal y regulatorio, aquél es consistente, predecible y transparente;
- Contrariamente a lo que sostienen las Demandantes, Colombia no intenta justificar una falta de ejecución del Tratado; sino que argumenta que el Tratado no requiere y no puede requerir que un Estado se abstenga de realizar actos de aplicación consistentes con su marco legal y regulatorio (a menos que sean arbitrarios o no razonables);
- Colombia no alega que el estándar de TJE incluye solamente protecciones contra actos arbitrarios; alega que los estándares de consistencia, predictibilidad y transparencia, cuando se aplican a actos de aplicación estatales, no requieren ni pueden requerir más que una conducta razonable y no arbitraria.

1236. Según la Demandada, el test relevante para determinar si el Fallo de la Contraloría fue predecible y consistente consiste en determinar si ésta actuó de conformidad con el marco legal y regulatorio aplicable. Y la Demandada sostiene que así fue. El

¹¹⁰⁵ R II, párrs. 644-645.

¹¹⁰⁶ R II, párr. 645.

¹¹⁰⁷ R II, párrs. 649-650.

¹¹⁰⁸ R II, párr. 647, que hace referencia a *UAB*, párr. 836.

¹¹⁰⁹ R I, párr. 477; R II, párr. 648, que hace referencia a *Unglaube*, párr. 246.

¹¹¹⁰ R II, párr. 651.

hecho de que la Contraloría pueda haber llegado a una conclusión diferente a la de otras autoridades del Estado y fundado esta decisión en criterios de control fiscal no es indicio de acto ilícito. Significa simplemente que la Contraloría estaba haciendo su trabajo¹¹¹¹.

1237. Adicionalmente, la Demandada observa que los funcionarios de Ingeominas nunca declararon que la Contraloría se abstendría de revisar el Otrosí No. 8 conforme a sus criterios de revisión fiscal¹¹¹². Esta revisión era totalmente predecible (así como coherente, consistente y transparente) dado el marco legal y regulatorio colombiano. Dado que los actos de Prodeco causaron un daño ilícito a los ingresos del Estado, era predecible que sería objeto de un Proceso de Responsabilidad Fiscal¹¹¹³.

1238. La Demandada sostiene que también era predecible que la Contraloría evaluaría el Otrosí No. 8, tal como lo hizo. El marco jurídico colombiano permitía a la Contraloría analizar los efectos económicos del Período de Transición en virtud del Otrosí No. 8. Prodeco no logró probar la expansión de la Mina y los consecuentes mayores ingresos. Ingeominas tampoco había preparado un informe de viabilidad previo sobre los posibles beneficios futuros del Otrosí No. 8, dejando sin establecer si, de hecho, los niveles de producción aumentarían, tal como afirmaba Prodeco¹¹¹⁴.

1239. En cuanto a la falta de persecución de funcionarios por parte de la Agencia Minera, la Demandada alega que esto es irrelevante. La Contraloría declaró fiscalmente responsables a algunos de los encargados de la toma de decisiones de Ingeominas. Y el Fiscal, sin cuestionar el Fallo de la Contraloría, concluyó que los hechos subyacentes a la responsabilidad fiscal no estaban a la altura de una acción penal (aunque él no tuvo acceso a los Documentos en Disputa)¹¹¹⁵.

1240. En síntesis, la Demandada sostiene que el Fallo de la Contraloría fue consistente, predecible y transparente tanto respecto del marco legal y regulatorio como de los actos de otras entidades del Estado.

B. El Fallo de la Contraloría fue transparente, no arbitrario, razonable, y garantizó el debido proceso

1241. La Demandada alega que el estándar aplicable para demostrar una conducta arbitraria, no razonable o caprichosa es muy elevado y requiere la demostración de una conducta que impacte o sorprenda el sentido de la corrección jurídica, tal como surge claramente de las conclusiones del tribunal en *Crystallex*¹¹¹⁶.

¹¹¹¹ R I, párrs. 449-452; R II, párrs. 653-654.

¹¹¹² R II, párr. 655.

¹¹¹³ R II, párr. 656.

¹¹¹⁴ R II, párrs. 657-658.

¹¹¹⁵ R II, párr. 659.

¹¹¹⁶ R I, párr. 447; R II, párrs. 661-662, que hacen referencia a *Crystallex*, párr. 577; TA, Día 2, pág. 536, l. 16 – pág. 537, l. 7.

1242. La Demandada también se refiere a la decisión en *Lemire*, en la que el tribunal consideró que una acción arbitraria reemplaza “Estado de derecho” con “prejuicio, preferencia o sesgo”. Y en conjunto, una acción es arbitraria o no razonable cuando su prejuicio, preferencia o sesgo impacta o sorprende el sentido de la corrección jurídica¹¹¹⁷.

1243. Según la Demandada, resulta difícil satisfacer la carga de probar esto. La arbitrariedad es especialmente difícil de probar cuando, tal como lo observó el tribunal en *Cargill*¹¹¹⁸, ésta requiere cuestionar medidas legales, regulatorias o de control del Estado. La Demandada sostiene que el laudo reciente en *Cervin* confirma además que una aplicación del marco normativo nacional es arbitraria únicamente si constituye una repudiación deliberada de ese marco, e incluso entonces, sólo si no hay recursos locales disponibles para corregir dicha aplicación¹¹¹⁹.

1244. Según la Demandada, las Demandantes tenían la obligación de probar un prejuicio, preferencia o sesgo que impactara o sorprendiera el sentido de la corrección jurídica, con el fin de establecer que la conducta de la Demandada había sido arbitraria, no razonable o caprichosa. Sin embargo, las Demandantes no lo hicieron. Bajo cualquier estándar, el Proceso de Responsabilidad Fiscal fue transparente, razonable y no arbitrario¹¹²⁰.

1245. Primero, las Demandantes argumentan que Colombia retiró unilateralmente los compromisos y garantías para incentivar la inversión en la Mina que había asumido ante las Demandantes. Esto no es más que una reformulación de los argumentos de las Demandantes en materia de expectativas legítimas. Puesto que el Proceso de Responsabilidad Fiscal no incumplió ninguna de esas expectativas legítimas, no fue no razonable¹¹²¹.

1246. Segundo, la Demandada sostiene que es falso que la Contraloría no actuó conforme a estándares jurídicos, sino que en cambio se basó en su propia discreción. La conducta de Prodeco con respecto al Otrosí No. 8 se encontraba dentro de la jurisdicción de la Contraloría. Además, la Demandada alega que la Contraloría tenía permitido por ley concentrar su análisis en los efectos económicos del Período de Transición del Otrosí No. 8. Los términos económicos para el Período de Transición no se sustentaban en ninguna justificación jurídica o económica. La pertinencia de basarse en este período es confirmada por el hecho de que Prodeco no proporcionó pruebas de una expansión considerable de la Mina¹¹²². En cualquier caso, el Tribunal no puede cuestionar el razonamiento económico del Fallo de la Contraloría¹¹²³.

¹¹¹⁷ R I, párrs. 446-447; TA, Día 2, pág. 537, ll. 7-14.

¹¹¹⁸ R I, párr. 460; R II, párr. 663, que hace referencia a *Cargill*, párr. 292; véase también TA, Día 2, pág. 537, l. 20 – pág. 538, l. 6.

¹¹¹⁹ R II, párr. 664, que hace referencia a *Cervin*, párr. 527.

¹¹²⁰ R II, párrs. 665-669.

¹¹²¹ R II, párrs. 671-672.

¹¹²² R I, párrs. 459-463; R II, párrs. 673-675.

¹¹²³ TA, Día 2, pág. 539, ll. 6-13.

1247. Tercero, la Demandada considera que las Demandantes alegan equivocadamente que la Contraloría no basó sus acciones en un criterio fundamentadas. Este argumento debe desestimarse por ser extemporáneo. En cualquier caso, es frívolo. El Proceso de Responsabilidad Fiscal concluyó luego de un proceso de cuatro años que generó un expediente de 4349 páginas de extensión. La Contraloría emitió varias decisiones razonadas en materia probatoria. El Fallo de la Contraloría fue un documento de 234 páginas, con un análisis fáctico y jurídico detallado y minucioso. Las Demandantes no controvieren que la Contraloría efectivamente proporcionó razonamiento; simplemente parecen no coincidir con la sustancia de dicho razonamiento¹¹²⁴.

1248. Cuarto, la alegación de las Demandantes de que la Contraloría fue parcial por haberse negado a oír pruebas testimoniales o que llegó a conclusiones antes de emitir el Fallo es fútil. La Contraloría no vulneró normas internacionales ni domésticas cuando excluyó algunas de las pruebas propuestas por Prodeco sobre una base razonada y de conformidad con las normas probatorias aplicables. La Corte Suprema colombiana finalmente ratificó todas las decisiones de la Contraloría en materia probatoria¹¹²⁵.

1249. Incluso si la Contraloría hubiera formado opiniones preliminares al momento de su decisión en materia probatoria, esto difícilmente implica que fuera parcial o prejuzgara la cuestión. Según la Demandada, es normal que un juzgador forme opiniones preliminares en el curso de un procedimiento, especialmente cuando dicho procedimiento dura tres años¹¹²⁶.

1250. Por último, la Demandada observa que Prodeco no fue declarada responsable por no actuar como supervisora del Estado colombiano, sino por su propia conducta en la negociación del Otrosí No. 8¹¹²⁷.

1251. La Demandada también observa que, en la Réplica, las Demandantes parecen haber abandonado su argumento planteado en el Memorial en virtud del cual el Fallo de la Contraloría se emitió de mala fe porque éste “requería que Prodeco pagara el Monto de Responsabilidad Fiscal [...] con el fin de evitar la resolución del Contrato Minero en su totalidad”. Habiendo abandonado este argumento, las Demandantes no deberían poder resucitarlo en el futuro¹¹²⁸.

C. El Proceso de Nulidad Contractual fue consistente, predecible y transparente

1252. La Demandada afirma que no es una violación del estándar de TJE aplicable que un Estado someta un contrato a sus tribunales para su revisión y posible anulación, salvo que dicha medida ordinaria sea arbitraria o no razonable¹¹²⁹. La Demandada

¹¹²⁴ R II, párrs. 676-678; TA, Día 2, pág. 538, l. 10 – pág. 539, l. 6.

¹¹²⁵ R II, párrs. 679-682.

¹¹²⁶ R II, párr. 684.

¹¹²⁷ R I, párrs. 455-458; R II, párr. 685.

¹¹²⁸ R II, párr. 680. Véase también R I, párrs. 464-469.

¹¹²⁹ R I, párr. 472; R II, párrs. 687-688; TA, Día 2, pág. 546, l. 14 - pág. 547, l. 6.

argumenta que ninguna de las alegaciones de las Demandantes acerca del Proceso de Nulidad Contractual puede prosperar.

1253. Primero, la Demandada observa que la esencia de la queja de las Demandantes es que la Agencia Minera celebró el Otrosí No. 8 y posteriormente buscó su anulación. Esto no es más que una reformulación de que la Agencia Minera violó las expectativas legítimas de las Demandantes¹¹³⁰.

1254. En cualquier caso, el mero hecho de celebrar un contrato no puede volver injusto e inequitativo el buscar posteriormente la anulación de dicho contrato, especialmente para la contraparte que descubre una causal de nulidad. Lo mismo es aplicable a los contratos estatales. La legislación colombiana permite que los contratos estatales sean sometidos a las cortes para su revisión y posible anulación¹¹³¹.

1255. Además, la Demandada sostiene que hubo un cambio fundamental de circunstancias entre el momento en el que se celebró el Otrosí No. 8 y el momento en el que la Agencia Minera lo sometió a los tribunales para su anulación: la Contraloría había iniciado su Proceso de Responsabilidad Fiscal y había concluido que había una lesión a los ingresos del Estado. Fue sobre esta base que la Agencia Minera impugnó la validez del Otrosí¹¹³².

1256. Segundo, las alegaciones de las Demandantes de que la Agencia Minera no sustentó sus acciones en un criterio fundamentado también deben ser desestimadas. La Agencia Minera fundó su decisión en pruebas de la Contraloría de que el Otrosí No. 8 había reducido los ingresos estatales y no había sido objeto de estudios económicos y técnicos adecuados¹¹³³.

1257. Tercero, la Demandada cuestiona el argumento de las Demandantes de que la Agencia Minera no consultó a Prodeco antes de someter el Otrosí No. 8 a los tribunales para su anulación. La Agencia Minera no tenía ninguna obligación de consultar a Prodeco. El tribunal en *Swisslion* consideró que la falta de participación del inversionista en sí misma no era suficiente para constituir una violación del TJE¹¹³⁴.

1258. En cualquier caso, la Agencia Minera inició un proceso formal de conciliación ante la Procuraduría. Durante este proceso, las partes se reunieron para discutir una solución, pero sin éxito¹¹³⁵.

1259. En síntesis, la Demandada alega que las acciones de la Agencia Minera del Estado fueron totalmente razonables dadas las circunstancias¹¹³⁶.

¹¹³⁰ R II, párr. 689.

¹¹³¹ R I, párr. 481; R II, párrs. 690-693.

¹¹³² R I, párrs. 473-475; R II, párr. 693.

¹¹³³ R II, párrs. 695-697 y 702-703; TA, Día 2, pág. 549, l. 15 – pág. 550, l. 15.

¹¹³⁴ R II, párrs. 698-699, que hacen referencia a *Swisslion*, párr. 291.

¹¹³⁵ R II, párrs. 700-701.

¹¹³⁶ R II, párr. 705.

(3) EL PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL RESPETÓ EL DEBIDO PROCESO

1260. La Demandada observa que las Demandantes sostienen que la Contraloría llevó adelante el Proceso de Responsabilidad Fiscal sin garantizar el debido proceso a las Demandantes, dado el tratamiento de las pruebas, la inclusión de servidores públicos en el procedimiento y su parcialidad. Según la Demandada, ninguna de estas alegaciones constituye un incumplimiento del debido proceso internacional¹¹³⁷.

1261. La Demandada afirma que el estándar de debido proceso internacional es claro: el TJE se incumple solo mediante una “falta de respeto manifiesta al debido proceso que ofende un sentido de propiedad judicial”¹¹³⁸. La Demandada alega que el estándar elevado es aplicable independientemente de si se hace referencia a una denegación de justicia¹¹³⁹.

1262. La Demandada además sostiene que es particularmente difícil que los procesos administrativos violen el estándar de debido proceso. Según la Demandada, las Demandantes no han podido negar esta proposición¹¹⁴⁰. La Demandada alega que es perfectamente lógico que el debido proceso administrativo sea menos exigente que el debido proceso judicial, ya que los procesos administrativos están diseñados para ser más ágiles y eficientes y usualmente son objeto de revisión posterior por parte de los tribunales. Esto fue confirmado por el tribunal en *Thunderbird*¹¹⁴¹, citado con la aprobación de los tribunales en *Cervin, Philip Morris y Convial Callao*¹¹⁴².

1263. Además, la Demandada observa que las Demandantes han apelado el Fallo de la Contraloría y están activamente buscando su nulidad ante los tribunales administrativos colombianos. Los tribunales colombianos están en condiciones de corregir cualquier desviación de las normas procesales colombianas aplicables al Proceso de Responsabilidad Fiscal¹¹⁴³.

A. No existe incumplimiento del debido proceso por rechazar pruebas

1264. La Demandada concluye que el argumento de las Demandantes en virtud del cual la Contraloría violó el debido proceso por no autorizar a Prodeco la presentación de pruebas adicionales es falso¹¹⁴⁴.

1265. La Demandada sostiene que las Demandantes tuvieron muchas oportunidades para presentar pruebas e interrogar testigos durante los cuatro años del procedimiento y

¹¹³⁷ R II, párrs. 706-707.

¹¹³⁸ R I, párr. 484; R II, párr. 707, que hace referencia a *Arif*, párr. 447; TA, Día 2, pág. 540, ll. 11-16.

¹¹³⁹ R II, párr. 712, que hace referencia a *Jan de Nul*, párr. 187; *Cervin*, párr. 655; *Deutsche Bank*, párr. 420; *Tokios Tokelès*, párr. 133.

¹¹⁴⁰ R I, párr. 485; R II, párrs. 713-714.

¹¹⁴¹ R II, párr. 715, que hace referencia a *Thunderbird*, párr. 200; TA, Día 2, pág. 540, l. 16 – pág. 541, l. 5.

¹¹⁴² R II, párr. 715, que hace referencia a *Cervin*, párr. 655; *Philip Morris*, párr. 569; *Convial Callao*, n. 427.

¹¹⁴³ R II, párr. 717; TA, Día 2, pág. 541, ll. 6-20.

¹¹⁴⁴ R II, párr. 720.

que aprovecharon estas oportunidades. Según la Demandada, el estándar aplicable requiere que las Demandantes demuestren una absoluta falta de oportunidades para presentar pruebas o interrogar testigos, o bien un sesgo grave, y las Demandantes no han demostrado ninguno de estos elementos del incumplimiento¹¹⁴⁵.

1266. Incluso en los casos invocados por las Demandantes (*Deutsche Bank, Metalclad, Tecmed*), se determinó que el debido proceso se violaba solo cuando había una absoluta falta de oportunidades para ser oído¹¹⁴⁶.

1267. En síntesis, el estándar de debido proceso administrativo se incumple solo cuando hay una absoluta falta de oportunidades para presentar pruebas o interrogar testigos. La Demandada alega que brindó a las Demandantes amplias oportunidades para argumentar, presentar pruebas e incluso para impugnar el Fallo de la Contraloría en el curso de un proceso de varios años¹¹⁴⁷:

- Prodeco realizó al menos siete presentaciones escritas diferentes (y diversas presentaciones orales) a la Contraloría durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal; al menos cuatro de ellas fueron realizadas luego de que la Contraloría presentara acusación formal en agosto de 2013;
- Prodeco introdujo gran cantidad de pruebas en el expediente del Proceso de Responsabilidad Fiscal, incluyendo declaraciones testimoniales, informes periciales y dictámenes técnicos.

1268. En cuanto a la queja de las Demandantes de que la Contraloría no admitió en el expediente unas pocas pruebas adicionales, la Demandada observa que la Contraloría admitió el testimonio ofrecido por las Demandantes de la Sra. Natalia Amaya y se negó a admitir el resto de las pruebas nuevas en una decisión extensamente fundada del año 2014. Estas razones incluían que las solicitudes eran legalmente impermisibles, carecían de fundamento jurídico o eran manifiestamente superfluas. En cualquier caso, la Demandada considera que el hecho de que una resolución administrativa rechace algunas de las pruebas, pero no todas ellas, en una decisión fundada, no viola el derecho internacional¹¹⁴⁸.

1269. La Demandada observa además que, a solicitud de Prodeco, la Corte Suprema colombiana revisó y ratificó la decisión fundada de la Contraloría en materia probatoria, concluyendo que Prodeco había tenido una oportunidad adecuada de presentar pruebas. La sentencia de la Corte Suprema establece definitivamente que la decisión de la Contraloría en materia probatoria era lícita y correcta en virtud del

¹¹⁴⁵ R I, párrs. 488 y 490; R II, párrs. 720-723; TA, Día 2, pág. 542, ll. 8-19.

¹¹⁴⁶ R I, párr. 489; R II, párr. 723, que hace referencia a *Deutsche Bank*, párr. 478; *Metalclad*, párr. 91; *Tecmed*, párr. 162.

¹¹⁴⁷ R I, párrs. 490-491; R II, párrs. 725-726; TA, Día 2, pág. 543, ll. 8-14.

¹¹⁴⁸ R I, párrs. 492-494; R II, párr. 728.

derecho colombiano. También entierra definitivamente la alegación de las Demandantes respecto de la violación del debido proceso¹¹⁴⁹.

1270. Por último, la Demandada afirma que la invocación por parte de las Demandantes del denominado Manual de Prueba de la Contraloría es fútil, dado que este manual ni siquiera existía al momento de la decisión de la Contraloría en materia probatoria (y fue rechazado por considerarse legalmente erróneo poco tiempo después de su promulgación)¹¹⁵⁰.

B. No existe incumplimiento del debido proceso por incorporar servidores públicos al proceso

1271. La Demandada argumenta que es falso que se violó el debido proceso mediante la decisión de la Contraloría de incorporar cuatro servidores públicos al proceso y de embargar sus bienes¹¹⁵¹.

1272. La Demandada explica que las primeras declaraciones de los funcionarios de Ingeominas fueron ordenadas a solicitud del Sr. Ceballos, que era uno de los imputados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. En el transcurso de estas declaraciones, los funcionarios hicieron extensas referencias al Informe de Viabilidad como justificación de la celebración del Otrosí No. 8. Estos cuatro funcionarios fueron posteriormente incorporados al Proceso por haber sido los autores del Informe de Viabilidad. De hecho, la Contraloría determinó que el Informe de Viabilidad contenía un análisis de factibilidad pobre e infundado, no se refería a otros documentos oficiales como soporte y contradecía informes anteriores que recomendaban no aceptar el Otrosí No. 8. Todo esto indicaba que los funcionarios habían posiblemente contribuido a la lesión patrimonial de Colombia, lo cual era suficiente para satisfacer el estándar en virtud del derecho colombiano para su incorporación como imputados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal¹¹⁵².

1273. La Demandada sostiene que el mero hecho de acumular procesos no incumple el estándar de debido proceso internacional¹¹⁵³. La Demandada afirma que los argumentos adicionales de las Demandantes también deben desestimarse:

- Contrariamente a las afirmaciones de las Demandantes, la Contraloría hizo preguntas en busca de la verdad respecto de los testimonios de los funcionarios; la Ley 610 del año 2000 exige que cualquiera que pueda ser potencialmente susceptible de responsabilidad fiscal debe tener la posibilidad de rendir una declaración “libre y espontánea”, que es lo que la Contraloría les permitió hacer¹¹⁵⁴;

¹¹⁴⁹ R I, párr. 495; R II, párrs. 731-733; TA, Día 2, pág. 543, ll. 15-22.

¹¹⁵⁰ R II, párrs. 729-730.

¹¹⁵¹ R II, párrs. 734-735.

¹¹⁵² R II, párrs. 735-736; TA, Día 2, pág. 544, ll. 9-16.

¹¹⁵³ R II, párr. 737; TA, Día 2, pág. 544, ll. 1-9.

¹¹⁵⁴ R II, párrs. 739-740.

- Antes de este arbitraje, las Demandantes nunca habían alegado que la Contraloría se hubiera fundado exclusivamente en declaraciones no juradas perjudiciales para Prodeco;
- En cualquier caso, la Contraloría no fundó su decisión de declarar responsable a Prodeco en las declaraciones de los funcionarios de Ingeominas, sino en una gran cantidad de prueba documental; la declaración de la Sra. Aristizábal, por ejemplo, no se menciona ni una sola vez en la sección del Fallo de la Contraloría sobre la responsabilidad de Prodeco. En cuanto a las escasas referencias del Fallo de la Contraloría a las declaraciones de los otros tres funcionarios, éstas no constituyeron el fundamento de la decisión¹¹⁵⁵.

1274. La Demandada concluye que las alegaciones de las Demandantes respecto del tratamiento de las pruebas por parte de la Contraloría carecen de mérito¹¹⁵⁶.

C. Ausencia de sesgo

1275. La Demandada observa que las Demandantes alegan que el Proceso de Responsabilidad Fiscal se llevó a cabo “de manera parcial y no transparente” y “de mala fe con el fin de obtener su resultado deseado [...].” La Demandada considera que las Demandantes parecen decir que el Proceso de Responsabilidad Fiscal violó el debido proceso como resultado del sesgo¹¹⁵⁷.

1276. Colombia explica que “se necesita un sesgo grave para violar el aspecto del debido proceso de la cláusula de TJE”, y las Demandantes no han demostrado sesgo alguno, y mucho menos un sesgo grave¹¹⁵⁸.

1277. La Demandada sostiene que resulta imposible deducir algún sesgo de las acciones de la Contraloría: la Contraloría ejerció jurisdicción sobre Prodeco de conformidad con los principios del derecho colombiano, llevó adelante el Proceso en consonancia con las normas procesales internacionales y domésticas, y resolvió, en una decisión razonada aplicando el derecho y las regulaciones relevantes, que el Período de Transición del Otrosí No. 8 era ilícito. No hay sesgo en estas acciones ordinarias y legales¹¹⁵⁹.

1278. La Demandada observa que el argumento principal de las Demandantes en favor de la existencia de sesgo es que el Proceso de Responsabilidad Fiscal se condujo con tal grave violación del derecho colombiano que no puede explicarse sino a través de una conspiración para “atrapar” a Prodeco. Sin embargo, las Demandantes no han satisfecho su carga de la prueba con respecto a esta alegación¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁵ R I, párrs. 500-501; R II, párrs. 741-743.

¹¹⁵⁶ R II, párr. 744.

¹¹⁵⁷ R II, párr. 745.

¹¹⁵⁸ R I, párrs. 498-504; R II, párrs. 746-747, que hace referencia a *Deutsche Bank, Metalclad y Tecmed*.

¹¹⁵⁹ R II, párr. 748.

¹¹⁶⁰ R II, párr. 750.

1279. La Demandada concluye que las acusaciones de las Demandantes en contra de la Sra. Morelli y la Sra. Vargas carecen de toda sustancia; las únicas pruebas a las que las Demandantes hacen referencia son los otros presuntos incumplimientos del debido proceso que supuestamente cometió la Contraloría¹¹⁶¹. La Demandada afirma que el argumento de las Demandantes diseñado especialmente para el arbitraje según el cual el Proceso de Responsabilidad Fiscal fue en realidad una conspiración en contra de ellas por parte de la Sra. Morelli y la Sra. Vargas no tiene sentido¹¹⁶²:

- La Sra. Morelli es una abogada colombiana destacada y respetada que también se desempeñó como árbitro en tres procedimientos diferentes del CIADI; la Sra. Vargas es una abogada y servidora pública consumada por derecho propio;
- La Sra. Morelli ni siquiera estaba trabajando en la Contraloría cuando el Fallo de la Contraloría fue emitido el 30 de abril de 2015;
- La Sra. Vargas todavía no se había involucrado en el Proceso de Responsabilidad Fiscal en el momento en que los servidores públicos de Ingeominas fueron incorporados al Proceso;
- Las declaraciones de la Sra. Morelli en diciembre de 2013 no prueban nada; en ese momento, la Contraloría ya había presentado una acusación formal en contra de Prodeco.

1280. La Demandada alega que, en cualquier caso, las teorías conspirativas falsas no pueden satisfacer el estándar internacional para configurar un incumplimiento del debido proceso, el cual es muy elevado¹¹⁶³.

1281. En síntesis, la Demandada sostiene que las Demandantes han fabricado una conspiración en su contra con el fin de dotar a sus reclamaciones en materia de sesgo de un mínimo de plausibilidad. Pero la teoría conspirativa no es plausible y no puede establecerse incumplimiento alguno del debido proceso sobre este fundamento¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ R II, párr. 749.

¹¹⁶² R II, párrs. 751-755; TA, Día 2, pág. 544, l. 17 – pág. 545, l. 18.

¹¹⁶³ TA, Día 2, pág. 540, ll. 8-11.

¹¹⁶⁴ R II, párr. 756.

VI.3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

1282. Las Demandantes señalan que Colombia incumplió sus obligaciones de derecho internacional asumidas en virtud de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado mediante la adopción de dos medidas:

- el Proceso de Responsabilidad Fiscal iniciado por la Contraloría y resuelto en el Fallo de la Contraloría, que declaró que Prodeco, mediante la suscripción del Otrosí No. 8, había incurrido en responsabilidad fiscal, y
- el Proceso de Nulidad Contractual iniciado por SGC/ANM (sucesoras de Ingeominas) en contra de Prodeco ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, buscando la nulidad del Otrosí No. 8.

1283. La República niega cualquier acto ilícito.

1284. El Tribunal primero considerará las excepciones procesales de la Demandada (1) y luego dedicará capítulos separados a la supuesta responsabilidad de Colombia derivada de las acciones de la Contraloría (2) y de las acciones de SGC/ANM (3).

(1) EXCEPCIONES PROCESALES DE LA DEMANDADA

1285. La Demandada alega que, en la Réplica, las Demandantes rescribieron “las reclamaciones planteadas anteriormente”¹¹⁶⁵.

1286. La Demandada alega que las Demandantes introdujeron las siguientes nuevas alegaciones de forma extemporánea:

- La reclamación de que el Fallo de la Contraloría fue inconsistente, impredecible y no transparente;
- La reclamación de que el Fallo de la Contraloría retiró no razonablemente los compromisos y garantías que habían recibido las Demandantes;
- La reclamación de que el Fallo de la Contraloría no fue fundado; y
- La alegación de hecho de que el Sr. Paredes no consultó a Prodeco antes de iniciar los Procesos de la Agencia Minera.

1287. La Demandada argumenta, además, que esas nuevas reclamaciones son inadmisibles, dado que la Regla 31 del CIADI establece que el momento apropiado para realizar alegaciones de hecho y de derecho es en el Memorial. Las nuevas alegaciones de las Demandantes son extemporáneas y deben desestimarse conforme a la Regla 26(3) del CIADI. No hacerlo sería contrario a los derechos de Colombia de tener dos oportunidades para responder con pruebas¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁵ R II, párr. 584.

¹¹⁶⁶ R II, párrs. 585-586.

1288. Asimismo, la Demandada alega que todas las alegaciones que las Demandantes realizaron en el Memorial y eligieron no defender en la Réplica también deben ser rechazadas, dado que sería contrario a los derechos procesales de Colombia que ahora se le permitiera a las Demandantes introducir argumentos adicionales en defensa de estas reclamaciones, tras no haberlo hecho en la Réplica¹¹⁶⁷.

Reglas del CIADI

1289. La Regla 31 del CIADI establece el contenido de los escritos principales de las partes:

“Regla 31- Actuaciones escritas

(1) Además de la solicitud de arbitraje, las actuaciones escritas comprenderán las siguientes exposiciones presentadas dentro de los plazos fijados por el Tribunal:

- (a) un memorial de la parte solicitante;
 - (b) un memorial de contestación de la otra parte;
- y si las partes convinieren en ello o si el Tribunal lo estimare necesario:
- (c) una réplica de la parte solicitante; y
 - (d) una dúplica de la otra parte.

[...]

(3) Los memoriales deberán contener: una relación de los hechos pertinentes, una declaración del derecho aplicable, y las peticiones. Los memoriales de contestación, la réplica o la dúplica contendrán la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado; cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario; las observaciones concernientes a la declaración del derecho aplicable contenida en el último escrito presentado; una declaración de derecho en respuesta al mismo; y las peticiones”.

1290. Además, la Regla 26(3) del CIADI dispone lo siguiente:

“Regla 26 – Plazos

[...]

(3) Toda actuación hecha después que haya vencido el plazo correspondiente se tendrá por no hecha, salvo que el Tribunal, en circunstancias especiales y después de dar a la otra parte una oportunidad para que haga presente su parecer, decida lo contrario”.

¹¹⁶⁷ R II, párr. 587.

1291. En la Resolución Procesal No. 1, las Partes acordaron la presentación de dos rondas de escritos.

Análisis

1292. Se desestima la excepción de la Demandada por carecer de todo mérito.

1293. La excepción se presenta de manera confusa: la Demandada primero se quejó de que, en la Réplica, las Demandantes plantearon reclamaciones nuevas, pero luego pareció limitar su queja a la introducción de nuevas alegaciones de hecho y de derecho por parte de las Demandantes.

1294. Primero, la Demandada señala que, en su Réplica, las Demandantes introdujeron reclamaciones nuevas con respecto al TJE y al perjuicio.

1295. Ello no es así: las reclamaciones de las Demandantes con respecto al TJE y al perjuicio tanto en el Memorial como en la Réplica son idénticas¹¹⁶⁸. Tampoco hay indicio alguno de que las Demandantes hayan abandonado alguna reclamación.

1296. En una contradicción sorprendente, la propia Demandada admite en la Dúplica (el mismo documento en que se formula la excepción procesal) que, en esencia, las reclamaciones de las Demandantes no han cambiado entre el Memorial y la Réplica¹¹⁶⁹:

“El centro del caso de las Demandantes en la Réplica sigue siendo el mismo que en el Memorial. Las Demandantes se quejan de que Colombia incumplió las cláusulas de TJE y perjuicio del Tratado por no abstenerse de aplicar su marco legal y regulatorio en la forma ordinaria”.

[Énfasis agregado]

1297. Segundo, la Demandada también alega que las Demandantes introdujeron, en su Réplica, tres alegaciones de derecho y una alegación de hecho que (según la Demandada) son nuevas, en violación de la Regla 31(3) del CIADI.

1298. El Tribunal discrepa.

1299. Incluso si las cuatro alegaciones fueran nuevas, tal como sostiene la Demandada, la introducción de dichas alegaciones en la Réplica de las Demandantes no constituiría una violación de la Regla 31(3) del CIADI.

1300. La Regla 31(3) del CIADI define, en términos generales, el contenido de un memorial de réplica. La Regla establece que una réplica “contendrá”:

- la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado,

¹¹⁶⁸ C I, párr. 310 y C II, párr. 375; no hay ninguna diferencia en cuanto a las reclamaciones de fondo; las diferencias se relacionan con los montos de compensación reclamados y la tasa de interés aplicable.

¹¹⁶⁹ R II, párr. 581.

- cualesquiera hechos adicionales,
- observaciones concernientes a la declaración del derecho aplicable contenida en el último escrito presentado,
- declaraciones de derecho en respuesta al mismo, y
- peticiones.

1301. Las tres alegaciones de derecho y la única alegación de hecho impugnadas por la Demandada se encuentran dentro del alcance de un memorial de réplica, tal como autoriza la Regla 31(3) del CIADI

- porque las alegaciones de derecho constituyen “observaciones concernientes a la declaración del derecho aplicable” contenidas en el Memorial de Contestación de la Demandada o “declaraciones de derecho” en respuesta al Memorial de Contestación de la Demandada, y
- porque la alegación de hecho se encuentra dentro de la categoría de “hechos adicionales”.

(2) LA SUPUESTA RESPONSABILIDAD DE COLOMBIA DERIVADA DE LA CONDUCTA DE LA CONTRALORÍA

1302. Las Demandantes alegan que la Contraloría trató la inversión de las Demandantes de manera injusta e inequitativa, en violación del estándar de TJE, y perjudicó dicha inversión a través de medidas no razonables, resultando en un incumplimiento por parte de Colombia de sus obligaciones en virtud de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado¹¹⁷⁰.

1303. El Art. 4(1) del Tratado requiere que Colombia se abstenga de perjudicar la gestión, el uso, el disfrute y la expansión de las inversiones de las Demandantes a través de medidas no razonables o discriminatorias¹¹⁷¹:

“Cada una de las Partes deberá proteger dentro de su territorio las inversiones hechas de acuerdo a sus leyes y regulaciones por inversionistas de la otra Parte y no podrá perjudicar con medidas no razonables o discriminatorias [la gestión,] el mantenimiento, uso, disfrute, extensión, venta, y, llegado el caso, la liquidación de dichas inversiones”. [Énfasis agregado]

1304. El Art. 4(2) impone una segunda obligación. Colombia debe conceder un tratamiento justo y equitativo [ya definido como “TJE”] en su territorio a las inversiones de los inversionistas suizos¹¹⁷²:

¹¹⁷⁰ C I, párr. 187.

¹¹⁷¹ Doc. C-6, Art. 4(1).

¹¹⁷² Doc. C-6, Art. 4(2).

“Cada Parte deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo en su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte”.

1305. El Art. 4(2) establece una norma adicional: el TJE no podrá ser menos favorable que el tratamiento dado a las inversiones hechas por inversionistas colombianos, o por inversionistas de la nación más favorecida, si este último tratamiento es más favorable. Puesto que las Demandantes no alegan una violación de esta norma, no es necesario que el Tribunal la analice en profundidad.

1306. El Tribunal analizará por separado las reclamaciones de que, mediante la conducta de la Contraloría, la Demandada incumplió la obligación de TJE impuesta por el Art. 4(2) (2.1) y adoptó medidas no razonables en violación del Art. 4(1) (2.2).

(2.1) INCUMPLIMIENTO DEL ESTÁNDAR DE TJE

1307. El Art. 4 del Tratado se titula “Promoción y Tratamiento”. El párrafo (2) del Art. 4 simplemente dice que cada Estado parte “deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo” a las inversiones protegidas.

1308. En ausencia de otra orientación del propio Tratado, se encuentra generalmente aceptado que la obligación de conceder un tratamiento justo y equitativo (TJE) contenida en un tratado es un requisito que los Estados receptores cumplen mediante un estándar mínimo de conducta frente a los inversionistas protegidos. El estándar de tratamiento justo y equitativo es un concepto jurídico que, si bien no se define generalmente en profundidad, tiene un contenido que puede ser establecido por las reglas de interpretación de la CVDT, con la ayuda de la jurisprudencia de tribunales internacionales. Un Estado receptor incumple dicho estándar mínimo e incurre en responsabilidad internacional si sus acciones (o, en determinadas circunstancias, omisiones) vulneran ciertos umbrales de corrección o contravienen requisitos básicos del Estado de derecho, causando daño al inversionista¹¹⁷³.

1309. La obligación de conceder un TJE es vinculante para el Estado y, por consiguiente, puede ser incumplida por la conducta de cualquier rama del gobierno. En principio, entonces, el estándar de TJE *puede* ser incumplido, *inter alia*,

- Por la rama ejecutiva o administrativa o sus distintas agencias, mediante actos administrativos que apunten directamente al inversionista o la inversión;
- Por el sistema judicial del Estado en su conjunto cuando comete una denegación de justicia; o
- Por la legislación o regulación de aplicación general, que modifica el marco jurídico aplicable en detrimento del inversionista o de la inversión.

1310. El umbral de corrección requerido por el TJE debe ser determinado por el tribunal a la luz de todas las circunstancias relevantes del caso. Con este propósito, el

¹¹⁷³ *Rusoro*, párr. 523; *Glamis*, párr. 616; *OI European*, párr. 491.

tribunal debe analizar cuidadosamente y tomar en consideración todos los hechos relevantes, entre los que se encuentran los siguientes factores:

- si el Estado receptor ha incurrido en acoso, coacción, abuso de poder u otra conducta de mala fe en contra del inversionista;
- si el Estado realizó declaraciones específicas al inversionista antes de su inversión y luego actuó de manera contraria a tales declaraciones;
- si el Estado ha respetado los principios de debido proceso, congruencia y transparencia al momento de adoptar las medidas en cuestión;
- si el Estado no ha ofrecido un marco jurídico estable y predecible, en violación de las expectativas legítimas del inversionista.

1311. Al evaluar la conducta del Estado, el Tribunal debe balancear el derecho del inversionista a ser protegido de una conducta inapropiada del Estado y otros intereses legales relevantes y factores compensatorios. Primero entre estos factores se encuentra el principio de que la legislación y la regulación son dinámicas, y que (en ausencia de una obligación en contrario conforme al tratado) los Estados gozan del derecho soberano de modificar sus leyes y regulaciones, así como de adoptar otras nuevas, para promover el interés público, cuya concepción puede cambiar con el tiempo. Otros factores compensatorios afectan al inversionista: es deber del inversionista efectuar una revisión de debida diligencia apropiada antes de la inversión y mostrar una conducta apropiada antes y durante la inversión¹¹⁷⁴.

1312. Las Demandantes alegan que Colombia, actuando a través de la Contraloría, incumplió el estándar de TJE de tres maneras:

- negándole a Prodeco el debido proceso durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal (**A**)
- actuando con sesgo y de mala fe (**B**) e
- incumpliendo las expectativas legítimas de las Demandantes (**C**).

A. Debido proceso

1313. Como primera línea de argumentación, las Demandantes sostienen que la sustanciación del Proceso de Responsabilidad Fiscal por parte de la Contraloría les negó el debido proceso a las Demandantes:

- Primero, la Contraloría decidió incorporar cuatro servidores públicos subalternos a los Procesos, luego embargó sus bienes, y posteriormente se comprometió a liberarlos una vez dichos servidores públicos hubieran cambiado

¹¹⁷⁴ *Rusoro*, párr. 525; *Lemire*, párr. 285.

sus declaraciones testimoniales juradas anteriores e incriminaran a Prodeco en sus nuevas declaraciones;

- Segundo, la Contraloría le negó indebidamente a Prodeco la oportunidad de presentar ciertas pruebas adicionales en su defensa¹¹⁷⁵.

1314. La Demandada disiente.

1315. La República alega que la Contraloría no desobedeció las normas procesales con el fin de forzar a los funcionarios de Ingeominas a cambiar sus testimonios en contra de Prodeco¹¹⁷⁶: ésta incorporó apropiadamente a los funcionarios al Proceso de Responsabilidad Fiscal y luego los liberó razonablemente¹¹⁷⁷. Asimismo, para concluir que Prodeco había incurrido en responsabilidad fiscal, la Dra. Vargas se fundó en una gran cantidad de prueba documental – no en las versiones libres y espontáneas de los servidores públicos¹¹⁷⁸.

1316. Con respecto al segundo argumento de las Demandantes, la Demandada señala que la Contraloría excluyó algunas de las solicitudes de Prodeco para presentar pruebas adicionales sobre una base razonada y de conformidad con las normas probatorias aplicables y que dichas exclusiones no vulneraron el derecho internacional¹¹⁷⁹.

1317. El Tribunal primero analizará si los incumplimientos del debido proceso configuran una violación del estándar de TJE (a), y luego aplicará el principio a la presente situación fáctica (b y c).

a. El debido proceso como incumplimiento del TJE

1318. El Estado de derecho requiere que en los procesos judiciales (administrados por una corte de justicia o un tribunal) y en los procesos administrativos (administrados por la administración pública), se respete el debido proceso: el juzgador, sea un juez, un miembro de un tribunal o una autoridad administrativa, debe darle a cada parte una oportunidad justa de presentar su caso y de aportar pruebas apropiadas, y luego debe evaluar las presentaciones y las pruebas en una decisión razonada, equitativa e imparcial¹¹⁸⁰.

1319. No se controvierte que un incumplimiento del debido proceso, sea en procesos judiciales o en procesos administrativos, pueda resultar en la violación del estándar de TJE¹¹⁸¹. Pero el estándar de debido proceso funciona de manera diferente en contextos diferentes. En procesos administrativos, como aquellos en la Contraloría, el encargado de decidir es a menudo el investigador, el acusador y el juzgador, y un funcionario relacionado (que puede ser el funcionario superior del encargado de

¹¹⁷⁵ R II, párr. 260.

¹¹⁷⁶ R II, párr. 284.

¹¹⁷⁷ R II, párr. 302.

¹¹⁷⁸ R II, párr. 272.

¹¹⁷⁹ R II, párr. 682.

¹¹⁸⁰ C I, párr. 183; *Deutsche Bank*, párrs. 476-478; *Metalclad*, párrs. 92-93; *Tecmed*, párr. 162; *Mondev*, párr. 127.

¹¹⁸¹ *Jan de Nul*, párr. 187.

decidir) es con frecuencia el que decide en apelación. El debido proceso no requiere la separación estricta de estas funciones - siempre que la decisión administrativa final esté sujeta a una revisión judicial completa. El particular debe tener la oportunidad de que el caso sea revisado, esta vez por un juez independiente e imparcial, con la garantía de un proceso adversarial formal.

1320. Otros tribunales arbitrales de inversión han llegado a conclusiones similares. En *Thunderbird*, el tribunal rechazó la proposición de que el estándar de debido proceso requiere necesariamente un proceso adversarial formal¹¹⁸². En *AES*, el tribunal aceptó que el estándar de debido proceso “no es perfecto” y expresó que

“[s]olo cuando los actos o las omisiones procesales de un Estado son [...] manifiestamente injustos o no razonables (de modo que puedan impactar o al menos sorprender el sentido de la corrección jurídica) [...], puede decirse que se ha infringido el estándar”¹¹⁸³.

* * *

1321. Las Demandantes sostienen que dos medidas adoptadas por la Contraloría vulneraron el derecho de Prodeco al debido proceso:

- La decisión de la Contraloría de incorporar cuatro servidores públicos a los Procesos y de embargar sus bienes, con el fin de forzarlos a cambiar sus declaraciones anteriores (b);
- La decisión de la Contraloría de negarle a Prodeco el derecho a presentar pruebas adicionales después de la acusación formal de Prodeco (c)¹¹⁸⁴.

b. El comportamiento de la Contraloría frente a cuatro servidores públicos

(i) Hechos probados

1322. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera:

1323. El 11 de julio de 2012, la Contraloría tomó la decisión de ampliar la investigación no solo al exministro de Minas y Energía y al ex director de Ingeominas, sino también a cuatro servidores públicos subalternos de Ingeominas (la Sra. Aristizábal, la Sra. Cabezas, el Sr. Balcero y la Sra. Gómez). Pocos días después, la Contraloría ordenó el embargo de los bienes personales de cada uno de los acusados, incluyendo los servidores públicos subalternos, por la totalidad del daño presuntamente causado – USD 29 M.

¹¹⁸² C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2da. ed., 2017, párr. 7.193 (Doc. RL-44). En *Thunderbird* (párr. 200), el tribunal llegó a la conclusión de que el estándar de debido proceso en un proceso administrativo es inferior al que se aplica en un proceso judicial, cuestión que no es necesario que este Tribunal aborde.

¹¹⁸³ *AES*, párr. 9.3.40; C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2da. ed., 2017, párr. 7.196 (Doc. RL-44).

¹¹⁸⁴ R II, párr. 260.

1324. Un año más tarde, entre abril y mayo de 2013, la Dra. Vargas, Contralora Delegada que llevaba adelante el Proceso de Responsabilidad Fiscal, recibió las declaraciones de los cuatro servidores públicos. Dado que esas personas ya no eran testigos, sino imputados, en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, conforme al derecho colombiano no se les exigió que prestaran juramento de decir verdad, en caso de que se les pudiera poner en posición de declarar contra sí mismas – sino que ellos presentaron lo que en la práctica colombiana se conoce como “versión libre y espontánea”.

1325. Excepto en el caso de la Sra. Aristizábal, estas versiones libres y espontáneas (que han sido resumidas en la Sección **III.(7).G** *supra*) diferían, en aspectos importantes, de las declaraciones testimoniales juradas anteriores de los funcionarios, realizadas en la fase inicial del proceso. Las versiones libres y espontáneas de la Sra. Cabezas, del Sr. Balcero y de la Sra. Gómez confirmaron que el Informe de Viabilidad había sido preparado luego de la firma del Otrosí No. 8 y, en general, incriminaban al Director Ballesteros.

1326. En agosto de 2013, la Dra. Vargas dictó el auto de imputación. Desestimó la acusación y cerró el expediente con respecto a la Sra. Cabezas, al Sr. Balcero y a la Sra. Gómez, pero no con respecto a la Sra. Aristizábal, quien se encontraba ahora acusada formalmente.

1327. Nueve meses después, en abril de 2014, la Sra. Aristizábal realizó una nueva declaración ante la Dra. Vargas, esta vez también incriminando al Director Ballesteros.

1328. El Fallo de la Contraloría fue emitido en el año 2015. Condenaba al Director Ballesteros y absolvía a la Sra. Aristizábal.

(ii) Ánalysis

1329. El proceso de responsabilidad fiscal es un proceso puramente inquisitorio, en el que la Contraloría investiga los hechos y luego emite un fallo. El carácter inquisitorio es reforzado por el hecho de que el mismo funcionario – en el presente caso, la Dra. Vargas – llevaba adelante (la mayor parte de) la investigación, decidía acusar o liberar personas y ordenaba embargos preventivos de los bienes¹¹⁸⁵.

1330. La Dra. Vargas efectivamente hizo uso pleno de las amplias facultades que le confería la ley, pero las Demandantes no han probado que ella utilizara estas facultades de manera que violase el derecho de Prodeco al debido proceso.

1331. Primero, las personas afectadas por las decisiones de la Dra. Vargas fueron principalmente los cuatro servidores públicos subalternos (quienes sufrieron la acusación y el embargo de sus bienes) y el Dr. Ballesteros (quien fue incriminado en las nuevas declaraciones y eventualmente declarado culpable de responsabilidad fiscal) – pero no Prodeco. La Contraloría no basó su decisión de declarar a Prodeco fiscalmente responsable en las versiones libres y espontáneas de los cuatro

¹¹⁸⁵ Véanse Sección **III.(7).E** *supra*; Doc. C-18; Doc. C-19; Doc. C-20.

servidores públicos subalternos. El fallo en contra de Prodeco se fundamenta en la prueba documental, no en las declaraciones de los testigos.

1332. Segundo, esta conclusión es confirmada por el hecho de que, en el curso del Proceso de Responsabilidad Fiscal, Prodeco nunca expresó preocupación por los cambios en las declaraciones sucesivas de los servidores públicos.

1333. Por tanto, los derechos de Prodeco al debido proceso no fueron vulnerados por la decisión de la Dra. Vargas de incorporar a los servidores públicos subalternos y embargar sus bienes ni por el trato particular dado a la Sra. Aristizábal. El derecho a tener garantizado el debido proceso, que es un componente del derecho a recibir TJE en virtud del Tratado, es un derecho personal de Prodeco. Las acciones supuestamente dirigidas a terceros y en perjuicio de ellos, incluso si dichos terceros eran coimputados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, no podrían haber violado las obligaciones que Colombia tiene frente a Prodeco en virtud del Tratado.

1334. Tercero, el Tribunal también considera, por mayoría, que las Demandantes no han probado que la conducta de la Contraloría respecto de los cuatro servidores públicos subalternos incumpliera el debido proceso¹¹⁸⁶. Las Demandantes insinúan que, tras haber incorporado a los cuatro servidores públicos subalternos al caso, la Dra. Vargas les ofreció un *quid pro quo*: si realizan declaraciones incriminatorias en contra del Director Ballesteros, la Contraloría los liberaría.

1335. Hay solo dos indicios en el expediente en sustento de esta alegación:

- El caso de la Sra. Aristizábal: ella inicialmente no presentó una declaración incriminatoria, no fue liberada junto con los otros tres servidores públicos subalternos y finalmente fue absuelta luego de haber cambiado su declaración;
- La declaración del Ministro Hernández: él declaró bajo juramento que, hacia el final del Proceso de Responsabilidad Fiscal, él había recibido una llamada telefónica de “Jesualdo Villeros”, quien se identificó como Director de la Contraloría y quien propuso reunirse con el Sr. Hernández fuera de su despacho; el Ministro Hernández agregó: “yo nunca quise aceptar esa reunión. Y a la semana me declararon culpable”¹¹⁸⁷.

1336. En la opinión del Tribunal, por mayoría, el primer indicio es desvirtuado por el hecho de que la Sra. Aristizábal efectivamente tenía un rango más alto en la

¹¹⁸⁶ El árbitro Garibaldi disiente con la conclusión de la mayoría sobre este punto y el análisis que la soporta en los párrafos 1334-1337. En opinión del Sr. Garibaldi, una vez el Tribunal ha establecido que la conducta de la Contraloría respecto de los cuatro servidores públicos subalternos no vulneró los derechos de Prodeco al debido proceso en virtud del Tratado (párrafo 1333), resulta innecesario e inapropiado que el Tribunal considere si dicha conducta podría haber incumplido el estándar de debido proceso aplicable en abstracto o los derechos de Prodeco al debido proceso si la conducta hubiera estado dirigida a Prodeco o le hubiera causado un perjuicio. Adicionalmente, el Tribunal no tiene competencia para determinar si dicha conducta podría haber vulnerado los derechos al debido proceso derecho de los coimputados de Prodeco. ¹¹⁸⁷ TA, Día 4, pág. 1148, ll. 2-11.

¹¹⁸⁷ TA, Día 4, pág. 1148, ll. 2-11.

negociación del Otrosí No. 8 que el de sus colegas: era ella quien informaba periódicamente al Consejo Directivo del avance de las negociaciones y de las opiniones de Ingeominas.

1337. En cuanto al segundo indicio, el Tribunal coincide en que era sumamente irregular que un Director de la Contraloría propusiera una reunión secreta con un exministro que había sido acusado formalmente. Declarando bajo juramento, la Dra. Vargas negó haber participado de algún modo o haber tenido conocimiento de la llamada telefónica del Sr. Villeros¹¹⁸⁸. En cualquier caso, la reunión nunca tuvo lugar, según el exministro, y la mera llamada telefónica es insuficiente para probar la alegación de las Demandantes.

c. Rechazo de la solicitud para aportar pruebas

1338. Las Demandantes señalan que una segunda medida de la Contraloría infringió sus derechos al debido proceso: el rechazo de una solicitud para aportar pruebas adicionales.

(i) Hechos probados

1339. Los hechos pueden resumirse de la siguiente manera:

1340. Luego de ser acusada formalmente, Prodeco solicitó autorización para aportar pruebas adicionales: un nuevo informe pericial y la declaración de varios testigos. En una decisión razonada, la Contraloría rechazó la mayor parte de la solicitud, aceptando solo la declaración de un único testigo, con el argumento de que las pruebas nuevas eran superfluas o inútiles.

1341. Prodeco impugnó sin éxito la decisión de la Contraloría en vía gubernativa, primero ante la Contralora Delegada y, luego, ante la Contralora General. Posteriormente, Prodeco presentó una acción de tutela ante los tribunales colombianos, que no logró prosperar en primera instancia. Prodeco eventualmente apeló a la Corte Suprema, que revisó el caso y concluyó¹¹⁸⁹:

“[...] dentro del proceso de responsabilidad fiscal no se ha vulnerado el derecho al debido proceso y a la defensa de la accionante. [Énfasis agregado]

(ii) Ánálisis

1342. El Tribunal no está convencido por el argumento de las Demandantes.

1343. El Tribunal entiende la insatisfacción de Prodeco con la postura de la Contraloría. La solicitud de la oportunidad para presentar pruebas adicionales se realizó a comienzos del año 2014, y el Fallo definitivo se emitió recién en abril de 2015. Habría habido, entonces, suficiente tiempo para tomar declaración a los testigos propuestos por Prodeco y para analizar el informe pericial que Prodeco proponía

¹¹⁸⁸ TA, Día 5, pág. 1409, ll. 5-18.

¹¹⁸⁹ Doc. C-31, pág. 9.

incorporar. En retrospectiva, el fallo de la Contraloría limitó innecesariamente el derecho de Prodeco de defenderse a si misma.

1344. Dicho esto, el Tribunal no advierte ninguna violación intencional o flagrante del derecho del inversionista extranjero al debido proceso por la cual Colombia deba asumir responsabilidad internacional. La Contraloría razonó debidamente su fallo, el sistema jurídico le permitía a Prodeco impugnar el fallo ante los tribunales, lo que Prodeco hizo, y no se alega que, al desestimar las apelaciones de Prodeco finalmente, los tribunales colombianos cometieran una denegación de justicia.

B. Sesgo y mala fe

1345. Las Demandantes también alegan que la Contraloría y la Dra. Vargas habían decidido declarar a Prodeco responsable fiscalmente y estaban preparadas para torcer las normas aplicables con el fin de llegar a ese resultado. En agosto de 2010, inmediatamente después de que el Presidente Santos asumiera su mandato, se designó a una nueva Contralora General, la Sra. Morelli Rico. La nueva Contralora asumió la tarea de limpiar supuestas irregularidades en Ingeominas y revisó los contratos con Drummond, Cerro Matoso y Prodeco. Una vez excluidos los dos primeros, Prodeco era la única empresa minera que quedaba dentro del alcance de la iniciativa de la Sra. Morelli. Las Demandantes afirman que la Sra. Morelli escogió personalmente a la Sra. Vargas para que llevara a cabo el Proceso de Responsabilidad Fiscal y lograra la condena de Prodeco¹¹⁹⁰.

1346. Las Demandantes invocan una entrevista pública realizada en diciembre de 2013 en la cual la Sra. Morelli Rico indicó que ya había prejuzgado su decisión en la investigación de Prodeco.

1347. La Demandada rechaza las acusaciones de las Demandantes, las caracteriza como un ataque carente de toda prueba, y aclara que, en la entrevista pública, la Sra. Morelli simplemente explicó que la Contraloría ya había presentado cargos en contra de Prodeco y que había, al menos, algunas pruebas de responsabilidad fiscal¹¹⁹¹.

a. El sesgo como violación del TJE

1348. El sesgo de un decisor resulta en un incumplimiento del estándar de TJE¹¹⁹². No puede decirse que una decisión fundada en un prejuicio a favor o en contra de una persona o un grupo sea justa y equitativa. La jurisprudencia confirma esta conclusión, independientemente de si el decisor sesgado es un tribunal o una autoridad administrativa. En *Deutsche Bank*, el Presidente de la Corte reconoció que la decisión de la Corte Suprema en cuestión había sido emitida por razones políticas —y el tribunal concluyó que, en efecto, se había violado el estándar de

¹¹⁹⁰ C II, párr. 261.

¹¹⁹¹ R II, párrs. 751-755.

¹¹⁹² C I, párr. 183; R I, párr. 498.

TJE—¹¹⁹³. En *Metalclad*¹¹⁹⁴, el sesgo afectó a una autoridad administrativa, el Ayuntamiento, y fue causado por la oposición popular al proyecto de confinamiento de residuos peligrosos del inversionista.

1349. Aunque el principio de que el sesgo es inconsistente con el estándar de TJE está claro, aplicar ese principio al caso particular no siempre es fácil porque debe establecerse que la decisión ofensiva se fundó sustancialmente en inclinaciones y prejuicios espiruos y no en otras razones (válidas). Como en otros casos con dificultades inherentes para demostrar hechos, la existencia y los efectos del sesgo pueden demostrarse por medio de pruebas directas o inferencias razonables, obtenidas de indicios probados. Las Demandantes fundan su alegación de sesgo en la entrevista pública dada por la Contralora General mientras el Proceso de Responsabilidad Fiscal estaba en marcha.

b. Hechos probados

1350. El 12 de diciembre de 2013, la Contralora General, la Sra. Sandra Morelli, concedió una entrevista al semanario Semana Sostenible, el cual publicó un informe de sus actividades y citó *verbatim* varias de sus declaraciones¹¹⁹⁵. El momento en el que se llevó a cabo la entrevista es relevante: la Contraloría ya había expedido el auto de imputación en contra de Prodeco, y Prodeco ya había presentado su defensa en octubre de 2013. El fallo definitivo de la Contralora Delegada estaba pendiente; éste sería expedido en el año 2015.

1351. Otra consideración importante es que el fallo que expediría la Contralora Delegada podría ser objeto de un recurso de apelación, el cual sería decidido por la propia Contralora General. De allí que la Sra. Morelli era quien tendría la última palabra sobre la responsabilidad fiscal de Prodeco.

1352. El artículo de Semana Sostenible hace referencia a diversas políticas y medidas adoptadas por la Contraloría. Le dedica un único párrafo al expediente de Prodeco¹¹⁹⁶:

“Así mismo, encontró que Prodeco, propiedad de Glencore Xstrata International y cuya actividad está basada en el carbón, no pagaba efectivamente las regalías y la suma, de acuerdo con el proceso que está en curso, asciende a cerca de 50 mil millones de pesos. «El tema es sorprendente, porque lo que hace la empresa es demandar al Estado por cobrar lo que aparentemente debió habersele pagado. Y digo aparentemente porque hay un principio de prueba, pero esto se definirá procesalmente», afirma Morelli”.

1353. No hay pruebas en el expediente de que la Sra. Morelli haya alguna vez negado públicamente la información presentada por Semana Sostenible ni las declaraciones que se le atribuyen.

¹¹⁹³ Doc. CL-92, párr. 479.

¹¹⁹⁴ Doc. CL-19, párr. 92.

¹¹⁹⁵ Doc. C-266.

¹¹⁹⁶ Doc. C-266, pág. 2.

1354. El párrafo citado de dicho artículo de prensa contiene tres declaraciones que se le atribuyen a la Contralora General:

- Una primera declaración en la cual la publicación expresa la opinión de la Sra. Morelli de que Prodeco no estaba pagando apropiadamente las regalías adeudadas con arreglo al Contrato Minero, por un monto de casi COP 50 MM,
- Una segunda declaración, atribuida *verbatim* a la Sra. Morelli, expresando sorpresa de que Prodeco estuviera demandando al Estado (presumiblemente por haber iniciado este arbitraje de inversión),
- Una tercera declaración, una vez más atribuida literalmente a ella, de que había un “un principio de prueba” en contra de Prodeco, “pero esto se definirá procesalmente”.

c. Análisis

1355. Resulta desafortunado que la Sra. Morelli, la máxima autoridad al interior de la Contraloría, considerara apropiado realizar una declaración pública respecto de un expediente que estaba siendo investigado y respecto del cual ella tendría que pronunciar el fallo definitivo. Resulta más desafortunado aún que ella haya revelado que Prodeco no había pagado regalías (por un monto que casi alcanzaba COP 50 MM) y que había “un principio de prueba” contra Prodeco. La Sra. Morelli en efecto condicionó sus comentarios diciendo “esto se definirá procesalmente”, es decir, la cuestión se resolverá definitivamente en el proceso administrativo.

1356. La Demandada intenta justificar la declaración pública de la Sra. Morelli al argumentar que la Contraloría ya había acusado formalmente a Prodeco, que había por lo menos algunas pruebas de responsabilidad fiscal y que la Sra. Morelli no estaba diciendo nada más¹¹⁹⁷.

1357. El Tribunal concuerda con que una acusación solo puede emitirse si el funcionario de la Contraloría a cargo de la investigación encuentra “indicios” (es decir, un “principio de prueba” o evidencia preliminar) de actividad ilícita. Pero la existencia de un principio de prueba en el expediente en sustento de la acusación de Prodeco no justifica los comentarios públicos de la Sra. Morelli, los cuales revelan no solo su conocimiento del expediente sino también su opinión de que Prodeco no estaba pagando apropiadamente las regalías y debía casi COP 50 MM. Dado que la opinión trataba precisamente la cuestión que la Sra. Morelli, en calidad de autoridad máxima dentro de la Contraloría, debía resolver en apelación, pareciera que la Sra. Morelli ya había tomado una decisión sin haber analizado adecuadamente las defensas de Prodeco ni sus argumentos en apelación.

1358. Las declaraciones públicas de la Sra. Morelli fueron reprobables y desafortunadas, y si ella hubiera, en efecto, decidido en apelación, podrían haber incumplido el estándar de TJE, pero al final fueron intrascendentes. En agosto de 2014, la Sra.

¹¹⁹⁷ R II, párr. 755.

Morelli abandonó su cargo y fue reemplazada por el Sr. Maya como nuevo Contralor General¹¹⁹⁸. Fue el Sr. Maya quien revisó y decidió el recurso de apelación de Prodeco.

1359. Las Demandantes no han aportado ninguna prueba que demuestre que la Sra. Vargas, la Contralora Delegada que aprobó el Fallo de la Contraloría, o su superior, el Contralor General, el Sr. Maya, quien desestimó el recurso de apelación, atuvieran algún sesgo en contra de Prodeco o que de cualquier otro modo incurrieran en conductas que pudieran considerarse actos de mala fe.

1360. Por estos motivos, la reclamación de sesgo de las Demandantes debe ser desestimada.

C. Expectativas legítimas

1361. Las Demandantes sostienen que la decisión de la Contraloría de iniciar y llevar a cabo el Proceso de Responsabilidad Fiscal, que finalmente le atribuyó responsabilidad fiscal a Prodeco, vulneró las expectativas legítimas de las Demandantes¹¹⁹⁹:

- Primero, Colombia no empleó sus facultades de control fiscal de conformidad con su función regular de supervisar la gestión fiscal de los recursos del Estado, sino para anular, en efecto, los compromisos asumidos en el Otrosí No. 8 para el primer año¹²⁰⁰;
- Segundo, la Contraloría adoptó un fallo que era radicalmente incoherente e inconsistente con la conducta de otras autoridades colombianas, respecto del cual no existen precedentes, y aplicó criterios para evaluar el Otrosí No. 8 diferentes de los que consideró Ingeominas al negociar y suscribir el Otrosí¹²⁰¹;
- Tercero, la Contraloría ignoró el hecho de que el Otrosí No. 8 había autorizado la expansión de la Mina, que esta expansión había sido la base de la negociación entre las partes y que, en el Otrosí No. 8, Ingeominas le manifestó a Prodeco que el otrosí “garantiza los intereses del Estado”¹²⁰².

1362. La Demandada expresa *in limine* que las expectativas legítimas no se encuadran dentro del significado ordinario del TJE¹²⁰³.

1363. La Demandada luego sostiene que las expectativas legítimas de las Demandantes se derivan directamente del Otrosí No. 8 y de las obligaciones contractuales que

¹¹⁹⁸ R II, párr. 753.

¹¹⁹⁹ C II, párr. 259.

¹²⁰⁰ C II, párr. 259(a).

¹²⁰¹ C II, párr. 259(b).

¹²⁰² C II, párr. 259(c).

¹²⁰³ R II, párr. 592.

supuestamente contenía; sin embargo, las expectativas contractuales no están protegidas por la cláusula de TJE del Tratado¹²⁰⁴.

1364. Colombia agrega que se debe suponer que las Demandantes conocen el contenido del sistema legal y regulatorio colombiano y que no pueden alegar que sus expectativas legítimas no tuvieron en cuenta el funcionamiento normal de este sistema¹²⁰⁵.

1365. El Tribunal primero analizará el concepto de expectativas legítimas en general (a); luego resumirá el marco jurídico que Colombia aplica a los contratos administrativos en general y a los contratos mineros en particular (b); y posteriormente procederá a analizar en subsecciones separadas los tres incumplimientos invocados por las Demandantes: desviación de poder por parte de la Contraloría (c), incoherencia entre las distintas autoridades colombianas (d) e incoherencia en los criterios empleados por Ingeominas y la Contraloría sobre la expansión de la Mina (e).

a. Expectativas legítimas dentro del estándar de TJE

1366. El Tribunal ya ha establecido que un Estado incumple con el estándar de TJE garantizado en el Art. 4(2) del Tratado si adopta medidas que vulneran ciertos umbrales de propiedad (incluyendo requisitos básicos del Estado de derecho), causándole daño a la inversión del inversionista. El umbral de propiedad adecuado exige un análisis cuidadoso de todas las circunstancias relevantes y la consideración de una serie de factores.

1367. Entre estos factores se encuentra la frustración de las expectativas legítimas del inversionista¹²⁰⁶. Dichas expectativas surgen cuando un Estado (o sus agencias) hace declaraciones o asume compromisos u ofrece garantías, sobre las que el inversionista extranjero confía (en ejercicio de un juicio comercial objetivamente razonable), y la frustración se produce cuando el Estado posteriormente cambia su

¹²⁰⁴ R II, párr. 594.

¹²⁰⁵ R II, párr. 614.

¹²⁰⁶ El Árbitro Garibaldi concuerda con el uso del término “expectativas legítimas” solo en el entendimiento de que signifique lo mismo que “expectativas objetivamente razonables”. El Sr. Garibaldi no acepta la aplicabilidad de ningún criterio de legitimidad no explícito que no sea el de la razonabilidad objetiva. En su opinión, el término “expectativas legítimas”, aunque comúnmente utilizado, es singularmente desafortunado dado que “legítimas” presupone un criterio de legitimidad que no siempre se hace explícito en el análisis de las expectativas protegidas por el estándar de TJE. En el lenguaje corriente, toda referencia a “legitimidad” presupone, expresa o tácitamente, un criterio de legitimidad jurídico, político, moral, religioso, etc. Usar la expresión “expectativas legítimas” sin anclarla a un criterio de legitimidad fundado en la razonabilidad objetiva, deja la expresión abierta a su redefinición mediante la modificación del criterio de legitimidad para incluir o excluir expectativas (con fundamentos morales, políticos, religiosos o de otra índole), y así distorsionar el significado original de la expresión. El Sr. Garibaldi entiende que, cuando las expectativas del inversionista comenzaron a considerarse como un factor en el análisis del TJE, la idea original era hacer referencia a las expectativas razonables del inversionista, es decir, las expectativas que un inversionista (objetivo) de prudencia común tendría, diferente a las expectativas reales de un inversionista particular. Él cree que éste sigue siendo el concepto correcto, y éste es el sentido en el que él entiende el término “expectativas legítimas”.

posición en contra de aquellas expectativas, de forma tal que causa un perjuicio al inversionista¹²⁰⁷. La protección de las expectativas legítimas está estrechamente relacionada con los principios de buena fe, la teoría de los actos propios (*estoppel*) y la prohibición de *venire contra factum proprium*¹²⁰⁸.

1368. Un Estado puede crear expectativas legítimas respecto de un inversionista extranjero en dos contextos diferentes. En el primer contexto, el Estado hace declaraciones, ofrece garantías o asume compromisos directamente ante el inversionista (o ante una clase reducida de inversionistas o posibles inversionistas). Sin embargo, también pueden crearse expectativas jurídicas, en algunos casos, a partir del marco regulatorio y legislativo general del Estado: un inversionista puede realizar una inversión basándose razonablemente en la estabilidad de dicho marco, de modo tal que, en ciertas circunstancias, la reforma de ese marco puede vulnerar las expectativas legítimas del inversionista.

1369. En el presente caso, este segundo tipo de expectativas legítimas no es objeto de controversia, dado que las Demandantes no alegan que el marco jurídico general colombiano haya dado lugar a expectativas legítimas. La postura de las Demandantes es mucho más específica: cuando Colombia acordó suscribir el Contrato Minero, se dice que creó la expectativa legítima de que la República no repudiaría las obligaciones en él asumidas. Estas expectativas legítimas fueron vulneradas por un acto administrativo, el Fallo de la Contraloría, por el cual Colombia debería asumir responsabilidad internacional.

Primer contraargumento de la Demandada

1370. La Demandada expresa que el sentido corriente del TJE excluye cualquier protección de expectativas legítimas e invoca, en sustento, la opinión separada del Juez Nikken en *Suez*¹²⁰⁹.

1371. El Tribunal no concuerda con la posición de Colombia.

1372. La jurisprudencia es casi unánime al identificar las expectativas legítimas del inversionista como un elemento importante del estándar de TJE¹²¹⁰. Así lo hace también la doctrina¹²¹¹. La única opinión disidente parece ser la del Juez Nikken,

¹²⁰⁷ C F Dugan, D Wallace Jr., N D Rubins y B Sabahi, *Investor-State Arbitration* (2008), pág. 510 (Doc. CL-54); *Tecmed*, párr. 154; *Cervin*, párr. 509; *ECE*, párr. 4-762; *Parkerings*, párr. 331.

¹²⁰⁸ *Thunderbird*, párr. 147.

¹²⁰⁹ R I, párr. 404; *Suez* (*Opinión separada del Juez Nikken*), párr. 21.

¹²¹⁰ C I, párr. 180; véanse, por ejemplo, *Saluka*, párrs. 301-302 (que denominan a las expectativas legítimas el “elemento dominante” del estándar de tratamiento justo y equitativo); *Lemire*, párr. 264; *Suez*, párr. 203.

¹²¹¹ C F Dugan, D Wallace Jr, N D Rubins y B Sabahi, *Investor-State Arbitration* (2008), pág. 513 (Doc. CL-54); C. McLachlan, L. Shore, M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2da ed., 2017, párr. 7.179 (Doc. RL-44).

quién reconoce que su posición es contraria a las conclusiones de “laudos recientes”¹²¹².

Segundo contraargumento de la Demandada

1373. La Demandada presenta un segundo contraargumento: Colombia sostiene que los contratos entre el inversionista y el Estado son incapaces de crear expectativas legítimas y que, por ende, ningún incumplimiento del tratado puede derivarse de las meras expectativas contractuales del inversionista¹²¹³.

1374. Las expectativas legítimas surgen de declaraciones, garantías o compromisos hechos por el Estado sobre los cuales el inversionista confía razonablemente. El Tribunal ya ha concluido que, según las circunstancias, dichas declaraciones, garantías o compromisos pueden ser generados por actos dirigidos específicamente al inversionista o por el marco legislativo general. El Tribunal no tiene ningún inconveniente en incluir los contratos entre Estados e inversionistas dentro de los instrumentos capaces de generar dichas declaraciones, garantías y compromisos¹²¹⁴: la esencia de cualquier contrato es un compromiso recíproco de que cada parte cumplirá con las obligaciones allí contenidas.

1375. La cuestión no es tanto si las declaraciones y garantías formalizadas en los contratos generan expectativas legítimas (así lo hacen), sino más bien si el incumplimiento posterior por parte del Estado de las obligaciones asumidas contractualmente tiene como consecuencia una violación del estándar de TJE.

1376. El *status quaestionis* ha sido resumido por Schreuer¹²¹⁵:

“Es improbable que prevalezca una postura que considera que todas y cada una de las violaciones de un contrato son incumplimientos del estándar de TJE. Dónde se vayan a trazar los límites externos del TJE respecto de contratos es otra cuestión. El repudio formal del contrato mediante un acto soberano puede no ser el mejor criterio. De hecho, una acción que deroga un contrato mediante un acto de *puissance publique* puede ser descrita probablemente de manera más adecuada como una expropiación. Un criterio más relevante para la violación del estándar de TJE respecto de los contratos sería si se ven afectadas las expectativas legítimas del inversionista sobre un marco jurídico seguro y estable. No toda vulneración contractual daría lugar a una conclusión en este sentido [...]”.

[Énfasis agregado]

1377. El Tribunal del caso *SAUR*¹²¹⁶ llegó a una conclusión similar:

“El estándar de TJE [...] es diferente del deber de los Estados de atenerse a su propia legislación y de cumplir los compromisos contractualmente asumidos frente a terceros. [...]. El Derecho internacional no cubre todo incumplimiento

¹²¹² *Suez* (*Opinión separada del Juez Nikken*), párr. 2.

¹²¹³ R I, párr. 408.

¹²¹⁴ *Clayton et al.*, párr. 282.

¹²¹⁵ Ch. Schreuer, “*Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards*”, *Transnational Dispute Management*, Tomo 4, Número 5, 2007, pág. 20 (Doc. RL-56).

¹²¹⁶ *Saur*, párr. 483. (RL-14).

normativo o contractual de un Estado en todas las circunstancias – en estos casos el perjudicado debe buscar protección a través del sistema judicial interno; la protección del APRI solo entra en vigor cuando la conducta del Estado, por su gravedad y trascendencia, y por el carácter soberano de los actos, es incompatible con el estándar internacional”. [Énfasis agregado]

1378. En resumen, distintos tipos de actos y medidas, incluyendo los contratos entre el inversionista y el Estado, pueden dar lugar a expectativas legítimas del inversionista. Sin embargo, un mero incumplimiento contractual por parte del Estado no resulta *per se* en una violación del estándar de TJE del derecho internacional¹²¹⁷. Se requiere un elemento adicional (sea la especial trascendencia del incumplimiento, un acto de *puissance publique*, la pérdida de un marco jurídico seguro y estable, entre otros) para activar la responsabilidad internacional.

b. Régimen jurídico colombiano aplicable a los contratos estatales

1379. Para analizar el argumento de las Demandantes de que las acciones de Colombia vulneraron sus expectativas legítimas, es necesario, como un primer paso, resumir el marco jurídico aplicable a los contratos administrativos colombianos en general y a los contratos mineros en particular.

1380. El marco jurídico colombiano aplicable a los contratos mineros es idiosincrático. La relación contractual entre un particular y la República (o cualquiera de sus agencias) está sujeta simultáneamente a dos sistemas diametralmente opuestos, regulados por distintas leyes, administrados por distintas agencias, que ejercen distintos niveles de poder y persiguen objetivos distintos (y a veces contradictorios):

- el primer sistema es el derecho de los contratos, administrado por la Agencia Minera, y sujeto a la competencia de los tribunales contencioso-administrativos (i), y
- el segundo sistema es el régimen de responsabilidad fiscal, bajo la tutela de la Contraloría (ii).

(i) Derecho de los contratos

1381. En virtud del derecho de los contratos (administrativos), el Contrato Minero es considerado como un “contrato de aporte”, regulado principalmente por el Código de Minas de 1988¹²¹⁸ y, en subsidio, por las normas generales relativas a los contratos civiles y comerciales¹²¹⁹, que cubren (*inter alia*) las obligaciones de las partes, las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones, y las causales y los efectos de la anulación.

¹²¹⁷ UAB, párrs. 846 y 853; véase también *Waste Management II*, párrs. 73 y 139.

¹²¹⁸ Doc. C-1; Doc. R-16; CPHB, párr. 8; los contratos de aporte continuaron siendo regulados, en general, por el Código de Minas de 1988 sin perjuicio de su derogación por la Ley 685 de 2001, Doc R-196, Art. 351.

¹²¹⁹ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de diciembre de 2015 (Carbocol y Drummond), pág. 21, Doc. R-300.

1382. Los contratos de aporte pueden incluir cláusulas de resolución de controversias. En el Contrato Minero, las partes acordaron que todos los desacuerdos derivados del Contrato serían decididos por los tribunales colombianos (“rama jurisdiccional del poder público colombiano”), salvo que las partes acordaran *ex post* someter la controversia a arbitraje nacional¹²²⁰.

(ii) Régimen de responsabilidad fiscal

1383. Una de las características inusuales del derecho colombiano es que los contratos administrativos, incluyendo los contratos de aporte, también están sujetos al denominado “control fiscal” a cargo de una agencia especializada, la Contraloría.

1384. El requisito de que el uso que la República haga de los fondos públicos esté sujeto a un control especial emana de la Constitución: de conformidad con el Art. 267 de la Constitución Política, el control fiscal es una función pública ejercida por la Contraloría¹²²¹, un órgano autónomo del Estado colombiano, a cargo de supervisar el uso de los fondos por parte del tesoro nacional¹²²².

1385. La Contraloría, regulada por la Ley 610 de 2000, tiene plenos poderes para iniciar y conducir el denominado “Proceso de Responsabilidad Fiscal” no solo en contra de servidores públicos, sino también en contra de particulares, siempre que estos particulares ejerzan funciones públicas o utilicen bienes de la Nación¹²²³:

“[...] determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado”. [Énfasis agregado]

1386. La extensión de la responsabilidad fiscal a los particulares ha sido ratificada por la Corte Constitucional colombiana¹²²⁴.

¹²²⁰ Doc. C-2, Cláusula. 32.1.

¹²²¹ Doc. C-68, Art. 267: “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”.

¹²²² Doc. C-68, Art. 267; Doc. C-72, Arts. 1 y 3.

¹²²³ Doc. C-71, Art. 1; Doc. C-72, Art. 4.12.

¹²²⁴ La Corte Constitucional de Colombia explicó en la Sentencia T-1012/08 (Doc. R-192, pág. 2), “En relación con la interpretación de las normas constitucionales y legales y, en especial, respecto de la calidad de destinatario del proceso fiscal del particular contratista con el Estado, tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la del Consejo de Estado, ha sido enfática en sostener no sólo que los contratistas con el Estado son sujetos de vigilancia fiscal, sino también que el control sobre la gestión adelantada por las autoridades públicas y los particulares en la contratación pública se justifica por la naturaleza misma del control fiscal que fue diseñado para defender el erario público y garantizar la eficiencia y eficacia los recursos públicos”. Del mismo modo, la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia C-840/01 (Doc. R-37, pág. 18) que “la esfera de la gestión fiscal constituye el elemento vinculante y determinante de las responsabilidades inherentes al manejo de fondos y bienes del Estado por parte de los servidores públicos y de los particulares. Siendo por tanto indiferente la condición pública o privada del respectivo responsable, cuando de establecer responsabilidades fiscales se trata”.

Requisitos

1387. Los requisitos para establecer la responsabilidad fiscal reflejan aquellos necesarios para determinar la responsabilidad extracontractual:

- (i) una “conducta dolosa o culposa” por parte del servidor público o al particular que realiza la “gestión fiscal”,
- (ii) que cause un daño patrimonial a la República, y
- (iii) un nexo causal entre la conducta y el daño¹²²⁵.

1388. Ello emana del Art. 5 de la Ley 610 de 2000, que dispone que¹²²⁶:

“La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.
- Un daño patrimonial al Estado.
- Un nexo causal entre los dos elementos anteriores”.

1389. El proceso de responsabilidad fiscal es un proceso puramente administrativo e inquisitorio en el que la Contraloría investiga los hechos y luego expide un fallo que puede ser apelado, primero, “en vía gubernativa” (ante la administración) y, posteriormente, ante los tribunales contencioso-administrativos (tribunales especializados con competencia en cuestiones administrativas).

1390. Si la investigación de la Contraloría concluye que en efecto se ha incurrido en responsabilidad fiscal, la consecuencia es que el servidor público o el particular debe pagar una compensación equivalente al daño sufrido por el Estado¹²²⁷.

(iii) Responsabilidad fiscal en contratos administrativos

1391. La responsabilidad fiscal también puede configurarse cuando un particular celebra un contrato con el Estado colombiano o alguna de sus agencias. La responsabilidad se extenderá no sólo a los servidores públicos y demás funcionarios que autorizaron el contrato, sino que potencialmente también a la contraparte privada – incluso si dicha contraparte ha cumplido de forma debida su parte del trato.

1392. La responsabilidad fiscal no requiere de la violación de ninguna norma, del incumplimiento de ningún compromiso contractual ni de ninguna ilegalidad que vicie el contrato. Sus requisitos son los mismos que los de un acto ilícito civil genérico (*damnum injuria datum*): la responsabilidad se configura cuando un

¹²²⁵ Doc. C-71, Arts. 4 y 6.

¹²²⁶ Doc. C-71, Art. 5.

¹²²⁷ Doc. C-71, Art. 4.

particular incurre en una conducta dolosa o culposa al negociar, suscribir o ejecutar un contrato, y dicha conducta le provoca un daño al Estado.

1393. A la inversa, el Fallo de la Contraloría no afecta el contrato, el cual continúa con plena fuerza y vigor, y debe ser cumplido por la parte privada y por la parte pública¹²²⁸.

(iv) Precedentes

1394. El Tribunal le solicitó a las partes que identificaran precedentes publicados en los que la Contraloría hubiera declarado la responsabilidad fiscal de una contraparte privada que haya celebrado un contrato con el Estado colombiano, y le hubiera ordenado a dicha contraparte la restitución al Estado de las sumas devengadas y pagadas en virtud del contrato.

1395. La Demandada ha dirigido la atención del Tribunal hacia los siguientes precedentes:

Fallo 015

1396. El principal caso sobre esta cuestión pareciera ser el Fallo 015 de 15 de abril de 2002, [“**Fallo 015**”], emitido dos años después de la promulgación de la Ley 610 de 2000¹²²⁹. En ese caso, la Contraloría analizó dos contratos separados:

1397. Primero: la empresa Aurea Ltda. había suscrito un contrato con la Cámara de los Representantes para la creación de un inventario de bienes. La Contraloría inició un proceso de responsabilidad fiscal contra Aurea Ltda., el Presidente de la Cámara de Representantes y ciertos servidores públicos. La Contraloría concluyó que Aurea Ltda. había incumplido sus obligaciones contractuales y que dicho incumplimiento implicaba una “conducta culposa”, lo que llevó a la Cámara de Representantes a perder el anticipo¹²³⁰. Aurea Ltda. (junto con el Presidente y ciertos servidores públicos de la Cámara) fueron condenados a pagar el daño causado a la República.

1398. Segundo: Implegráficas Cabrini, firma de propiedad de un tal Sr. Cabrera, le había vendido papel a la Cámara de Representantes y, aprovechándose de la falta de conocimiento y diligencia de los servidores públicos, había aplicado un precio que superaba los precios del mercado en un 100%¹²³¹. La Contraloría concluyó que la firma había incurrido en mala fe y dolo al cotizar precios exagerados. La Contraloría hizo las siguientes declaraciones:

“El señor CABRERA VEGA no estaba en ejercicio de su actividad privada o particular, estaba contratando con el Estado y esto le generaba obligaciones, las que consistían en coadyuvar a cumplir los fines esenciales del Estado, tenía esa importantísima función social y por ende era su obligación actuar con

¹²²⁸ Doc. C-35, pág. 41.

¹²²⁹ Doc. RL-208.

¹²³⁰ Doc. R-208, pág. 38.

¹²³¹ Doc. RL-208, pág. 50.

lealtad; lealtad hacia el Estado en el que el mismo se desenvuelve y respecto del cual el mismo se sirve.

Colombia es un Estado Social de Derecho y como tal impone obligaciones y deberes no solo a sus servidores sino también a los particulares que se desenvuelven dentro del territorio nacional. Por eso, el artículo 3 de la ley 80 de 1.993, preceptúa como obligación para los particulares cuando contratan con el Estado, además de su derecho a obtener utilidades, las que están protegidas por el mismo Estado, colaborar en el logro de sus fines sociales, **cumpliendo una función social que como tal, implica obligaciones**”. [Énfasis agregado, negrilla en el original]

1399. La Contraloría empleó la siguiente definición de dolo¹²³²:

“Pregunta [el Sr. Cabrera] dónde está la mala fe, se le responde que es precisamente en esa actitud mezquina y de desapego en donde está la mala fe, en donde está el dolo, su mala intención de aprovecharse de unas circunstancias erradas para sacar mayor provecho y mayor lucro del que las reglas del mercado en ese momento le estaban ofreciendo”. [Énfasis agregado]

1400. La consecuencia de la conclusión de la Contraloría fue que el Presidente de la Cámara, ciertos servidores públicos, Implegráficas Cabrini y el propio Sr. Cabrera fueron ordenados a compensar solidariamente el daño causado al Estado.

Otros fallos

1401. El Fallo 015 se convirtió en un caso líder y condujo a numerosas decisiones en las que la Contraloría declaró a partes privadas como responsables fiscalmente por no proveer los servicios para los que los habían contratado entidades públicas o por malversación de los fondos adelantados por entidades públicas¹²³³.

1402. Uno de estos casos es el Fallo 013 de 2011, en el que la Contraloría declaró a un banco fiscalmente responsable por el incumplimiento de un contrato de cuenta corriente. El Consejo Superior de la Judicatura –titular de la cuenta corriente– había solicitado expresamente que los cheques significativos fueran confirmados antes del pago. El Banco Popular no cumplió con esto y se lo responsabilizó por los daños causados¹²³⁴:

“[...] el actuar negligente del Banco al incumplir con los deberes contractuales establecidos para la operación cambiaria, como lo era la confirmación de los cheques previa a su monetización”.

¹²³² Doc. RL-208, pág. 50.

¹²³³ Los casos están resumidos en RPHB, párr. 86 (Doc. RL-211; Doc. RL-204; Doc. RL-219; Doc. RL-220).

¹²³⁴ Doc. RL-207, pág. 27.

1403. Otro grupo de casos se refiere a contratos de construcción. La Contraloría declaró repetidamente a contratistas privados como responsables del daño al Estado, causado por el incumplimiento de obligaciones contractuales¹²³⁵.

1404. En síntesis, al menos desde el Fallo 015, dictado en 2002, la Contraloría viene haciendo un uso regular de su poder fiscal para revisar contratos administrativos celebrados entre el Estado, incluyendo sus agencias, y particulares.

1405. En este proceso de revisión, la Contraloría se ha concentrado frecuentemente no solo en los funcionarios que negociaron o autorizaron la transacción, sino también en contra de la parte privada que contrató con el Estado. La Contraloría ha concluido que la contraparte privada ha incurrido, en efecto, en responsabilidad fiscal (junto con los funcionarios) cuando se han incumplido obligaciones, se han aplicado precios excesivos o cuando se han malversado fondos públicos.

1406. Para llegar a estas conclusiones, la Contraloría adoptó una interpretación extensiva de los conceptos de culpa y dolo, y de la obligación de buena fe que tienen los contratistas privados frente al Estado.

1407. El Tribunal ahora analizará la reclamación de las Demandantes de que la Contraloría ha vulnerado sus expectativas legítimas de tres formas: desviación del poder fiscal (**c**), conducta inconsistente (**d**) y expansión de la Mina (**e**).

c. Primera supuesta violación: desviación del poder de control fiscal

1408. Las Demandantes argumentan que Colombia vulneró sus expectativas legítimas porque la República no empleó su poder de control fiscal de conformidad con su función regular de supervisión de la gestión fiscal de los recursos del Estado, sino para efectivamente anular los compromisos incluidos en el Otrosí No. 8 para el año 2010¹²³⁶.

Análisis

1409. El argumento de las Demandantes tiene dos aspectos: (i) que éstas tenían expectativas legítimas de que el régimen de control fiscal no le sería aplicado a Prodeco o al Otrosí No. 8, y (ii) que éstas tenían expectativas legítimas de que el régimen de control fiscal no le sería aplicado a Prodeco de una manera abusiva, inapropiada o no razonable.

¹²³⁵ Los casos están resumidos en RPHB, párrs. 99-101. En CPHB, pár. 50, las Demandantes sostienen que, además del Fallo 015, hay un solo precedente adicional, a saber, el Fallo 130 de 2012 (Doc. RL-200), en el que la Contraloría criticó el precio establecido en un contrato estatal, añadiendo que “resulta importante que en dicho fallo la Contraloría solo atribuyó responsabilidad al agente de la parte estatal”. Esta conclusión se contradice con el Fallo 130, el cual, en la pág. 55 y en la pág. 103 (las mismas páginas que citan las Demandantes) llega a la conclusión contraria y declara la responsabilidad fiscal de la parte privada. Dada la clara redacción del Fallo, el Tribunal se pregunta cómo este aparente error se pudo colar en la presentación de las Demandantes.

¹²³⁶ C II, párr. 259 a).

1410. Respecto del primer aspecto del argumento de las Demandantes, el Tribunal considera que las Demandantes no han probado que sus expectativas legítimas fueran frustadas por el simple hecho de que el régimen de control fiscal le fuera aplicado a Prodeco y al Otrosí No. 8.

1411. Prodeco e Ingeominas discutieron el contenido del Otrosí No. 8 entre el 2008 y enero de 2010. Durante esas negociaciones, Prodeco, una empresa sofisticada que recurrió a asesoría legal interna y externa, estaba al tanto (o debe considerarse que estaba al tanto) de la naturaleza idiosincrática del régimen jurídico colombiano aplicable a los contratos administrativos en general y a los contratos de aporte y a sus otrosíes en particular:

- Por un lado, se debe considerar que Prodeco supuso que, en el momento oportuno, Ingeominas (o su sucesora) podría plantear controversias contra Prodeco, incluyendo reclamaciones sobre la validez del contrato, ante los tribunales administrativos locales, tal como fuera acordado en la cláusula de resolución de controversias del Contrato Minero;
- Por otro lado, debe considerarse que Prodeco (luego de la promulgación de la Ley 610 de 2000 y la adopción del Fallo 015 por parte de la Contraloría en el año 2002 y de la línea de fallos que lo sucedieron) consideró la posibilidad de que la agencia supervisora revisara el Otrosí No. 8, concluyera que Prodeco actuó con dolo o culpa en la negociación o suscripción del Otrosí, y ordenara a Prodeco compensar el daño causado al Estado.

1412. La alegación de las Demandantes de que tenían una expectativa legítima de que la Contraloría se abstendría de usar su poder fiscal y de iniciar un Proceso de Responsabilidad Fiscal es infundada. Colombia nunca manifestó nada en ese sentido. Por el contrario: las Demandantes estaban al tanto de que Ingeominas negó la inscripción de la Primera Versión del Otrosí No. 8, precisamente porque consideraba que los términos de dicho acuerdo eran “lesivo[s] para el Estado”. El requisito de que el Otrosí No. 8 fuera favorable para los intereses de Ingeominas y, por ende, del Estado, había sido una afirmación constante durante la negociación¹²³⁷.

1413. La misma conclusión se aplica al Fallo de la Contraloría tal como se aplicó a Prodeco. Al someter a Prodeco al Proceso de Responsabilidad Fiscal, Colombia utilizó su poder de control fiscal de un modo que no era sustancialmente diferente del aplicado en casos anteriores. En ese sentido, el Fallo no fue algo atípico ni inesperado: éste sigue las interpretaciones del derecho y usa argumentos que la Contraloría ya había aplicado en numerosos precedentes. El hecho de que el Fallo Prodeco no fuera algo inesperado y siguiera una extensa línea de resoluciones similares es confirmado por el fallo Cerro Matoso, un caso que involucraba a otra empresa minera. Este fallo fue adoptado en el año 2018, y los criterios aplicados por la Contraloría son similares a aquellos del presente caso¹²³⁸.

¹²³⁷ Véase Sección III.(4) *supra*.

¹²³⁸ RPHB, párrs. 102-108, que hacen referencia al Doc. RL-235.

1414. En síntesis, el marco jurídico dual que rige en Colombia para los contratos administrativos permite que las controversias se diriman

- por un tribunal, aplicando el derecho de los contratos,
- y/o por la Contraloría, aplicando su derecho idiosincrático, afín al derecho de los actos ilícitos civiles.

1415. Cuando Prodeco e Ingeominas negociaron y suscribieron el Otrosí No. 8, el marco jurídico dual que rige en Colombia para los contratos administrativos había existido por más de una década. Prodeco conocía (o, con una debida diligencia mínima, podría haber conocido) de su existencia e implicaciones¹²³⁹. Como bien dice la República¹²⁴⁰:

“Las Demandantes deben aceptar que se presume que conocen el contenido del sistema legal y regulatorio colombiano. No es posible escucharlas argumentar que sus expectativas legítimas no tuvieron en cuenta el funcionamiento habitual del sistema”.

1416. Por lo tanto, el Tribunal desestima el argumento planteado por las Demandantes de que el mero hecho de que dicho marco jurídico fuera aplicado al Otrosí No. 8 vulneró sus expectativas legítimas.

1417. El segundo aspecto en el argumento de las Demandantes es que la Contraloría frustró sus expectativas legítimas de que el régimen de control fiscal no le sería aplicado a Prodeco de manera abusiva, impropia o no razonable. Este segundo aspecto de la reclamación sobre el TJE de las Demandantes coincide con la reclamación independiente de las Demandantes de que su inversión en Colombia fue perjudicada por la adopción por parte de Colombia de “medidas no razonables” en violación del Art. 4(1) del Tratado. La Sección **VI.3.(2.2)** *infra* analizará estos argumentos en profundidad.

d. Segunda supuesta violación: conducta inconsistente de Colombia

1418. Las Demandantes también argumentan que Colombia vulneró sus expectativas legítimas porque diversas autoridades colombianas, y específicamente Ingeominas y la Contraloría, adoptaron decisiones que eran radicalmente incoherentes e inconsistentes entre sí¹²⁴¹.

Análisis

1419. El Tribunal concuerda con las Demandantes en que un inversionista puede legítimamente tener la expectativa de que las distintas ramas del gobierno no tomarán medidas inconsistentes que afecten a la inversión: una agencia gubernamental no debería tomar una decisión que contradiga una decisión previa

¹²³⁹ UAB, párr. 837.

¹²⁴⁰ R II, párr. 614.

¹²⁴¹ C II, párr. 259(b).

tomada por la misma o por otra agencia, actuando dentro de la misma esfera de facultades, en la que ha confiado el inversionista, causándole un perjuicio¹²⁴². Esto forma parte del sentido fundamental del estándar de TJE.

1420. No existe inconsistencia ni violación de expectativas legítimas, sin embargo, cuando la segunda agencia, aplicando el criterio jurídico sustantivo establecido en un marco jurídico preexistente, toma una decisión que se aparta de aquella tomada previamente por otra agencia. La razón es simple: el Estado-nación moderno típicamente otorga a distintas agencias diferentes responsabilidades y objetivos jurídicos y políticos.

1421. Las Demandantes sostienen que, para evaluar el Otrosí No. 8, la Contraloría aplicó criterios distintos de los considerados por Ingeominas cuando negoció y aceptó dicho otrosí, resultando en el incumplimiento de sus expectativas legítimas.

1422. Ese no es el criterio adecuado.

1423. Las expectativas legítimas de las Demandantes de una conducta consistente por parte de Colombia podrían haber sido vulneradas si la Contraloría hubiese tomado su decisión con base en criterios distintos de aquellos establecidos en el marco jurídico preexistente. De hecho, la Contraloría fundó su decisión en el régimen de responsabilidad fiscal preexistente. Si la Contraloría aplicó aquellos criterios preexistentes de manera abusiva, no razonable o inapropiada es una cuestión independiente, que será analizada en la Sección VI.3.(2.2) *infra*.

1424. Ingeominas aprobó y suscribió el Contrato Minero, y, luego, la Contraloría revisó la decisión de Ingeominas, ejerciendo sus facultades en virtud del régimen de responsabilidad fiscal colombiano, tal como ha estado vigente desde, por lo menos, el año 2002 (y que ha sido descrito en detalle en la Sección VI.3.(2.1).C.b *supra*).

1425. Las expectativas legítimas de consistencia de las Demandantes no se vieron vulneradas por la aplicación del régimen de responsabilidad fiscal: se debe presumir que todo inversionista diligente conoce y acepta que Colombia ha implementado un marco dual para los contratos administrativos, sometiendo dichos contratos (y sus otrosíes) no solo al derecho de los contratos, sino también al régimen de responsabilidad fiscal confiado a la Contraloría.

e. Tercera supuesta violación: expansión de la Mina

1426. Por último, las Demandantes afirman que sus expectativas legítimas fueron vulneradas porque Ingeominas reconoció expresamente que la expansión de la Mina fue “la base de las negociaciones entre las partes”, y la Contraloría ignoró este reconocimiento¹²⁴³.

¹²⁴² MTD, párrs. 163-167.

¹²⁴³ C I, párrs. 196-198; C II, párr. 270(b).

1427. El Tribunal disiente una vez más. El argumento de las Demandantes en este sentido es una variante de su argumento de consistencia, que ya fue abordado, y debe ser desestimado por el mismo motivo.

1428. Hay evidencia abundante de que la expansión de la Mina fue, de hecho, la base principal de las negociaciones entre Prodeco e Ingeominas y la suscripción del Otrosí No. 8. Esto también se refleja en el Considerando 6 del Otrosí No. 8, que dice lo siguiente:

“6. Que con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes”.

1429. Pero este hecho establecido no creó una expectativa legítima de que, al aplicar criterios jurídicos sustantivos preexistentes, la Contraloría no revisaría el Otrosí No. 8, aplicando el régimen de responsabilidad fiscal.

1430. Una cuestión independiente es si, al calcular los daños, la Contraloría debió haber tenido en cuenta la expansión acordada de la capacidad de la Mina. Esta cuestión será abordada en la Sección **VI.3.(2.2).B.c.(iv) *infra***.

(2.2) MEDIDAS NO RAZONABLES

1431. De conformidad con el Tratado, Colombia ha asumido no solo una obligación positiva – proporcionar un TJE – sino también una negativa: abstenerse de medidas no razonables o discriminatorias que afecten las inversiones protegidas.

1432. Las Demandantes no alegan discriminación, por lo que no es necesario que el Tribunal profundice sobre su significado.

1433. Sin embargo, las Demandantes argumentan que las medidas adoptadas por Colombia no solo fueron no razonables, sino también “arbitrarias” – un concepto que no se menciona en el Tratado¹²⁴⁴. En esencia, las Demandantes dicen que las conclusiones de la Contraloría:

- de que Prodeco actuó con dolo con la intención de causarle un perjuicio al Estado¹²⁴⁵, y
- de que el perjuicio causado al Estado debe ser calculado sobre el Período de Transición, el primer año del Contrato Minero de largo plazo¹²⁴⁶

constituyen una medida “arbitraria y no razonable”¹²⁴⁷, contraria al Art. 4(1) del Tratado.

¹²⁴⁴ C I, párr. 184.

¹²⁴⁵ C II, párr. 259(d) (iii) y (v)

¹²⁴⁶ C I, párr. 202(b).

¹²⁴⁷ C II, párr. 259.

1434. La Demandada disiente sobre las siguientes bases:

- La Contraloría determinó correctamente que Prodeco reunía los elementos de la responsabilidad fiscal en una opinión razonada de 234 páginas de extensión, después de cuatro años de procedimiento, y concluyó que Prodeco había actuado con dolo; después de un análisis extenso de las negociaciones de mala fe de Prodeco del Otrosí No. 8, la Contraloría concluyó que Prodeco había realizado una serie de maniobras para reducir la contraprestación y, por ende, había incumplido sus deberes como colaboradora del Estado¹²⁴⁸;
- El desacuerdo de las Demandantes con el cálculo del daño en el Fallo de la Contraloría debe ser rechazado puesto que interfiere con el derecho de las autoridades nacionales de regular dentro del territorio del Estado¹²⁴⁹. Asimismo, el cálculo se basa en el Período de Transición del Contrato Minero porque éste constituía un período contractual distinto con su propia fórmula económica¹²⁵⁰.

1435. El Tribunal primero establecerá el significado del término “medida no razonable”, tal como se utiliza en el Art. 4(1) del Tratado (A), luego analizará si dos conclusiones específicas de la Contraloría cumplen con el test de razonabilidad: el cálculo de daños (B) y la conclusión de que Prodeco actuó con dolo (C). Por último, el Tribunal abordará la cuestión pospuesta de si la forma en la que la Contraloría aplicó el Régimen de Control Fiscal a Prodeco frustró las expectativas legítimas de las Demandantes en violación del estándar del Tratado (D).

A. Perjuicio causado a una inversión con medidas no razonables

1436. Las Partes han discutido el significado exacto del término “medidas no razonables” como es usado en el Art. 4(1) del Tratado.

1437. Las Demandantes aceptan la proposición de la Demandada de que una conducta no razonable incluye acciones que implican un prejuicio, una preferencia o un sesgo que impacta el sentido de la corrección jurídica¹²⁵¹.

1438. Sin embargo, las Demandantes agregan que las medidas también son arbitrarias cuando infligen daño al inversionista sin servir ningún propósito legítimo aparente, no se fundan en estándares jurídicos sino en la discreción, son tomadas por motivos distintos de aquellos expuestos por el decisor, o desatienden deliberadamente el debido proceso y el procedimiento adecuado¹²⁵².

1439. Por último, las Demandantes argumentan que la confusión y la falta de claridad, incluso si son involuntarias, pueden resultar en arbitrariedad. De ello se desprende que las medidas pueden ser arbitrarias incluso si no son adoptadas de mala fe. Las

¹²⁴⁸ R I, párrs. 421-422.

¹²⁴⁹ R I, párr. 460.

¹²⁵⁰ R I, párr. 463.

¹²⁵¹ C II, párr. 247.

¹²⁵² C II, párr. 247.

medidas también pueden ser arbitrarias cuando se adoptan sin un proceso racional de toma de decisiones o cuando el Estado no funda sus acciones en un juicio razonado¹²⁵³.

1440. Las Demandantes finalmente dicen que las acciones de la Contraloría no tienen derecho a una deferencia automática e ilimitada respecto de su conformidad con el Tratado¹²⁵⁴.

Demandada

1441. La Demandada argumenta que el estándar para una conducta arbitraria es alto, requiriendo demostrar una conducta afectada por prejuicio, preferencia o sesgo que impacta o sorprende el sentido de la corrección jurídica¹²⁵⁵. Satisfacer este estándar es todavía más difícil cuando se trata de cuestionar medidas regulatorias o de control legítimas, puesto que los Estados gozan de un alto nivel de deferencia¹²⁵⁶. La aplicación del marco normativo nacional es arbitraria solo si constituye un repudio deliberado de ese marco, e incluso en ese caso, solo si no hay recursos locales disponibles para corregir dicha aplicación¹²⁵⁷.

1442. En resumen, la Demandada argumenta que el Fallo de la Contraloría ni se acerca a ser arbitrario según el estándar internacional. Las Demandantes no han alegado ningún motivo impropio detrás de las acciones de la Contraloría. Por el contrario, el Fallo de la Contraloría cumplió con el mandato de la agencia¹²⁵⁸.

Artículo 4(1) del Tratado

1443. El Artículo 4(1) del Tratado obliga al Estado Contratante a abstenerse de lo siguiente:

“[...] perjudicar con medidas no razonables o discriminatorias el mantenimiento, uso, disfrute, extensión, venta, y, llegado el caso, la liquidación de dichas inversiones [protegidas]”.

1444. Una característica interesante del Artículo 4(1) del Tratado es la elección de terminología por sus redactores. Otros TBI – incluyendo ciertos tratados suscritos por Colombia¹²⁵⁹ – contienen una prohibición contra las medidas “arbitrarias o

¹²⁵³ C II, párr. 248.

¹²⁵⁴ C II, párr. 250.

¹²⁵⁵ R I, párrs. 446-448; R II, párr. 662.

¹²⁵⁶ R I, párr. 448.

¹²⁵⁷ R II, párr. 664.

¹²⁵⁸ R I, párr. 449.

¹²⁵⁹ TBI Colombia-Francia (2014), Art. 4(1): “[...] Para mayor certeza, la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, incluye, inter alia: (...) b) La obligación de actuar de una manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria...” [Énfasis agregado]; TBI Colombia-España (2005), Art. 2(3): “Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad, no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones.” [Énfasis agregado]

discriminatorias”. No obstante, el TBI Colombia-Suiza utiliza la expresión medidas “no razonables o discriminatorias”. ¿Son “medidas no razonables” y “medidas arbitrarias” expresiones sinónimas?

1445. En lo que respecta al sentido corriente, el término “medidas no razonables” pareciera definir un conjunto de acciones más amplio que “medidas arbitrarias”.

1446. Según el Oxford English Dictionary, las decisiones arbitrarias están basadas en una elección aleatoria o en un capricho personal, y no en la razón¹²⁶⁰. Si una medida es arbitraria, ésta no puede simultáneamente ajustarse a la razón. De ello se desprende que todas las medidas que son arbitrarias son también no razonables – pero no viceversa. El conjunto de medidas no razonables es más amplio que el de medidas arbitrarias.

a. Medidas arbitrarias

1447. ¿Qué significa “arbitrario”?

1448. La arbitrariedad ha sido descrita como “fundamentada en el prejuicio o preferencia antes que en la razón o el hecho”¹²⁶¹; “[...] contraria a derecho porque...impacta, o al menos sorprende, el sentido de la corrección jurídica”¹²⁶²; o “voluntario desacato del debido proceso legal, un acto que impacta, o al menos sorprende, el sentido de la corrección jurídica”¹²⁶³; o conducta que “viola de forma manifiesta los requisitos de consistencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación”¹²⁶⁴.

1449. En *EDF*, el Profesor Schreuer, compareciendo como perito, definió como “arbitrario”:

- “a. una medida que infinge daño al inversionista sin servir ningún propósito legítimo aparente;
- “b. una medida que no está basada en estándares jurídicos, sino en la discreción, el prejuicio o la preferencia personal;
- “c. una medida tomada por razones diferentes de las presentadas por el decisor;
- “d. una medida tomada en voluntario desacato del debido proceso y del procedimiento adecuado”.

¹²⁶⁰ Oxford Learner’s Dictionaries. Disponible en:

https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/arbitrary; véase también, Cambridge English Dictionary. Disponible en: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/arbitrary>

¹²⁶¹ *Occidental*, párr. 162; *Lauder*, párr. 221.

¹²⁶² *ELSI*, párr. 128; *Tecmed*, párr. 154.

¹²⁶³ *ELSI*, párr. 128; *Loewen*, párr. 131.

¹²⁶⁴ *Saluka*, párr. 307.

El Tribunal pareció aceptar dicha definición cuando analizó y, finalmente, rechazó la reclamación de la demandante de que Rumania había tomado medidas no razonables o discriminatorias¹²⁶⁵.

1450. En síntesis, la idea subyacente a la arbitrariedad es que el prejuicio, la preferencia o el sesgo sustituyen el imperio de la ley¹²⁶⁶.

b. Medidas no razonables

1451. Las Partes han discutido si la prohibición del Art. 4(1) del Tratado se extiende no solo a las medidas arbitrarias, sino también a aquellas adoptadas sin un juicio razonado o sin un proceso racional de toma de decisiones.

1452. La propia redacción del Tratado responde esta pregunta. El Tratado no hace referencia a “medidas arbitrarias”. Éste prohíbe el conjunto más amplio de “medidas no razonables”. Tal como ya se concluyó, “medidas no razonables” incluye no solo “medidas arbitrarias” sino también medidas que son irracionales en sí mismas o que resultan de un proceso irracional de toma de decisiones.

1453. En esta cuestión, el Tribunal se adhiere a las conclusiones del tribunal en *LG&E*, cuando éste afirmó que los Estados contratantes (en ese caso Argentina y los Estados Unidos)¹²⁶⁷:

“deseaban prohibirse mutuamente la implementación de medidas que afectasen las inversiones de los nacionales del otro Estado parte y que no fueran producto de procesos racionales de toma de decisión”. [Énfasis agregado]

1454. El tribunal de *LG&E* añadió:

“Ciertamente, un Estado que no motive sus acciones en un juicio razonado y, por el contrario, emplee argumentos abusivos, no ‘estimulará el flujo de capital privado’”¹²⁶⁸.

Umbral alto

1455. La Demandada insiste en que el umbral para probar que una conducta es no razonable debería ser alto.

1456. El Tribunal, por mayoría, tiende a concordar.

¹²⁶⁵ *EDF*, párr. 303.

¹²⁶⁶ *Lemire*, párrs. 262-263.

¹²⁶⁷ Doc. CL-46, párr. 158; *LG&E* aplica un tratado en el que las palabras usadas eran “medidas arbitrarias o discriminatorias”; el razonamiento de *LG&E* es incluso más apropiado para un Tratado como el TBI Colombia-Suiza, el cual se refiere a “medidas no razonables o discriminatorias”.

¹²⁶⁸ *LG&E*, párr. 158. Contrariamente a lo que alega la Demandada, el laudo *LG&E* no establece que una conclusión de medidas no razonables requiera una demostración de conducta que impacte o sorprenda el sentido de la corrección jurídica. *LG&E* menciona este requisito al analizar discriminación – no cuando se refiere medidas no fundadas en un juicio razonado.

1457. Los tribunales arbitrales de inversión no están llamados a resolver apelaciones contra medidas adoptadas por los Estados o sus agencias. Su tarea es establecer si la conducta del Estado frente a los inversionistas extranjeros protegidos está afectada por un prejuicio, una preferencia o un sesgo, o es tan totalmente incompatible con la razón que constituye un acto ilícito internacional.

1458. El Tribunal, por mayoría, también coincide con la República en que satisfacer el estándar es más difícil cuando se trata de revisar medidas regulatorias o de control, dado que los Estados, y en especial las agencias supervisoras, deben gozar de deferencia. Los supervisores frecuentemente deben tomar decisiones en plazos cortos, haciendo evaluaciones complejas de intereses contrapuestos. Los tribunales arbitrales, sentados cómodamente en el futuro, con pleno conocimiento de los sucesos supervinientes, deben considerar las circunstancias individuales de cada decisión y vencer la tentación de usar la retrospección como la base para evaluar la razonabilidad¹²⁶⁹.

B. Daños

1459. Por último, las Demandantes expresan que el Fallo de la Contraloría constituye una medida no razonable porque la determinación de la existencia del daño al Estado está basada en un análisis restringido del primer año del Contrato Minero de largo plazo, apoyándose ilógicamente en el Período de Transición¹²⁷⁰.

1460. La Demandada discrepa: el Período de Transición constituye un período contractual distinto con su propia fórmula económica, y esto justifica el uso de dicho período para el cálculo de daños¹²⁷¹.

1461. El Tribunal resumirá el cálculo de daños de la Contraloría (a), incluyendo el Informe Tovar Silva (b), luego analizará el significado del Período de Transición

¹²⁶⁹ El Árbitro Garibaldi no concuerda con la posición de la mayoría planteada en los párrafos 1456 y 1458. Primero, él no está de acuerdo con la caracterización del estándar de falta de razonabilidad como un estándar alto (ni bajo, ni mediano). Él considera que dichas caracterizaciones son inútiles ante la ausencia de comparadores o de una referencia establecida; éstos son recursos retóricos que hallan el lugar que les corresponde en los argumentos de los abogados, no en la decisión de un tribunal. El deber de un tribunal es aplicar el estándar establecido en el tratado aplicable, independientemente de cuál sea ese estándar y de cómo sea caracterizado. Segundo, el Sr. Garibaldi no concuerda con que “satisfacer el estándar es más difícil cuando se trata de revisar medidas regulatorias o de control, dado que los Estados, y en especial las agencias supervisoras, deben gozar de deferencia” (párrafo 1458). Él no logra encontrar nada en el Tratado ni en el derecho internacional general que le exija a este Tribunal ser deferente de algún modo con las agencias estatales en cuestiones relativas a la aplicación de los estándares del Tratado. Esto no implica afirmar que el Tribunal goza de libertad para imponer su propia concepción de razonabilidad o ignorar las circunstancias a las que hace referencia el párrafo 1458. Éste y cualquier otro estándar del tratado debe ser interpretado y aplicado de buena fe en virtud de las reglas de la CVDT. Pero el proceso de interpretación y aplicación debe ser imparcial, no influenciado por ningún sentido de deferencia hacia una parte en la controversia o preocupación por la otra. ¹²⁷⁰ C I, párr. 202(b); CII, párr. 259(d)(ii).

¹²⁷⁰ C I, párr. 202(b); CII, párr. 259(d)(ii).

¹²⁷¹ R I, párr. 463.

dentro del Contrato Minero (**c**), y por último llegará a sus conclusiones aplicando los estándares del Tratado (**d**)

a. La metodología del Informe Tovar Silva

1462. La metodología para el cálculo de daños en el Fallo de la Contraloría está basada en el Informe Tovar Silva. Este informe fue elaborado en marzo de 2011, es decir, cuatro años antes de la emisión del Fallo de la Contraloría, por una funcionaria subalterna de la Contraloría, la Sra. Johanna Tovar Silva.

1463. El Informe Tovar Silva basó sus conclusiones en el denominado Período de Transición del Otrosí No. 8, que era el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2010¹²⁷². La Sra. Tovar Silva explicó que¹²⁷³:

“Los presentes cálculos fueron efectuados sobre los embarques realizados durante el período de transición pactado por las partes [...] sin perjuicio del cálculo que pueda presentarse con posterioridad al embarque 555-2010 de 03 de noviembre de 2010, toda vez que de acuerdo con las directrices institucionales el daño causado habrá de ser determinable y por extensión cuantificable, situación que en los contratos de trato sucesivo se diluye ante la posibilidad de compensación de cargas contractuales, pero que en el caso objeto de estudio se ha consolidado plenamente como daños por haber vencido el término definido por las partes como ‘período de transición’”. [Énfasis agregado]

1464. El análisis de la Sra. Tovar Silva resalta uno de los principales problemas del análisis de la Contraloría: cómo calcular la existencia y cuantía del daño causado al Estado en un contrato de largo plazo.

1465. Tal como explica la Sra. Tovar Silva, en este tipo de contratos siempre existe la posibilidad de que las pérdidas de un año se compensen con las ganancias de años subsiguientes – haciendo el cálculo más incierto. Para solucionar esta dificultad, la Sra. Tovar Silva decidió centrarse en el “período de transición” de un año previsto en el Otrosí No. 8, el cual, en su opinión, “se ha consolidado plenamente”, y luego calcular el daño como la pérdida de ingresos sufrida por la República en dicho período – ignorando todos los posibles sucesos de los años subsiguientes.

Aclaraciones de la Sra. Tovar Silva

1466. Como consecuencia de la objeción de Prodeco al Informe Tovar Silva, el 29 de octubre de 2012, la Contraloría le solicitó a la Sra. Tovar Silva que diera aclaraciones¹²⁷⁴. Por consiguiente, el 9 de noviembre de 2012, la Sra. Tovar Silva explicó que ella había estudiado el impacto del Otrosí No. 8 en el patrimonio del

¹²⁷² En el informe adicional al Informe Tovar Silva, la Sra. Tovar Silva explica que calculó las Regalías para el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2010, y la Regalía Adicional desde el 7 de noviembre de 2009 hasta el 6 de noviembre de 2010; Doc. C-147, pág. 4.

¹²⁷³ Doc. C-125, pág. 26.

¹²⁷⁴ Doc. C-146.

Estado solo durante el Período de Transición porque éste era el único período para el cual había datos reales¹²⁷⁵. Ésta es su explicación precisa¹²⁷⁶:

“[...] es de aclarar que en el caso de regalías se tomó este período, que coincide con el definido contractualmente como “período de transición” en el numeral 14.3 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 044-89, en razón a que es el período en el que se encontraban materializados los hechos generadores de regalías y contraprestaciones económicas; y a que dentro de la Indagación Preliminar correspondiente al Auto No. 000720 del 19 de octubre de 2010 y a la fecha de elaboración del informe de apoyo técnico se contó únicamente con los soportes de los embarques debidamente efectuados y reportados por C.I. Prodeco a Ingeominas de los cuatro (4) trimestres de 2010 [...]”. [Énfasis agregado, negrita en el original]

b. El Período de Transición

1467. El “período de transición” está definido en la cláusula 3 del Otrosí No. 8. Esta cláusula modificó el procedimiento acordado para el cálculo de las Regalías y ofreció una nueva fórmula.

1468. De conformidad con la nueva fórmula de precios, para cada fecha el Precio de Referencia del Carbón se establece mediante la consideración no solo del Precio FOB de dicha fecha, sino también de los Precios FOB de los 18 meses anteriores, ponderados por las ventas de Prodeco en los períodos correspondientes, en función de coeficientes de ponderación anuales, establecidos *ex ante* (antes del 15 de enero de cada año) por un auditor independiente. El auditor debe ser designado por Ingeominas a finales de octubre de cada año, y las ponderaciones del auditor se aplican durante el año siguiente.

1469. Este nuevo sistema creó una dificultad: cómo determinar el coeficiente de ponderación para el primer año, período que precedía a la designación del auditor independiente.

1470. Para resolver este problema, la Cláusula 3 del Otrosí No. 8 incluye la siguiente subsección:

¹²⁷⁵ Doc. C-147.

¹²⁷⁶ Doc. C-147, pág. 4.

Período de Transición: Toda vez que la aplicación de la fórmula indicada en el presente otrosí, implicaría la utilización de índices anteriores a la fecha de suscripción del mismo, se hace necesario establecer un periodo de transición. Por lo tanto entre la fecha de inicio de vigencia del presente otrosí y el 31 de diciembre de 2010, el cálculo de las regalías de que trata el numeral 14.1 se hará tomando como precio FOB de referencia el resultado de la siguiente fórmula:

$$PdeR_{(m)} = 0.3333 \times ICR_{(m-3)} + 0.3333 \times ICR_{(m-6)} + 0.3334 \times ICR_{(m-9)}$$

El precio así determinado se ajustará al poder calorífico de cada embarque del mes _(m). Para ello se tomará el poder calorífico certificado, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14.5 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato. Dicho precio para el periodo de transición no será objeto de ajuste retroactivo con base en el concepto de la auditoría que se emita en enero de 2011; por lo que el primer ajuste retroactivo al que se refiere este numeral 14.3 se efectuará con base en el concepto de la auditoría que se emita en enero de 2012.

1471. La solución acordada por las partes para resolver la falta de auditor consistió en establecer un periodo de transición durante el primer año del Otrosí No. 8 (es decir, durante el año 2010). Durante este Período de Transición las partes acordaron que:

- los coeficientes de ponderación serían un factor fijo de 0,333; y
- estos coeficientes habrían de aplicarse al Precio FOB aplicable tres, seis y nueve meses antes de cada fecha de determinación.

1472. Una vez el Período de Transición terminara a finales del 2010, se aplicaría el sistema estándar de ponderación, utilizando aquellos determinados *ex ante* por el auditor independiente, quien debía ser designado al final del año 2010.

c. Análisis

1473. Las Demandantes afirman que el cálculo de daños de la Contraloría constituye una medida no razonable o arbitraria en violación al Art. 4(1) del Tratado¹²⁷⁷.

1474. El Tribunal coincide.

1475. La determinación de la existencia y cuantía de los daños realizada por la Contraloría en su Fallo es sesgada, contraria a los principios básicos de razonamiento jurídico y lógica financiera, y es incompatible con el estándar de conducta que Colombia se comprometió a ofrecer a los inversionistas suizos en virtud del Art. 4(1) del Tratado.

1476. El Tribunal es consciente de sus propias conclusiones por mayoría, precisamente respecto de que el estándar para definir la conducta del Estado como no razonable o arbitraria debería ser elevado y de que las agencias regulatorias, en el ejercicio de la misión encomendada a ellas por la ley, deberían gozar de un elevado nivel de deferencia¹²⁷⁸.

¹²⁷⁷ C II, párr. 259(d)(ii).

¹²⁷⁸ El Árbitro Garibaldi discrepa de las conclusiones a las que se hace referencia en este párrafo por los motivos expuestos en la n. 1269.¹²⁷⁹ El Árbitro Garibaldi concuerda con esta conclusión sobre la base de

1477. Pero incluso al aplicar estos umbrales reforzados, la conclusión no cambia. El cálculo de daños es arbitrario y no razonable¹²⁷⁹.

1478. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal ha determinado que los siguientes argumentos son convincentes:

(i) Falta de actualización y mejora del Informe Tovar Silva

1479. Primero, el Fallo de la Contraloría sostiene expresamente que la base para el cálculo de daños es el Informe Tovar Silva – un informe que había sido elaborado cuatro años antes, al inicio de la investigación, y unos pocos meses después de que el Período de Transición terminara. Es difícil entender por qué la Contraloría no actualizó el Informe al integrar y evaluar los datos de mercado y producción que se habían generado desde la primera redacción del Informe.

(ii) Defectos en la metodología

1480. Segundo, la metodología aplicada por el Informe Tovar Silva es de una simpleza sorprendente: la Sra. Tovar Silva simplemente calculó

- (i) las Regalías que Colombia habría percibido durante el Período de Transición aplicando la fórmula acordada con anterioridad al Otrosí No. 8, y
- (ii) aquellas que efectivamente percibió aplicando la fórmula acordada en el Otrosí No. 8.

El cálculo se realizó para los 12 meses del año 2010 (salvo por las Regalías Adicionales, para las cuales el cálculo fue desde noviembre de 2009 hasta noviembre de 2010). La diferencia entre ambos cálculos fue el monto del daño que se determinó que Colombia había sufrido.

Primera explicación

1481. La propia Sra. Tovar Silva era consciente de la debilidad de su metodología. Ella entendía que, en los contratos de largo plazo como el Contrato Minero, que debía correr hasta 2032, resulta inapropiado en términos jurídicos e ilógico en términos financieros sustentar el cálculo de daños exclusivamente en los resultados del primer año del plazo del acuerdo.

1482. Para solucionar este problema, en su informe, la Sra. Tovar Silva ofreció el siguiente razonamiento¹²⁸⁰:

“[...] de acuerdo con las directrices institucionales el daño causado habrá de ser determinable y por extensión cuantificable, situación que en los contratos

que el cálculo de daños es arbitrario y no razonable hasta el punto de impactar, o al menos sorprender, el sentido de la corrección jurídica.

¹²⁷⁹ El Árbitro Garibaldi concuerda con esta conclusión sobre la base de que el cálculo de daños es arbitrario y no razonable hasta el punto de impactar, o al menos sorprender, el sentido de la corrección jurídica.

¹²⁸⁰ Doc. C-125, pág. 26.

de trato sucesivo se diluye ante la posibilidad de compensación de cargas contractuales, pero que en el caso objeto de estudio se ha consolidado plenamente como daños por haber vencido el término definido por las partes como ‘período de transición’”. [Énfasis agregado]

1483. El único argumento expresado por la Sra. Tovar Silva para justificar el uso del “período de transición” de un año fue que:

“[el daño causado] se ha consolidado plenamente como daños por haber vencido el término definido por las partes como ‘periodo de transición’”.

1484. Este argumento es difícil de aceptar. Una vez transcurrido el plazo de un año acordado por las partes, el Período de Transición terminó. Esto es evidente. Lo que permanece sin explicación es por qué este acontecimiento evidente debe producir el efecto de que el daño supuestamente sufrido se “consolid[ó] plenamente” como daños.

Segunda explicación

1485. En noviembre de 2012, la Contraloría solicitó a la Sra. Tovar Silva que presentara un segundo informe, aclarando sus conclusiones iniciales. En este informe suplementario, la Sra. Tovar Silva explicó que ella había analizado el impacto del Otrosí No. 8 en el patrimonio del Estado solo durante el Período de Transición porque ese era el único período para el cual se disponía de datos reales¹²⁸¹. Su explicación precisa es la siguiente¹²⁸²:

“[...] es de aclarar que en el caso de regalías se tomó este período, que coincide con el definido contractualmente como “período de transición” en el numeral 14.3 de la Cláusula Décima Cuarta del Contrato 044-89, en razón a que es el período en el que se encontraban materializados los hechos generadores de regalías y contraprestaciones económicas; y a que dentro de la Indagación Preliminar correspondiente al Auto No. 000720 del 19 de octubre de 2010 y a la fecha de elaboración del informe de apoyo técnico se contó únicamente con los soportes de los embarques debidamente efectuados y reportados por C.I. Prodeco a Ingeominas en los cuatro (4) trimestres de 2010 [...]”. [Énfasis agregado, negrilla en el original]

1486. En otras palabras: la Sra. Tovar Silva utilizó los datos del Período de Transición simplemente porque eran los únicos disponibles cuando emitió su Informe en marzo de 2011.

Opinión del Tribunal

1487. La Sra. Tovar Silva no presentó ningún argumento remotamente persuasivo justificando su posición, es decir, que el período relevante para el cálculo de daños debía limitarse al Período de Transición.

¹²⁸¹ Doc. C-147.

¹²⁸² Doc. C-147, pág. 4.

1488. Dentro de la estructura del Otrosí No. 8, el Período de Transición no representa un período de tiempo con un contenido independiente. Las obligaciones de Prodeco y de Ingeominas durante el Período de Transición son las mismas que las del plazo restante del Contrato. También lo es la metodología para calcular el Precio del Carbón.

1489. La *raison d'être* del Período de Transición es secundaria. El cálculo del Precio de Referencia del Carbón requiere que ciertos coeficientes de ponderación sean verificados *ex ante* por un auditor independiente. Ingeominas no había designado dichos auditores cuando se suscribió el Otrosí No. 8 en enero de 2010. Para solucionar este problema de sincronización, las partes simplemente acordaron considerar tres mediciones trimestrales durante el año 2010 y darle el mismo peso a cada una de ellas.

1490. En síntesis, ni el Informe Tovar Silva, ni el Fallo de la Contraloría, ni el Fallo de Reposición, ni el Fallo de Apelación ofrecen una justificación razonable que explique por qué el Período de Transición de un año, definido en el Otrosí No. 8 para solucionar la demora de Ingeominas en la designación de un auditor independiente, debería tener impacto alguno en la metodología usada para el cálculo de los daños sufridos por Colombia como consecuencia de las acciones de Prodeco.

(iii) Falta de utilización de simulaciones

1491. Tercero, si el daño no debe evaluarse al momento mismo de la terminación de un contrato de largo plazo, la metodología apropiada para establecer daños antes de ese momento debe ser prospectiva y considerar el plazo total de duración del acuerdo.

1492. Esto no implica que el cálculo no puede ser realizado sino hasta la terminación del contrato. También es posible correr una o más simulaciones del desarrollo futuro del contrato de largo plazo, para hacer comparaciones entre diferentes escenarios y descontar los flujos de caja previstos a una fecha común. Esto fue reconocido por Ingeominas en su carta a Prodeco de fecha 12 de junio de 2009, en la cual se comprometió a evaluar los intereses de la Nación medidos en términos de “valor presente neto” del proyecto en su totalidad¹²⁸³.

1493. En el transcurso de la Audiencia, el Tribunal le preguntó específicamente a la Dra. Vargas si la Contraloría había seguido el enfoque de usar simulaciones. Su respuesta fue que los economistas al interior de la Contraloría habían realizado, en efecto, dichas simulaciones y que fueron incluidas en el Proceso de Responsabilidad Fiscal¹²⁸⁴. Si efectivamente se realizaron dichas simulaciones, resulta totalmente incomprensible por qué el Fallo no las tomó en consideración y, en cambio, se conformó con el cálculo profundamente deficiente empleado en el Informe Tovar Silva.

¹²⁸³ Doc. R-110, pág. 1.

¹²⁸⁴ TA, Día 5, pág. 1464, l. 20 – pág. 1465, l. 1.

(iv) Inversión adicional y expansión de la Mina

1494. Cuarto, la metodología para el cálculo de daños empleada en el Fallo de la Contraloría no solo es no razonable; también es sesgada.

1495. Los hechos probados demuestran que, como *quid pro quo* por la reducción de las Regalías, Prodeco asumió la obligación de llevar a cabo inversiones adicionales y expandir la capacidad de la Mina.

1496. Las pruebas son concluyentes:

- El Considerando 6 del Otrosí No. 8 hace referencia al hecho de que su suscripción garantiza “la viabilidad de la expansión del Proyecto minero”;
- El Sr. Nagle, CEO de Prodeco, expresó en su declaración que las inversiones y los niveles de producción proyectados en el PTI 2010 fueron un “acuerdo de compromiso” que “llevó [a Ingeominas y a Prodeco] a acordar [el Otrosí]”¹²⁸⁵;
- La pieza final de evidencia proviene del propio exministro de Minas y Energía Martínez Torres; él confirmó en su declaración ante el Tribunal que, en virtud del Otrosí No. 8, Prodeco se comprometió a aumentar la producción de la Mina por encima de 8 MTA¹²⁸⁶.

1497. El aumento preciso de la inversión no fue formalizado en el Otrosí No. 8, sino en el PTI 2010, un documento cuasicontractual propuesto por Prodeco y aprobado por Ingeominas, el cual incluía todas las cifras relevantes.

1498. Una simple comparación entre el PTI 2006 y el PTI 2010 demuestra la inversión adicional y la expansión prometidas por Prodeco, así como las Regalías adicionales que se esperaba que Ingeominas percibiera¹²⁸⁷:

	PTI 2006	PTI 2010
Producción durante la vida de la Mina	116 MT	254 MT
Inversión durante la vida de la Mina	USD 1.184 M	USD 1.477 M
Regalías durante la vida de la Mina	USD 671 M	USD 1.782 M

¹²⁸⁵ TA, Día 3, (declaración del Sr. Nagle), pág. 882, ll. 13-15.

¹²⁸⁶ TA, Día 4, pág. 1148, l. 22 – pág. 1150, l. 4.

¹²⁸⁷ Doc. C-117, págs. 61, 191 y 200; Doc. C-78, pág. 173. Véanse párrs. 368, 370 y 372 *supra*.

1499. Para ser apropiado, cualquier cálculo de daños debe tener en cuenta la expansión de la Mina asumida por Prodeco a cambio de la reducción de las Regalías y el impacto que dicha expansión tendría en las Regalías percibidas por Ingeominas.

1500. No es apropiado comparar – tal como hizo la Contraloría – las Regalías que Ingeominas percibe por la aplicación del Otrosí No. 8 con aquellas que habría percibido si no se hubiera suscrito el Otrosí No. 8.

1501. La comparación apropiada es entre:

- las Regalías que Prodeco habría pagado, con arreglo al Contrato Minero original (es decir, excluyendo el Otrosí No. 8), suponiendo la producción de carbón derivada del PTI 2006, y
- las Regalías que Prodeco se comprometió a pagar con arreglo al Otrosí No. 8, suponiendo el aumento de la producción previsto en el PTI 2010.

1502. La metodología empleada en el Fallo de la Contraloría ignoró por completo el hecho de que, con arreglo al PTI 2010, Prodeco asumió la obligación de aumentar su inversión y expandir la Mina, resultando en un incremento de la producción de carbón. Cualquier cálculo imparcial y justo del daño sufrido por Colombia no puede ignorar este compromiso –especialmente porque los hechos probados demuestran que Prodeco no solo alcanzó los niveles de inversión prometidos en el PTI 2010, sino que incluso los excedió sustancialmente¹²⁸⁸. Estos niveles de inversión derivaron en un incremento de la cantidad de carbón extraído y eventualmente en el aumento de las Regalías pagadas a Colombia¹²⁸⁹.

1503. En esencia, el Fallo de la Contraloría fue inconsistente en dos aspectos simultáneamente:

- Para calcular las regalías adeudadas, consideró la producción incrementada de carbón resultante de la expansión de la mina;
- Pero ignoró los esfuerzos financieros adoptados por Prodeco precisamente para alcanzar dichos niveles incrementados de producción.

d. Decisión

1504. En síntesis, las Demandantes argumentan que el fallo de la Contraloría, estableciendo que el Otrosí No. 8 le había causado un daño a Colombia, es arbitrario y no razonable. El Tribunal concluye que la metodología en la cual la Contraloría fundó su decisión de determinar los daños supuestamente causados a Colombia con arreglo al Otrosí No. 8 fue, en efecto, arbitraria y no razonable. El nivel de arbitrariedad e irrazonabilidad es elevado y no puede ser protegido por la deferencia

¹²⁸⁸ En la Sección **III.(6).D**, el Tribunal incluye los detalles: Prodeco invirtió USD 885 M en el período 2011-2014, excediendo la inversión prevista en el PTI 2010 en USD 231 M .

¹²⁸⁹ Véase la Sección **III.(6).E** con cifras precisas.

concedida a las agencias del Estado en el ejercicio de las funciones de supervisión que la ley les confiere¹²⁹⁰.

1505. No obstante, el Tribunal recuerda que el estándar a aplicar conforme al Art. 4(1) del Tratado es el de “medidas no razonables”, no el de “medidas arbitrarias”. Por consiguiente, la conclusión de arbitrariedad no tiene en sí misma ningún efecto en virtud del Tratado, excepto en la medida en que, tal como se señaló previamente, la arbitrariedad implica la falta de razonabilidad. Por lo tanto, el Tribunal concluye que Colombia adoptó una medida no razonable que perjudicó la inversión en Colombia de un inversionista suizo protegido, en violación del Art. 4(1) del Tratado.

C. Dolo

1506. Las Demandantes alegan que el Fallo de la Contraloría fue no razonable cuando concluyó que Prodeco actuó intencionalmente para causar un daño al Estado; mientras que la República arguye lo contrario: que, en una decisión bien fundada, la Contraloría concluyó que Prodeco, colaborador del Estado, incurrió en una conducta dolosa y, de este modo, logró reducir la contraprestación adeudada a Ingeominas.

1507. En primer lugar, el Tribunal explorará el concepto de dolo conforme al derecho colombiano (**a**); luego, realizará una síntesis de las conclusiones de la Contraloría respecto del dolo de Prodeco (**b**); y, por último, analizará si la determinación de la existencia de dolo en el Fallo de la Contraloría puede definirse como arbitraria o no razonable (**c**).

a. El concepto de dolo

1508. El Art. 5 de la Ley 610 de 2000 define los requisitos para incurrir en responsabilidad fiscal¹²⁹¹:

“La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado.

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores”.

1509. El primer requisito es el dolo¹²⁹².

¹²⁹⁰ El Árbitro Garibaldi concuerda con las conclusiones a las que se llegó en este párrafo (así como con el análisis en sustento de ellas), pero no, por los motivos expuestos en la n. 1269, con la referencia a “la deferencia concedida a las agencias del Estado”. ¹²⁹¹ Doc. C-71, Art. 5.

¹²⁹¹ Doc. C-71, Art. 5.

¹²⁹² O culpa. No se controvierte en el presente caso que es posible que Prodeco haya incurrido en culpa.

1510. Debido a que la Ley 610 no contiene una definición independiente de dolo, el significado de dicho concepto debe buscarse en los principios generales del derecho¹²⁹³. El Art. 63 del Código Civil define el dolo de la siguiente manera¹²⁹⁴:

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

1511. Esta noción de dolo, consagrada en el Código Civil, ha sido adoptada formalmente por la Contraloría (y el Consejo de Estado cuando revisó dichos fallos¹²⁹⁵); no obstante, en los fallos relativos a la responsabilidad fiscal, la interpretación ofrecida por la Contraloría ha sido extensiva y ha tendido a vincular el dolo con los deberes fiduciarios del contratista respecto del Estado (nublando la distinción entre dolo y culpa, el requisito alternativo para la existencia de responsabilidad fiscal).

1512. En su caso principal, el Fallo 015, la Contraloría siguió este enfoque, haciendo hincapié en el deber del contratista de defender la función social del contrato público¹²⁹⁶:

“Pregunta [el Sr. Cabrera] dónde está la mala fe, se le responde que es precisamente en esa actitud mezquina y de desapego en donde está la mala fe, en donde está el dolo, su mala intención de aprovecharse de unas circunstancias erradas para sacar mayor provecho y mayor lucro del que las reglas del mercado en ese momento le estaban ofreciendo.

Es precisamente su conducta dolosa, su engaño, de aprovecharse de las condiciones ofrecidas por la Cámara de Representantes para contratar, de transgredir su función social que como contratista del Estado le obligaba a cumplir, que se le endilga y se le impone responsabilidad fiscal”. [Enfasis agregado]

1513. El Sr. Cabrera, el particular que había contratado con la administración pública, había entregado papel al precio ofrecido por la Cámara de los Diputados, pero la Contraloría concluyó que había actuado con dolo, en tanto debería haber tenido conocimiento de que el precio era excesivo y, por el hecho de no denunciar dicha situación, había incumplido la “función social” que debía respetar en calidad de contratista del Estado.

b. La determinación de la existencia de dolo por parte de la Contraloría

(i) El Fallo de la Contraloría

1514. El Fallo de la Contraloría fue emitido en el mes de abril de 2015 y confirmaba que Prodeco había incurrido en responsabilidad fiscal con base en la noción de dolo.

¹²⁹³ RPHB, párr. 59, que cita la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C 619/02 (Doc. R-198).

¹²⁹⁴ Doc. CL-172, pág. 38

¹²⁹⁵ RPHB, págs. 61-62, que citan diversos fallos en respaldo de ello.

¹²⁹⁶ Doc. RL-208, pág. 50.

1515. El punto de partida del análisis de la Contraloría radicaba en que Prodeco había permitido de manera intencional el daño a los intereses patrimoniales del Estado, con el propósito de obtener mayores beneficios y, de este modo había actuado con dolo¹²⁹⁷. Si bien la Contraloría reconoció que cualquier contratista privado tenía el derecho de recibir beneficios por su actividad económica, concluyó que era inapropiado que el contratista procurara obtener mayores beneficios en detrimento de los intereses del Estado¹²⁹⁸.

1516. Asimismo, la Contraloría determinó que Prodeco había llevado a cabo una serie de maniobras para abonar una contraprestación menor al Estado¹²⁹⁹, en particular¹³⁰⁰:

“El grado de culpabilidad que se le ha endilgado a PRODECO no se basa en la intención legítima de impedir o detener pérdidas, ni en la obtención de mayores ingresos, circunstancias que por sí solas no constituyen irregularidad alguna, como bien lo ha dicho el apoderado. Se fundamenta en la serie de maniobras desplegadas por PRODECO que se materializan, en cómo rechazadas sus propuestas por INGEMINAS, planteaba diferentes escenarios, cómo [sic] pasó entre otros, de desequilibrio económico contractual, desacuerdo en la interpretación de cláusulas contractuales, falta de competitividad en el mercado aduciendo entonces desigualdad con otras empresas explotadoras de carbón en Colombia, hasta expansión, pero con ésta disminuyendo el porcentaje de regalías a favor del Estado con el argumento de que entre mayor producción mayores ingresos a favor del mismo. En este último escenario se sostiene que tal disminución se compensará más adelante, sin que se hubiese determinado de antemano forma y término para ello, salvo enunciados abstractos y genéricos”. [Énfasis agregado]

1517. La Contraloría agregó que Prodeco era “colaborador” de Ingeominas¹³⁰¹:

“Pasa por alto el señor apoderado que PRODECO tiene una relación contractual *sui generis*, producto del contrato estatal suscrito mediante el cual se busca el cumplimiento de los fines del Estado, vínculo jurídico en el que está involucrado el interés general, y por tal razón, adquirió la calidad o condición de ‘colaborador’ en el cumplimiento de tales fines”.

1518. La Contraloría concluyó que Prodeco había incurrido, en efecto, en dolo y justificó su decisión con el siguiente argumento¹³⁰²:

“Así las cosas, como se puede deducir de las pruebas, PRODECO desarrolló una serie de maniobras con el fin de obtener la disminución de las contraprestaciones económicas, maniobras de las cuales se desprende, entre otras circunstancias, que esta firma quería obtener el resultado sin parar en mientes en que podría ocasionarle una [sic] daño a los intereses patrimoniales del Estado. Significa esto, que su interés primordial era obtener su propio beneficio, para lo cual desatendió en grado sumo su condición de colaborador

¹²⁹⁷ Doc. C-32, pág. 109.

¹²⁹⁸ Doc. C-32, págs. 85, 93 y 106.

¹²⁹⁹ Doc. C-32, pág. 106.

¹³⁰⁰ Doc. C-32, pág. 85.

¹³⁰¹ Doc. C-32, pág. 87.

¹³⁰² Doc. C-32, pág. 106.

en la consecución de los fines estatales y teniendo al otro contratante (INGEOMINAS) como un particular, por lo que su conducta se califica de manera definitiva a título de DOL0”. [Énfasis agregado]

(ii) Fallo de Reposición

1519. En el mes de julio de 2015, la Contralora Delegada rechazó el recurso de reposición de Prodeco¹³⁰³.

1520. El Fallo de Reposición insistía en que Prodeco era un colaborador de la administración pública y en que la relación contractual con el Estado implicaba un nivel elevado responsabilidad para Prodeco¹³⁰⁴.

1521. Por último, en una subsección extensa, el Fallo de Reposición ofreció una explicación adicional de los motivos que derivaron en la conclusión de la Contraloría de que Prodeco había actuado con dolo¹³⁰⁵.

1522. En primer lugar, el Fallo de Reposición detalla las maniobras que dieron origen al dolo¹³⁰⁶:

- Primero, la fabricación de diferencias interpretativas y el hecho de obligar a Ingeominas sentarse a la mesa de negociación;
- Segundo, la presentación de alternativas sucesivas, una vez que la alternativa previa hubiera sido rechazada por Ingeominas;
- Tercero, la presentación de alternativas diferentes, todas las cuales implicaban la reducción de los ingresos del Estado.

1523. La conclusión es la siguiente¹³⁰⁷:

“Ahora, ¿en qué consiste el dolo entonces en este caso? Tanto PRODECO como algunos funcionarios de INGEOMINAS estaban tan conscientes que una disminución en las regalías ya pactadas en el contrato era lesivo [sic] a los intereses patrimoniales del Estado, que tuvieron que acudir a un argumento como un mayor volumen de explotación cuando ni siquiera se había alcanzado el volumen acordado en el contrato inicial. Tal propuesta necesariamente tendría que parecer razonable en la medida que para la mayor explotación se requeriría, según los argumentos de los implicados una mayor inversión. Pero es de advertir que tampoco esa mayor producción ni la inversión se dio en el periodo de transición tal como se soportó en fallo”. [Énfasis agregado]

1524. Así, el Fallo de Reposición ofrece un razonamiento diferente para sustentar su determinación de la existencia de dolo: Prodeco e Ingeominas tenían conocimiento de que la reducción de las Regalías perjudicaría los intereses del Estado. En

¹³⁰³ Doc. C-35.

¹³⁰⁴ Doc. C-35, pág. 54.

¹³⁰⁵ Doc. C-35, págs. 58-70.

¹³⁰⁶ Doc. C-35, pág. 60.

¹³⁰⁷ Doc. C-35, pág. 61.

consecuencia, Prodeco e Ingeominas tuvieron que recurrir al argumento de una producción mayor cuando se hubiera alcanzado el volumen acordado en el Contrato inicial. No obstante, esta producción e inversión mayor no se materializaron durante el Período de Transición.

(iii) Fallo de Apelación

1525. En el mes de agosto de 2015, el Contralor General de la República emitió el Fallo de Apelación en el recurso de apelación, mediante el cual confirmó el Fallo de la Contraloría¹³⁰⁸.

1526. Respecto de la cuestión de dolo, el Contralor General observó lo siguiente:

1527. En primer lugar, Prodeco, al firmar un contrato con la administración pública, se convirtió en su colaborador y se involucró en una relación especial¹³⁰⁹.

1528. En segundo lugar, Prodeco no se adhirió a este elevado nivel de responsabilidad. Impuso su deseo de obtener ganancias por encima de los intereses colectivos de la sociedad y se aprovechó de la fragilidad institucional de Ingeominas¹³¹⁰.

1529. En tercer lugar, la caracterización de la conducta de Prodeco como dolosa en el Fallo de la Contraloría fue correcta¹³¹¹. Hubo dos motivos fundamentales por los que se puede determinar que Prodeco actuó con dolo:

- Sus acciones revelan “una intención de incrementar ilegítimamente sus ganancias derivadas del negocio, sin hacer un mínimo esfuerzo por armonizarlas con los intereses estatales, obligación que se deriva de su condición de colaborador de la administración”;
- Además, el dolo se deriva del hecho de que Prodeco recurrió al argumento de que aumentaría sus inversiones y el volumen del carbón extraído, pero dichos aumentos no se materializaron durante el Período de Transición (es decir, durante el año 2010)¹³¹².

c. Análisis

1530. La cuestión planteada ante el Tribunal radica en si la conclusión de la Contraloría de que Prodeco actuó con dolo constituye una “medida no razonable” que perjudica el uso y disfrute de la inversión por parte de las Demandantes y vulnera el Art. 4(1) del Tratado.

¹³⁰⁸ Doc. C-37.

¹³⁰⁹ Doc. C-37, pág. 61.

¹³¹⁰ Doc. C-37, pág. 62.

¹³¹¹ Doc. C-37, págs. 62-64.

¹³¹² Doc. C-37, págs. 63-64.

1531. El Art. 63 del Código Civil proporciona la definición general de dolo conforme al derecho colombiano – definición que es relevante también a los efectos de la determinación de la responsabilidad fiscal¹³¹³:

“El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

1532. Por tanto, el dolo está íntimamente relacionado con la intención del actor de causar un daño o perjuicio a la contraparte o a sus bienes.

Proceso de Responsabilidad Fiscal

1533. En los diversos fallos adoptados en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal, la Contraloría desarrolló tres líneas de razonamiento independientes en sustento de su determinación de la existencia de dolo; todas ellas basadas en la supuesta intención de Prodeco de reducir sus pagos de Regalías, lo que, por ende, causó un daño a la República:

- En el Auto de Imputación, la Contraloría concluye que Prodeco había actuado “a sabiendas de que con esta modificación se disminuirían los ingresos” del Estado¹³¹⁴; el Fallo de la Contraloría adoptó el mismo argumento y agregó que, en calidad de colaborador del Estado, Prodeco tenía un elevado nivel de responsabilidad en evitar daños al Estado¹³¹⁵;
- Asimismo, el Fallo sostuvo que Prodeco había llevado a cabo “una serie de maniobras” para obtener la reducción de las Regalías y maximizar sus propias ganancias¹³¹⁶;
- El Fallo de Reposición reiteró y desarrolló más a fondo el argumento de que Prodeco había llevado a cabo maniobras con la intención de causar un daño a los intereses patrimoniales del Estado¹³¹⁷, pero luego le dio un giro al argumento: el dolo consistió en que Prodeco había prometido un aumento en la producción y la inversión, pero dicho aumento no se había materializado durante el Período de Transición¹³¹⁸.

1534. Las tres líneas de razonamiento desarrolladas por la Contraloría exigen, como condición para la existencia de dolo, que Prodeco haya procurado causar un daño a la República mediante la reducción del pago de Regalías. La postura de la Contraloría refleja lo dispuesto en el Art. 63 del Código Civil, el cual define el concepto de dolo por referencia a la intención de causar un daño o perjuicio a una persona o a sus bienes.

¹³¹³ Doc. CL-172, pág. 38

¹³¹⁴ Doc. C-24, pág. 186.

¹³¹⁵ Doc. C-32, pág. 109.

¹³¹⁶ Doc. C-32, pág. 85.

¹³¹⁷ Doc. C-35, pág. 60.

¹³¹⁸ Doc. C-35, pág. 61.

1535. En la sección precedente, el Tribunal ya ha establecido que, respecto de la determinación de los daños, el Fallo de la Contraloría constituyó una medida no razonable, en violación al Art. 4(1) del Tratado. Por tanto, la Contraloría no pudo demostrar que la suscripción del Otrosí No. 8 haya causado un daño a Colombia.

1536. El Tribunal debe decidir a continuación si la conclusión de la Contraloría de que Prodeco actuó con dolo implicó también una medida no razonable contraria al Art. 4(1) del Tratado.

1537. En el presente caso, no hay certeza de que la conducta de Prodeco haya causado algún daño a la República. Dado que no se ha podido establecer válidamente la presencia de daño, la cuestión de si Prodeco actuó con dolo, es decir, con la intención de causar un daño a la República y, si al determinar que ello fue así la Contraloría procedió de forma no razonable es académica. Dicha cuestión solamente será relevante si y cuando la Contraloría determine de manera apropiada que el Otrosí No. 8 efectivamente fue perjudicial para los intereses de la República.

D. Expectativas legítimas respecto de la aplicación no arbitraria y razonable del Régimen de Control Fiscal

1538. *Pro memoria*: las Demandantes alegan que:

- tenían expectativas legítimas de que el régimen de control fiscal, si se aplicaba a Prodeco, se aplicaría de forma justa, es decir, la Contraloría no procedería de forma abusiva, impropia o no razonable al momento de aplicar los criterios de responsabilidad de dicho régimen, y
- la Contraloría frustró dichas expectativas, en violación del Art. 4(2) del Tratado.

El Tribunal pospuso la evaluación de esta reclamación porque la cuestión versa sobre consideraciones que coinciden en gran medida con aquellas que fueran analizadas de mejor manera respecto de la reclamación fundada en las medidas no razonables.

1539. El Tribunal ha concluido que la Contraloría aplicó una metodología no razonable para determinar los daños que el Otrosí No. 8 supuestamente causó a Colombia y, en consecuencia, la Demandada adoptó una medida no razonable que perjudicó la inversión de las Demandantes, en violación del Art. 4(1) del Tratado. A la luz de esta conclusión, el análisis de la reclamación restante de las Demandantes de incumplimiento del Art. 4(2) puede ser breve.

1540. El Tribunal considera que, si bien las Demandantes no tenían expectativas legítimas de que el régimen de responsabilidad fiscal no fuera aplicable a Prodeco, efectivamente tenían la expectativa legítima de que el régimen, de aplicarse en absoluto, se aplicaría de forma razonable. Debido a que la conclusión de la Contraloría respecto del daño causado por Prodeco al Estado no fue razonable, las expectativas legítimas de las Demandantes se vieron frustradas. Por lo tanto, en este aspecto, las acciones de la Contraloría vulneraron también el estándar de TJE contemplado en el Art. 4(2) del Tratado.

(3) LA SUPUESTA RESPONSABILIDAD DE COLOMBIA EMERGENTE DE LA CONDUCTA DE SGC/ANM

1541. Las Demandantes alegan que, independientemente de su reclamación basada en la conducta de la Contraloría, Colombia incurrió en responsabilidad como consecuencia de la conducta de SGC/ANM. La conducta de SGC/ANM que supuestamente dio lugar a dicha responsabilidad fue dar inicio al Proceso de Nulidad Contractual ante los tribunales colombianos:

- En primer lugar, las Demandantes sostienen que la conducta de SGC/ANM vulneró sus expectativas legítimas: dicha conducta contradijo directamente la declaración explícita de Ingeominas en el Otrosí No. 8, indicando que dicho Otrosí era en interés del Estado¹³¹⁹;
- En segundo lugar, las Demandantes arguyen también que SGC/ANM ha procedido de forma inconsistente, arbitraria, impredecible y no transparente, porque el Otrosí No. 8 indujo a Prodeco a realizar inversiones y expandir la Mina, y, ahora, la Agencia Minera reniega de los compromisos asumidos en virtud de dicho Otrosí¹³²⁰.

1542. La Demandada responde que el inicio del Proceso de Nulidad Contractual supone un recurso legal ordinario ante los tribunales estatales, que no puede ser contrario a las expectativas legítimas de las Demandantes. En ausencia de una denegación de justicia, que las Demandantes no reclaman, someter un contrato a los tribunales a efectos de obtener una declaración de nulidad no constituye un incumplimiento del estándar de TJE¹³²¹.

Hechos

1543. En virtud de la cláusula 39, el Contrato Minero está sujeto al derecho colombiano y a la jurisdicción de los tribunales colombianos¹³²². Los tribunales colombianos tienen entonces la facultad de dirimir todas las diferencias que surjan con respecto al Contrato Minero – con inclusión de cualquier diferencia relativa a la validez del Contrato o de sus Otrosíes.

1544. El 30 de marzo de 2012, tras una solicitud de conciliación obligatoria que no prosperó, el SGC inició el Proceso de Nulidad Contractual ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, invocando la cláusula 39 del Contrato Minero. El SGC solicitó al tribunal que declarase la nulidad del Otrosí No. 8, arguyendo que el Otrosí en cuestión perjudicaba el interés general del Estado: el Otrosí se había suscrito sobre la base del supuesto de que generaría beneficios para el Estado, pero este escenario no se había materializado¹³²³.

¹³¹⁹ C I, párrs. 196-198; C II, párr. 270(a); TA, Día 1, pág. 175, l. 15 – pág. 176, l. 8.

¹³²⁰ C II, párr. 270(b) y (c).

¹³²¹ R II, párrs. 632-633, que hacen referencia a *Azinian*, párr. 100, y a *Alghanim & Sons*, párr. 350.

¹³²² Doc. C-2, cláusula 39, pág. 38.

¹³²³ Doc. C-140, págs. 3, y 34-35.

1545. En subsidio, el SGC solicitó al Tribunal Administrativo que revisara el Otrosí No. 8, “de tal manera que se preserve el interés general, recuperando y manteniendo a un futuro el equilibrio de la ecuación financiera del Contrato 044/89, perdido con el desarrollo del Otrosí No. 8”.

1546. No se controvierte que, en el Proceso de Nulidad Contractual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no ha emitido una decisión sobre el fondo del caso¹³²⁴.

Análisis

1547. El Tribunal concluye en favor de la Demandada: iniciar el Proceso de Nulidad Contractual no constituye una violación del Art. 4 del Tratado.

1548. Las Demandantes expresan que se han incumplido sus expectativas legítimas (A), y que la conducta de SGC/ANM fue no razonable (B). El Tribunal considera que estos argumentos carecen de fundamento.

A. Expectativas legítimas

1549. La conducta imputada a SGC/ANM consiste simplemente en el inicio del Proceso de Nulidad Contractual, acción interpuesta ante los tribunales locales con competencia para resolver las controversias que surjan del Contrato Minero. SGC/ANM tiene derecho a proceder en tal sentido conforme a la cláusula 39 del Contrato.

1550. En opinión del Tribunal, la conducta de SGC/ANM no vulnera las expectativas legítimas de las Demandantes: Colombia nunca formuló declaraciones ni ofreció garantías a las Demandantes de que su Agencia Minera se abstendría de hacer valer los derechos que le correspondieran con arreglo al Contrato o al derecho colombiano.

1551. Es cierto que Ingeominas suscribió, inscribió y cumplió inicialmente el Otrosí No. 8, mientras que sus organizaciones sucesoras solicitan ahora la declaración de nulidad del Otrosí ante los tribunales colombianos. Es cierto también que, en el Considerando 6, Ingeominas declaró que “con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado”.

1552. Sin embargo, la suscripción de un contrato, incluso si dicho contrato incluye una declaración de que es válido y vinculante, no crea expectativas legítimas respecto de que, si posteriormente una de las partes descubre que existía o ha surgido una supuesta causal de anulación, dicha parte se abstendrá de plantear una controversia ante el foro pertinente. Una interpretación en contrario conllevaría la conclusión general insostenible de que las acciones solicitando la anulación de un contrato se

¹³²⁴ C I, párr. 143; Compass Lexecon I, párr. 58; R I, párr. 261; R II, párr. 383; TA, Día 1, pág. 166, ll. 19-20.

encuentran prohibidas porque dichas acciones incumplirían las expectativas legítimas de la contraparte.

B. Arbitrariedad o irrazonabilidad

1553. Asimismo, las Demandantes alegan que la conducta de SGC/ANM fue arbitraria y no razonable.

1554. El Tribunal no comparte esta opinión.

1555. En virtud del Contrato Minero, SGC/ANM está obligado a someter las controversias a la jurisdicción de los tribunales colombianos. Es un hecho que ha surgido una controversia: SGC/ANM considera ahora que el Contrato Minero suscrito por Ingeominas es nulo (o, en subsidio, que debe ser revisado). En tal caso, la conducta adecuada, de conformidad con las propias disposiciones del Contrato, consiste en someter el caso para su resolución en el foro acordado. Eso es precisamente lo que hizo SGC/ANM – ya que tenía el derecho y la obligación de hacerlo con arreglo al Contrato Minero.

1556. Hay un segundo argumento. Los tribunales colombianos todavía no se han pronunciado sobre el fondo en el marco del Proceso de Nulidad Contractual. Por consiguiente, no puede haber ningún argumento respecto de que las Demandantes ya hayan sufrido una denegación de justicia – y las Demandantes reconocen que no se plantea ninguna reclamación por denegación de justicia en este procedimiento¹³²⁵.

1557. La Demandada afirma que, en ausencia de una acción equivalente a la denegación de justicia, no se incumple el TJE por someter un contrato a un proceso de nulidad ante el tribunal pertinente¹³²⁶. El Tribunal coincide: el mero inicio del Proceso de Nulidad Contractual por parte de SGC/ANM no puede dar lugar a una violación del Art. 4 del Tratado.

1558. Es importante señalar que la conducta de SGC/ANM, de la cual las Demandantes se quejan, consiste solamente en la presentación de una demanda de nulidad respecto del Otrosí No. 8 ante el tribunal colombiano competente. Puesto que el sistema judicial colombiano no ha emitido una decisión al respecto, las Demandantes no pueden plantear (y de hecho no plantean) una reclamación por incumplimiento del estándar de TJE en forma de denegación de justicia. Y puesto que el Otrosí No. 8 no se ha anulado, sino que permanece en plena vigencia, las Demandantes no han sufrido daño alguno atribuible a las acciones del sistema judicial colombiano o a la presentación de la demanda de nulidad por SGC/ANM.

¹³²⁵ C II, párr. 225.

¹³²⁶ R II, párr. 633, que invoca *Azinian*, párr. 100, y *Alghanim & Sons*, párr. 350.

VII. REPARACIÓN

1559. En la presente sección, el Tribunal debe establecer la reparación a la cual tienen derecho las Demandantes para compensar los efectos del ilícito internacional cometido por Colombia sobre la inversión de las Demandantes. El Tribunal, en primer lugar, realizará una breve síntesis de las posiciones de las Partes ((1) y (2)) y, luego, decidirá la cuestión (3).

(1) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

1560. Las Demandantes reclaman, en calidad de restitución, que se le ordene a la Demandada¹³²⁷:

- que le devuelva a Prodeco del Monto de Responsabilidad Fiscal, y
- cualquier otra suma que Colombia le haya ordenado pagar a Prodeco, hasta la fecha del Laudo, mediante Regalías o CIB calculadas sobre la base de que el Otrosí No. 8 no debería aplicarse,

1561. Ellas también reclaman, como compensación, que los pagos antes mencionados sean:

- ajustados desde la fecha de pago hasta la fecha del Laudo a una tasa anual del 9,69%, capitalizada semestralmente.

(2) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1562. La Demandada señala que hay tres motivos por los cuales no se puede compensar a las Demandantes por el Monto de Responsabilidad Fiscal abonado:

- En primer lugar, porque las Demandantes y sus asesores legales han expresado su total confianza en la revocación del Fallo de la Contraloría y en el completo reembolso a Prodeco del importe abonado; ello fue expresado en los estados financieros de Prodeco correspondientes al año 2015¹³²⁸;
- En segundo lugar, incluso si el recurso judicial en contra del Fallo de la Contraloría no prosperara, Prodeco podría recuperar los importes abonados de los funcionarios de gobierno a quienes la Contraloría les atribuyó responsabilidad solidaria; no haberlo hecho es contrario al deber de Prodeco de mitigar daños¹³²⁹;

¹³²⁷ C I, párr. 310(f); C II, párr. 374(f).

¹³²⁸ R I, párr. 563; R II, párr. 854.

¹³²⁹ R I, párr. 567; R II, párr. 858.

- En tercer lugar, Prodeco podría haber solicitado la suspensión de los efectos del Fallo de la Contraloría, lo cual le habría permitido demorar el pago hasta que se emitiera una decisión en el marco del Proceso de Nulidad Contractual¹³³⁰.

1563. Por último, la Demandada arguye que cualquier recuperación por parte de las Demandantes debe ser reducida de forma significativa para reflejar la contribución de las Demandantes a sus propias pérdidas. La conducta de las Demandantes contribuyó sustancialmente a las pérdidas, proporcionando información engañosa a Ingeominas, influyendo al Director Ballesteros de Ingeominas e incumpliendo procesos obligatorios para la modificación de Contratos de Gran Minería¹³³¹.

(3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

1564. El Tribunal ha arribado a la conclusión de que la Contraloría aplicó una metodología no razonable y arbitraria para determinar los daños que supuestamente sufrió Colombia debido a la suscripción del Otrosí No. 8. Esta conducta de la Contraloría es atribuible a la República de Colombia e implica la violación de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado¹³³².

1565. El Tribunal debe determinar ahora la reparación adecuada para la pérdida de las Demandantes.

A. El estándar de reparación íntegra

1566. El estándar jurídico que el Tribunal debe aplicar no es materia de controversia entre las Partes: se trata del principio de reparación íntegra del daño causado, establecido firmemente en la jurisprudencia desde la decisión seminal de la CPJI en *Fábrica de Chorzów*¹³³³. La CPJI sostuvo que la reparación íntegra constituye un principio esencial y consistente del derecho internacional consuetudinario y debería aplicarse incluso en ausencia de cualquier disposición específica que establezca una obligación de indemnización en el tratado subyacente a la controversia¹³³⁴.

“Constituye un principio del derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de dar reparación en la forma adecuada. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable de la no aplicación de una convención y no es necesario la propia convención lo exprese”.

1567. El principio de reparación íntegra, tal como fuera adoptado por el fallo en *Fábrica de Chorzów*, fue posteriormente codificado en el Proyecto de Artículos de la

¹³³⁰ R I, párr. 568.

¹³³¹ R I, párrs. 700-710.

¹³³² Véase párr. VI.3.(2.2).B.d supra.

¹³³³ Caso relativo a la Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia), CPJI, Reclamación de Indemnización (Jurisdicción), 26 de julio de 1927, Serie A, No. 9 (1927), Doc. CL-80.

¹³³⁴ Fábrica de Chorzów (como se cita en el Art. 31 de los Artículos de la CDI, Doc. CL-24).

Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos [“**Artículos de la CDI**”]¹³³⁵.

1568. El Art. 11(1) del Tratado faculta al inversionista a reclamar por incumplimientos del Tratado si dichos incumplimientos causan “algún daño o pérdida a él o a su inversión”. Sin embargo, el único estándar de compensación establecido de forma expresa en el Tratado es el correspondiente a la expropiación lícita (Art. 6). El Tratado no prevé ninguna fórmula de compensación para incumplimientos no expropiatorios del Tratado. Esta brecha debe subsanarse con la aplicación del derecho internacional consuetudinario y, en la medida de lo posible, extendiendo por analogía ciertas normas que el Tratado establece en materia de expropiación a otras vulneraciones.

1569. Las normas del derecho internacional consuetudinario en materia de reparación por incumplimientos del derecho internacional están expuestas en los Artículos de la CDI¹³³⁶.

1570. El Art. 31 de los Artículos de la CDI establece el principio de que el perjuicio causado por los actos internacionalmente ilícitos debe dar lugar a una reparación íntegra¹³³⁷:

- “1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el acto internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el acto internacionalmente ilícito del Estado”.

1571. Este principio de reparación íntegra ha sido aplicado de manera consistente por los tribunales de inversión – incluso en casos por incumplimientos no expropiatorios¹³³⁸.

Restitución

1572. De conformidad con el Art. 35 de los Artículos de la CDI, la restitución – a diferencia de la compensación - es la primera de las formas de reparación disponibles para la parte perjudicada por un acto internacionalmente ilícito. Incluye el restablecimiento, en la medida de lo posible, de la situación que existía antes de la comisión del acto internacionalmente ilícito:

“El Estado responsable de un acto internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del acto ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;

¹³³⁵ Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con Comentarios (2001), Doc. CL-24.

¹³³⁶ Doc. CL-24.

¹³³⁷ Doc. CL-24, Art. 31.

¹³³⁸ *Azurix*, párrs. 421-422; *S.D. Myers*, párrs. 303-319; *MTD*, párr. 238; y *Feldman*, párr. 197.

b) No entraña una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la compensación”.

B. Análisis

1573. La reclamación principal de las Demandantes es directa: las Demandantes solicitan que, en calidad de restitución, Colombia le reembolse a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal, que es el único importe que Prodeco abonó a la Contraloría.

1574. El Tribunal está de acuerdo.

1575. El incumplimiento del tratado por parte de la Demandada – el cálculo ilícito de la Contraloría respecto del daño causado por la suscripción del Otrosí No. 8 – derivó en el pago del Monto de Responsabilidad Fiscal de Prodeco a la Contraloría el 19 de enero de 2016. En consecuencia, a efectos de restablecer la situación que existía antes de la vulneración del Tratado por parte de Colombia, la República tiene la obligación de reembolsar a Prodeco el importe cobrado de forma inapropiada.

1576. El Tribunal observa que, en el presente caso, la restitución no es materialmente imposible ni tampoco impone una carga desproporcionada a la parte incumplidora – los dos factores que excluyen la posibilidad de restitución conforme al Art. 34 de los Artículos de la CDI.

1577. En algunos casos, para garantizar la reparación íntegra, la restitución debe completarse con una compensación. El Art. 36 de los Artículos de la CDI brinda orientación adicional¹³³⁹:

“1. El Estado responsable de un acto internacionalmente ilícito está obligado a compensar el daño causado por ese acto en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.

2. La compensación cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea establecido”.

1578. Esta norma es relevante en este caso dado que el Tribunal debe complementar la restitución con compensación en la forma de intereses a efectos de conseguir una reparación íntegra. El daño probado de las Demandantes que resulta del incumplimiento del Tratado por parte de Colombia se limita al pago del Monto de Responsabilidad Fiscal (y el pago de intereses – cuestión que se analiza en la Sección **VIII infra**).

C. Argumentos en contrario de la Demandada

1579. La Demandada alega que hay tres motivos por los cuales no se debería otorgar a las Demandantes el Monto de Responsabilidad Fiscal:

¹³³⁹ Doc. CL-24, Art. 36.

- Las Demandantes confían en que el Proceso de Nulidad será exitoso y, en consecuencia, el Fallo de la Contraloría será revocado y se reembolsará a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal¹³⁴⁰;
- Prodeco puede recuperar el Monto de Responsabilidad Fiscal de los funcionarios de gobierno a quienes la Contraloría les atribuyera responsabilidad solidaria¹³⁴¹; y
- Las Demandantes podrían haber solicitado la suspensión de los efectos del Fallo de la Contraloría, lo cual les habría permitido a las Demandantes demorar el pago hasta que se emitiera una decisión en el marco del Proceso de Nulidad Contractual, pero decidieron no hacerlo¹³⁴².

1580. Los argumentos en contrario de la Demandada carecen de fundamento.

1581. En primer lugar, es irrelevante si las Demandantes confían en que el Proceso de Nulidad será exitoso y en que la Contraloría reembolsará el Monto de Responsabilidad Fiscal. Colombia ha cometido un hecho ilícito internacional, y las Demandantes tienen derecho a la reparación íntegra. El hipotético resultado futuro del Proceso de Nulidad no afecta *hic et nunc* el derecho de las Demandantes a obtener compensación por el daño existente.

1582. En segundo lugar, el segundo argumento de Colombia también carece de fundamento. Es posible que Prodeco tenga o no tenga derecho, con arreglo al derecho colombiano, a reclamar en contra de los servidores públicos que fueron declarados culpables en el Proceso de Responsabilidad Fiscal¹³⁴³. Pero este derecho, incluso si existiera, no facultaría a Colombia a evadir la responsabilidad por sus propios incumplimientos del Tratado. Sobre la base de una demanda que ha sido considerada inconsistente con las obligaciones internacionales de Colombia, Prodeco abonó a la Contraloría los supuestos daños; la consecuencia jurídica conforme al derecho internacional es que las Demandantes tienen derecho a la restitución de dicho daños por parte de Colombia, independientemente de si Prodeco tiene la posibilidad de accionar, con arreglo al derecho colombiano, en contra de los demás servidores públicos, a quienes, incidentalmente, no se les puede considerar responsables por los actos ilícitos de Colombia en virtud del Tratado.

1583. En tercer lugar, Prodeco adoptó la decisión de pagar el Monto de Responsabilidad Fiscal en enero de 2016 bajo reserva y a los fines de evitar la resolución del Contrato Minero¹³⁴⁴.

¹³⁴⁰ R I, párrs. 563-566.

¹³⁴¹ R I, párr. 567.

¹³⁴² R I, párrs. 568-569.

¹³⁴³ El derecho es dudoso: las Demandantes incorporaron inicialmente al Sr. Ballesteros, al Sr. Martínez, al Sr. Ceballos y a la Sra. Aristizábal como posibles codemandados en su demanda de nulidad presentada ante los tribunales colombianos en marzo de 2016. Sin embargo, el Tribunal se negó a admitir la solicitud de Prodeco a menos que excluyera a dichas partes (véanse Doc. R-2, pág. 7 y Doc. C-273, pág. 7).

¹³⁴⁴ Doc. C-180, pág. 3.

“De manera expresa aclaro que el pago aludido lo efectuó PRODECO con el único propósito de mitigar los efectos asociados a la responsabilidad fiscal que incorrecta e indebidamente se le atribuyó [...] lo cual de ninguna manera minimiza, ni afecta y menos puede entenderse como una renuncia a los argumentos de PRODECO y de sus accionistas [...].” [Énfasis en el original]

1584. Luego, Prodeco inició el Proceso de Nulidad ante el tribunal contencioso-administrativo en abril de 2016. El argumento de la Demandada de que Prodeco podría haber solicitado al tribunal la suspensión del pago es erróneo en términos fácticos: Prodeco ya había abonado el Monto de Responsabilidad Fiscal con cuatro meses de anterioridad. En términos jurídicos, el argumento es irrelevante: la posibilidad de solicitar al juez local la suspensión de un pago no exime a Colombia de su obligación de derecho internacional de reparar íntegramente el daño causado.

1585. Por último, la Demandada arguye también que cualquier recuperación por parte de las Demandantes debe ser reducido de forma significativa para reflejar la contribución de las Demandantes a sus propias pérdidas.

1586. El argumento carece de fundamento. El hecho ilícito cometido por Colombia fue el cálculo no razonable del daño que hizo la Contraloría. La Demandada alega que la conducta supuestamente contributiva de las Demandantes fue proporcionar información engañosa a Ingeominas, influenciar al Director de Ingeominas, el Sr. Ballesteros, e incumplir los procesos obligatorios para la modificación de Contratos de Gran Minería¹³⁴⁵. Estas afirmaciones permanecen sin probar¹³⁴⁶, pero incluso si fueran probadas, los supuestos hechos no contribuyeron a la conducta ilícita de la Demandada.

D. Síntesis

1587. En síntesis, el Tribunal de Arbitraje concluye que, a modo de restitución por la violación de los Artículos 4(1) y (2) del Tratado por parte de Colombia, la República debe reembolsar a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal.

1588. El monto reclamado por la Contraloría en su Fallo estaba expresado en COP y ascendía a COP 60.000 millones¹³⁴⁷. Prodeco pagó dicho monto, más 12% de interés devengado hasta la fecha efectiva de pago el 19 de enero de 2016, lo cual dio como resultado un monto total de COP 63.000 millones¹³⁴⁸. De acuerdo con el perito de las Demandantes, dicho monto en COP equivalía a USD 19,1 millones, en función de la tasa de cambio a la fecha en que se realizó el pago¹³⁴⁹. No existe controversia acerca del cálculo. La Demandada ha aceptado explícitamente que el monto pagado por Prodeco ascendía a USD 19,1 millones¹³⁵⁰.

¹³⁴⁵ R I, párrs. 700-710.

¹³⁴⁶ Véase Sección **V.1.(5) *supra***.

¹³⁴⁷ El monto preciso es COP 60.023.730.368,33; véase Doc. C-32.

¹³⁴⁸ El monto preciso es COP 63.003.538.571,82; véase Doc. CLEX-4

¹³⁴⁹ Compass Lexecon I, párr. 96

¹³⁵⁰ R I, párr. 560.

1589. Las Demandantes solicitan al Tribunal en su Réplica que ordene el reembolso del Monto de Responsabilidad Fiscal expresado en USD¹³⁵¹.

1590. El Art. 6 del Tratado establece que la compensación por expropiación se pagará en “una moneda libre de conversión”. Esta regla puede extenderse por analogía a la compensación por otros incumplimientos del Tratado. Las Demandantes solicitan que la compensación se exprese en moneda estadounidense. Dado que los USD constituyen la principal “moneda de libre conversión” a nivel mundial, y dado que la Demandada ha aceptado que el Monto de Responsabilidad Fiscal equivale a USD 19,1 millones, el Tribunal no encuentra dificultad alguna para aceptar la solicitud.

1591. El impacto de la denominación de la moneda sobre el cálculo de intereses se abordará en la Sección **VIII** *infra*.

¹³⁵¹ C II, párr. 374(f).

VIII. INTERESES

1592. Las Demandantes reclaman intereses anteriores y posteriores al laudo a una tasa equivalente al costo de capital reflejado en el WACC de Prodeco, capitalizada semestralmente, sobre todos los montos otorgados. La Demandada no está de acuerdo con el cálculo propuesto por las Demandantes para la tasa de interés aplicable. El Tribunal sintetizará brevemente las posiciones de las Partes ((1) y (2)) y adoptará una decisión (3).

(1) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

1593. Las Demandantes aducen que los intereses son un componente de la compensación íntegra en virtud del derecho internacional consuetudinario¹³⁵². Las Demandantes explican que la obligación de un Estado de reparar surge inmediatamente después de que sus acciones ilícitas causan daño. Por ende, en la medida en la que el pago se demore, el inversionista pierde la oportunidad de invertir la compensación¹³⁵³.

1594. Las Demandantes han solicitado que el Monto de Responsabilidad Fiscal se ajuste desde la fecha de pago de dicho monto a las autoridades colombianas hasta la fecha del Laudo, a una tasa anual del 9,69%, capitalizada semestralmente¹³⁵⁴. Las Demandantes además solicitan intereses posteriores al laudo en los mismos términos, o a otra tasa y período de capitalización que determine el Tribunal de modo de garantizar la reparación íntegra¹³⁵⁵.

1595. Según las Demandantes, la tasa en virtud de la cual deberían devengarse los intereses debe garantizar la reparación íntegra; por tanto, la tasa aplicable debería ser equivalente al retorno que las Demandantes habrían obtenido de haber podido invertir los fondos de los cuales se les privó¹³⁵⁶. Conforme a los argumentos de las Demandantes, los intereses deberían devengarse conforme al WACC de Prodeco (según los cálculos del perito de las Demandantes, del 8,5% y luego actualizados al 9,69%), porque:

- El costo de capital de las Demandantes constituye un sustituto razonable del retorno que las Demandantes de otra forma habrían obtenido sobre los montos que se les adeudan como consecuencia de los incumplimientos del Tratado por parte de Colombia¹³⁵⁷; y
- El costo de reunir fondos para reemplazar el Monto de Responsabilidad Fiscal constituye el costo de capital de Prodeco, y no una tasa libre de riesgos¹³⁵⁸.

¹³⁵² C I, párr. 293.

¹³⁵³ C I, párr. 293.

¹³⁵⁴ C I, párr. 310(f); C II, párr. 374(f).

¹³⁵⁵ C II, para. 374(i).

¹³⁵⁶ C I, párrs. 297-298.

¹³⁵⁷ C I, párr. 305.

¹³⁵⁸ C II, párr. 354.

1596. Los intereses no se otorgan de forma adicional a la reparación, sino que, más bien, son un componente de la reparación íntegra que le da efecto a ese principio¹³⁵⁹. Dicha reparación íntegra no podría lograrse si el laudo privara a las Demandantes de interés compuesto. Por esta razón, las Demandantes solicitan que cualesquiera intereses otorgados estén sujetos a una capitalización razonable¹³⁶⁰.

1597. Respecto de la periodicidad de la capitalización, las Demandantes afirman, sobre la base de la jurisprudencia, que un período comercialmente razonable para la capitalización de intereses tanto anteriores como posteriores al laudo sería de seis meses¹³⁶¹.

(2) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1598. La Demandada no controvierte que se adeuden intereses en este caso, pero aduce que la tasa de interés aplicable no debería ser el costo de capital de Prodeco, sino una tasa libre de riesgos. Asimismo, el Tribunal debería otorgar interés simple, y, si hubiera de otorgar intereses compuestos, la capitalización debería realizarse de manera anual.

1599. Colombia argumenta que el Tribunal no debería utilizar el WACC del Proyecto para calcular los intereses, sino una tasa de interés libre de riesgos porque el Monto de Responsabilidad Fiscal no representa una inversión (ni conlleva ningún riesgo) que justifique una compensación por riesgos¹³⁶². En subsidio, si el Tribunal considera que debería otorgar a las Demandantes intereses anteriores al laudo a una tasa que compense los riesgos, los intereses deberían calcularse en función del riesgo de cesación de pagos de la deuda soberana de Colombia porque, al pagar el Monto de Responsabilidad Fiscal a Colombia, Prodeco efectivamente ha extendido un préstamo al Estado¹³⁶³.

1600. Con respecto a la capitalización, aunque su utilización sea cada vez más frecuente en el arbitraje de inversión, la Demandada aduce que no puede considerarse un principio de derecho internacional¹³⁶⁴; además, el Artículo 2235 del Código Civil de Colombia la prohíbe¹³⁶⁵. Por consiguiente, Colombia solicita que se otorgue interés simple y, si el Tribunal otorgara intereses compuestos, que la capitalización se realice anualmente¹³⁶⁶.

(3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

1601. Toda decisión en materia de intereses debe realizar una distinción entre tasa, metodología de cálculo, *dies a quo*, *dies ad quem* y monto de capital.

¹³⁵⁹ C I, párr. 296.

¹³⁶⁰ C I, párr. 306; C II, párrs. 356-357.

¹³⁶¹ C I, párr. 308; C II, párr. 357.

¹³⁶² R I, párrs. 676-685; R II, párrs. 953-959.

¹³⁶³ R I, párrs. 686-690; R II, párrs. 961-963.

¹³⁶⁴ R I, párr. 692.

¹³⁶⁵ R I, párr. 695; R II, párrs. 964-972.

¹³⁶⁶ R I, párrs. 698-699; R II, párrs. 973-974.

1602. Dado que el Tribunal ha determinado que la compensación adeudada a las Demandantes es equivalente al Monto de Responsabilidad Fiscal, es decir, USD 19,1 millones, dicho monto constituye el monto de capital.

Tasa

1603. Las Demandantes han solicitado que los intereses se otorguen sobre el Monto de Responsabilidad Fiscal desde la fecha de pago a una tasa de interés anual del 9,69%, porque consideran que Prodeco podría haber invertido el Monto de Responsabilidad Fiscal en sus operaciones mineras, lo cual habría generado un retorno esperado igual al costo de capital del proyecto¹³⁶⁷.

1604. La Demandada afirma que, si el Tribunal otorgara restitución, los intereses deberían calcularse a una tasa libre de riesgos o, en subsidio, en función del riesgo de cesación de pagos de la deuda soberana de Colombia.

1605. El Art. VI del TBI establece que la compensación por expropiación deberá incluir “intereses a una tasa comercial normal”. A pesar de que la regla se refiere a la expropiación, por analogía, puede extenderse a la compensación por incumplimientos de otras disposiciones del TBI¹³⁶⁸.

1606. No puede decirse que ninguna de las tasas de interés propuestas por las Partes cumpla con la definición de “tasas comerciales normales”. La propuesta de las Demandantes relativa a que la tasa de interés sea equivalente a su WACC compensaría en exceso a Prodeco, ya que le permitiría obtener un retorno sin afrontar riesgos proporcionales. La propuesta de la Demandada respecto de que los intereses se calculen aplicando la tasa a corto plazo de las letras del Tesoro de los EE. UU. tampoco puede encuadrarse dentro de las “tasas comerciales normales” – las letras del Tesoro de los Estados Unidos financian al Gobierno de los EE. UU., y no a empresas comerciales.

1607. El Tribunal de Arbitraje considera que la tasa LIBOR es la “tasa comercial normal” más comúnmente utilizada, puesto que se la acepta universalmente como referencia válida en el cálculo de tasas de interés variables. La tasa LIBOR es determinada por el equilibrio entre la oferta y la demanda, representando la tasa de interés a la cual los bancos pueden tomar fondos en préstamo de otros bancos en el mercado interbancario de Londres; la fija diariamente la Asociación Bancaria Británica para diferentes vencimientos y distintas divisas.

1608. Debido a que la compensación está expresada en USD, la tasa de referencia apropiada para el cálculo de intereses deberían ser las tasas LIBOR para depósitos a seis meses expresadas en USD.

1609. Los préstamos a clientes siempre incluyen un recargo, el cual debe incluirse en el cálculo del interés para reflejar la pérdida financiera que se causó a Prodeco

¹³⁶⁷ Compass Lexecon I, párr. 96.

¹³⁶⁸ Lemire (*Laudo*), párr. 352.

mediante la retención temporal de dinero. Las Demandantes no serían compensadas íntegramente si la tasa de interés aplicada no incluyera un margen apropiado¹³⁶⁹. El Tribunal considera que 2% es un margen razonable, que refleja el recargo que un prestatario promedio tendría que pagar para obtener financiación basada en la tasa LIBOR¹³⁷⁰.

Metodología de cálculo

1610. Las Demandantes han solicitado que los intereses se capitalicen semestralmente, mientras que la Demandada propone que se aplique un interés simple, alegando que la capitalización está prohibida de conformidad con el Art. 2235 del Código Civil de Colombia¹³⁷¹. En subsidio, Colombia solicita que, si el Tribunal otorgara intereses compuestos, la capitalización se debería realizar anualmente¹³⁷².
1611. La cuestión acerca de si los intereses deberían acumularse periódicamente al monto de capital ha sido objeto de decisiones divergentes en la jurisprudencia internacional en materia de inversiones. La jurisprudencia más antigua¹³⁷³ tendía a repudiar dicha posibilidad, pero la jurisprudencia más reciente tiende a aceptar la capitalización anual o semestral de los intereses impagados¹³⁷⁴.
1612. El Tribunal coincide con las decisiones más recientes. Los contratos de préstamo en los que los intereses se calculan en función de la tasa LIBOR, más un margen, habitualmente incluyen una disposición en virtud de la cual los intereses impagados deben capitalizarse al final del período de devengamiento, tras lo cual se considerarán capital y devengarán intereses. La razón financiera detrás de esta disposición consiste en que un prestador al que se le adeudan pagos tiene que recurrir al mercado LIBOR para financiar los montos adeudados, pero impagados; y los costos de financiación adicionales del prestador deben ser cubiertos por el prestatario que incurrió en impago.
1613. Este principio implica que, si las Demandantes hubieran obtenido un préstamo basado en la tasa LIBOR para pagar el Monto de Responsabilidad Fiscal, el banco habría insistido en que los intereses adeudados se capitalizaran al final de cada período de devengamiento. En consecuencia, si se desea mantener a las Demandantes íntegramente indemnizadas por el daño sufrido, los intereses adeudados en virtud del Laudo deberían capitalizarse al final de cada período de devengamiento semestral.
1614. La Demandada ha alegado que los intereses compuestos están prohibidos en virtud del Art. 2235 del Código Civil de Colombia¹³⁷⁵. Esta norma es improcedente, ya

¹³⁶⁹ La Demandada lo admite al señalar el hecho de que las Demandantes hayan obtenido financiación a una tasa LIBOR + 0,87% (R II, párr. 956).

¹³⁷⁰ R III, párr. 31; *Lemire (Laudo)*, párr. 356; *PSEG*, párr. 90; *Sempra*, párr. 137; y *Rumeli*, párr. 227.

¹³⁷¹ R I, párr. 695; R II, párrs. 964-972.

¹³⁷² R I, párrs. 698-699; R II, párrs. 973-974.

¹³⁷³ *CMS*, párrs. 470-471.

¹³⁷⁴ *MTD*, párr. 251; *PSEG*, párr. 348; *Lemire (Laudo)*, párr. 361.

¹³⁷⁵ R I, párr. 695; R II, párrs. 964-972.

que el devengamiento de intereses sobre la compensación adeudada en virtud del Tratado es una cuestión de derecho internacional¹³⁷⁶.

1615. Por consiguiente, el Tribunal decide que los intereses adeudados e impagos deberán ser capitalizados semestralmente, a partir de *dies a quo*.

Dies a quo

1616. Las Demandantes solicitan que los intereses se otorguen a partir de la fecha de pago del Monto de Responsabilidad Fiscal. El Tribunal de Arbitraje coincide. Los intereses deberían comenzar a devengarse a partir de la fecha de pago del Monto de Responsabilidad Fiscal, es decir, 19 de enero de 2016, la fecha en que se materializó el daño a las Demandantes y, consecuentemente, la fecha apropiada para que los intereses comiencen a devengarse.

Dies ad quem

1617. Los intereses se devengarán hasta que todos los montos adeudados en virtud del presente Laudo hayan sido pagados definitivamente.

¹³⁷⁶ Asimismo, el Artículo 2235 del Código Civil de Colombia hace referencia a los préstamos mutuos o de consumo, los cuales carecen de relevancia a efectos del presente caso. Además, la Sentencia del Consejo de Estado de Colombia –la cual fue citada de forma sustancialmente imprecisa por la Demandada– aclara que el derecho colombiano solamente prohíbe los intereses compuestos si se trata de intereses pendientes y atrasados, pero, de lo contrario, los permite. Consejo de Estado de Colombia, Sentencia de 27 de marzo de 1992, Doc. R-348, págs. 9-10. En el párrafo inmediatamente posterior al que citó la Demandada, el Consejo de Estado expresa:

“La regla tercera del artículo 1617 del C.C. [...] prohíbe el cobro de intereses sobre aquéllos “atrasados”, es decir, aplicando el criterio del artículo 28 ib., lo pendiente, lo insatisfecho o no cumplido en su oportunidad, vale decir, para el caso *sub lite*, los intereses que no fueron cubiertos en el tiempo u oportunidad señalado para ello en el respectivo negocio jurídico. Y, la razón de la disposición, es el querer del legislador de evitar que se sancione doblemente el incumplimiento contractual, lo que acontecería si se permitiese el cobro de intereses sobre intereses atrasados pendientes de pago.

Por consiguiente, son estos intereses colocados en condiciones moratorias los que no permiten, de conformidad con la norma reglamentada del C.C. el cobro de nuevos intereses. Pero, a contrario sensu, los intereses no atrasados si pueden llegar a producir intereses.

Ahora bien; no se opone a lo anterior, [...] la norma establecida en el artículo 2235 del mismo Código Civil, según la cual “se prohíbe estipular intereses de intereses” que se refiere específicamente al mutuo o préstamo de consumo. La “armonía legis” impone la necesidad de concluir, para evitar la oposición entre los dos artículos del mismo Estatuto o el sometimiento del contrato de mutuo a un criterio diferente a aquél que opera para el resto de las obligaciones dinerarias provenientes de fuente distinta, lo cual no parece razonable, que el artículo 2235, en cuanto prohíbe cobrar intereses de intereses, debe entenderse y aplicarse teniendo en cuenta el criterio sentado por la regla tercera del artículo 1617 del mismo Código Civil. Y, sirve también de fuente de interpretación, para determinar los alcances del artículo 2235 del C. C., la estipulación que contiene el artículo 886 del Código de Comercio, en cuanto marca claramente una voluntad del legislador en el sentido de prohibir el cobro de intereses sobre intereses únicamente respecto de aquéllos que sean exigibles, en la medida en que la precitada norma emplea la expresión “pendientes”, es decir, lo que se debe, lo exigible, que no es equivalente a lo “causado”, que sólo se, debe, cuando se, dan los supuestos para que se produzca su exigibilidad, y con ello la consiguiente situación de mora, si es que no se cancelan; prohibición que, por lo demás, no es absoluta sino relativa, ya que los permite en las relaciones jurídicas entre comerciantes, cuando a causa de la mora se produce demanda judicial del acreedor, causándose en tal evento desde la presentación de aquélla; cuando se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos; o, cuando se produce un acuerdo posterior al vencimiento. [Énfasis agregado]

1618. En síntesis, el Tribunal decide que, a partir del 19 de enero de 2006 hasta la fecha en que se realice el pago, el monto de capital de USD 19,1 millones devengará intereses a una tasa LIBOR para depósitos a seis meses más un margen del 2% capitalizado semestralmente.

IX. TRIBUTACIÓN

1619. Las Demandantes aducen que tienen derecho a indemnización tributaria. Colombia rechaza la alegación de las Demandantes y aduce que el Tribunal debería negar esta solicitud.

1620. El Tribunal presentará las posiciones de las Partes respecto de la reclamación de las Demandantes relativa a la indemnización tributaria (1) y adoptará una decisión (2).

(1) POSICIÓN DE LAS PARTES

1621. En su petitorio, las Demandantes solicitan al Tribunal¹³⁷⁷:

- que declare que el otorgamiento de daños e intereses en favor de las Demandantes se efectúa neto de los impuestos colombianos aplicables¹³⁷⁸;
- que declare que Colombia no puede deducir impuestos respecto del pago de los daños otorgados e intereses¹³⁷⁹;
- que ordene que Colombia mantenga completamente indemnes a las Demandantes respecto de los impuestos colombianos que se apliquen a la compensación otorgada en la medida que dicha compensación se haya calculado neta de dichos impuestos¹³⁸⁰; y
- que ordene que Colombia mantenga indemnes a las Demandantes respecto de cualquier responsabilidad por doble imposición que surja en Suiza o en cualquier otro lugar que no habría surgido de no ser por las medidas adversas de Colombia¹³⁸¹.

1622. Las Demandantes no han realizado alegaciones adicionales, y la Demandada no ha presentado defensas en relación con las solicitudes de indemnización tributaria formuladas por las Demandantes.

(2) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

1623. Las Demandantes realizan dos solicitudes distintas:

- que el Tribunal declare que los montos otorgados se efectuen netos de impuestos colombianos, de modo que Colombia no pueda deducir impuestos respecto de dicho monto y tenga que mantener indemnes a las Demandantes de cualquier impuesto colombiano que se aplique a dicho monto;

¹³⁷⁷ Véase Sección IV.(1) *supra*.

¹³⁷⁸ C I, párr. 374(j)(i).

¹³⁷⁹ C I, párr. 374(j)(ii).

¹³⁸⁰ C I, párr. 374(k).

¹³⁸¹ C I, párr. 374(1).

- que ordene que Colombia mantenga indemnes a las Demandantes respecto de la responsabilidad por doble imposición que surja en Suiza o en cualquier otro lugar a consecuencia de los incumplimientos del Tratado por parte de Colombia.

1624. El Tribunal coincide con las Demandantes respecto de la primera serie de reclamaciones, pero no respecto de la última.

1625. El TBI especifica que la compensación por expropiación debe ser “pronta, efectiva y adecuada”¹³⁸² y “deberá ser acordad[a] en una moneda libre de conversión, deberá ser pagad[a] sin demora y ser libremente transferible”¹³⁸³. El Tribunal ya ha señalado que, aunque la regla se refiere a la expropiación, por analogía, puede extenderse a la compensación por violaciones de otras disposiciones del TBI¹³⁸⁴.

1626. Estas reglas sustentan la posición de las Demandantes. Colombia es un Estado soberano que puede gravar cualquier bien o pago que se ubique en su territorio o que se origine en él. Si Colombia gravara con un impuesto el laudo en favor de las Demandantes o realizara una deducción respecto de él, podría reducir la compensación recibida “efectivamente” por Prodeco. Una *reductio ad absurdum* lo demuestra: Colombia podría, prácticamente, evitar la obligación de pagar a las Demandantes la restitución otorgada fijando una tasa de impuesto del 99% sobre los ingresos provenientes de compensaciones otorgadas por tribunales internacionales, lo que aseguraría que Prodeco solo reciba efectivamente una restitución del 1% del monto otorgado.

1627. Por consiguiente, en aras de garantizar que las Demandantes reciban una reparación íntegra por el acto ilícito internacional cometido por Colombia, la restitución y los intereses otorgados a Prodeco por el presente Tribunal serán neutros a efectos fiscales. Esto implica que ni

- (i) el pago del Monto de Responsabilidad Fiscal por parte de Prodeco a la Contraloría y el reembolso por parte del Estado de dicho monto a Prodeco, en su conjunto, ni
- (ii) los intereses otorgados en este procedimiento podrán resultar en obligación tributaria alguna para Prodeco.

1628. Las Demandantes, además, solicitan que se las mantenga indemnes respecto de la responsabilidad por doble imposición que surgiera en Suiza (o en cualquier otro lugar), en la medida en que esta responsabilidad no habría surgido si Colombia hubiera respetado sus compromisos internacionales en virtud del Tratado.

1629. La reclamación es académica porque la compensación se otorga a Prodeco, y no a Glencore. Además, cualquier obligación tributaria que surgiera de la legislación tributaria de Suiza (o de cualquier otro régimen fiscal, a excepción del de Colombia) no reuniría las condiciones para ser considerada un daño indirecto resultante del

¹³⁸² Art. VI del TBI. Énfasis agregado por el Tribunal.

¹³⁸³ Art. VII.1 del TBI.

¹³⁸⁴ Véase párr. 1605 *supra*.

incumplimiento del Tratado por parte de Colombia y no comprometería la responsabilidad de Colombia.

1630. En conclusión, el Tribunal, en aras de garantizar que las Demandantes reciban una reparación íntegra por el ilícito internacional cometido por Colombia, declara que la restitución y los intereses otorgados a Prodeco de conformidad con el presente Laudo deberán ser neutrales respecto de los impuestos colombianos (y conllevarán las consecuencias expuestas *supra*); y ordena que la Demandada mantenga indemnes a las Demandantes respecto de cualquier impuesto colombiano que no cumpla con dicho principio.

X. COSTAS

1631. La Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje establece que:

- (a) “El laudo será escrito y contendrá [...] (j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales”.

1632. Las Partes enviaron sus declaraciones sobre los costos el 24 de setiembre de 2018. Ninguna de ellas impugnó las partidas ni los montos reclamados por la contraparte.

1633. Las Partes han incurrido en dos categorías principales de costos:

- el derecho de registro y anticipo de costos pagados al CIADI [los “**Costos del Procedimiento**”]; y
- los gastos en los que incurrieron las Partes para sustanciar su posición en el arbitraje [los “**Gastos de Defensa**”].

(1) POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

1634. Las Demandantes solicitan que el Tribunal le ordene a Colombia sufragar los costos de las Demandantes en su totalidad, más intereses a partir de la fecha en la que se incurrió en dichos costos hasta la fecha de pago por parte de Colombia¹³⁸⁵.

1635. Las Demandantes solicitan los siguientes montos¹³⁸⁶:

Costos del Procedimiento

- Cargos administrativos del CIADI: USD 625.000.

Gastos de Defensa

- Honorarios legales: USD 8.564.303,43¹³⁸⁷ y COP 398.480.503¹³⁸⁸.
- Honorarios y gastos de los peritos: USD 1.604.858,49¹³⁸⁹.

¹³⁸⁵ C IV, párrs. 2 y 44.

¹³⁸⁶ C IV, párr. 44.

¹³⁸⁷ Honorarios y desembolsos a los abogados internacionales de las Demandantes, Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP.

¹³⁸⁸ Honorarios y desembolsos a los abogados colombianos de las Demandantes, Álvarez Zárate & Asociados.

¹³⁸⁹ Compass Lexecon.

- Gastos de viaje razonables y otros gastos en los que incurrieron los testigos y representantes de las Demandantes: USD 61.093,83; ZAR¹³⁹⁰ 249.934,05 y CHF¹³⁹¹ 7.170,75.
- Costos varios: USD 39.288,68¹³⁹².

1636. Los Costos del Procedimiento de las Demandantes ascienden a USD 625.000 y sus Gastos de Defensa ascienden a USD 10.819.544,43; COP 398.480.503; ZAR 249.934,05; y CHF 7.170,75.

1637. Las Demandantes solicitan que el Tribunal ordene a Colombia el pago de todas estas sumas incluyendo intereses a partir de la fecha en la que se incurrió en dichos costos hasta la fecha de pago por parte de Colombia¹³⁹³.

(2) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1638. Colombia solicita que se ordene a las Demandantes a cubrir la totalidad de los costos del procedimiento¹³⁹⁴. Específicamente, Colombia solicita el reembolso de los siguientes costos y gastos, más un interés simple sobre los costos a la tasa económicamente razonable LIBOR + 2% o, en subsidio, a cualquier otra tasa comercialmente razonable a partir de la fecha en la que Colombia haya incurrido en dichos costos hasta la fecha del pago íntegro¹³⁹⁵:

Costos del Procedimiento

- Cargos administrativos del CIADI: USD 600.000 (de los cuales USD 75.000 aún estaban pendiente de pago a la fecha del Laudo).

Gastos de Defensa

- Honorarios legales: USD 1.808.703¹³⁹⁶ y COP 214.566.385,40¹³⁹⁷.
- Costos varios: USD 168.112,01 y COP 1.062.000.
- Honorarios y gastos de los peritos: USD 794.024¹³⁹⁸.
- Costos de viaje para testigos y abogados: USD 129.032,25 y COP 145.500.763,75.

¹³⁹⁰ Rands sudafricanos.

¹³⁹¹ Francos suizos.

¹³⁹² Honorarios y desembolsos a la consultora gráfica y tecnológica de las Demandantes, RLM | TrialGraphix.

¹³⁹³ C IV, párr. 44(a).

¹³⁹⁴ R III, párr. 29.

¹³⁹⁵ R III, párr. 31.

¹³⁹⁶ Honorarios y desembolsos a los abogados internacionales de la Demandada, Dechert (Paris) LLP.

¹³⁹⁷ Honorarios y desembolsos a los abogados colombianos de la Demandada, ANDJE.

¹³⁹⁸ Brattle.

1639. Los Costos del Procedimiento de la Demandada ascienden a USD 600.000 (de los cuales USD 75.000 aún estaban pendiente de pago a la fecha del Laudo), y sus Gastos de Defensa, a un total de USD 3.424.871,26 y COP 361.129.149,15.

(3) DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

1640. El Artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece que:

“En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo”.

A. Criterios para la decisión sobre costos

1641. Ni las Reglas de Arbitraje ni el TBI contienen pautas sobre la distribución de costos. Por lo tanto, el Tribunal goza de amplia discreción para decidir cómo distribuir los costos de este procedimiento.

1642. Ambas Partes han solicitado que la otra sufrague los costos del procedimiento¹³⁹⁹ amparándose en el principio de que “los costos siguen al resultado”¹⁴⁰⁰. Cada Parte arguye, además, que la contraparte complicó innecesariamente el procedimiento e incurrió en mala conducta procesal¹⁴⁰¹.

1643. El Tribunal seguirá el principio de que los costos siguen al resultado, que es el principio consuetudinario en la práctica arbitral. El Tribunal hará caso omiso de las alegaciones de mala conducta procesal vertidas por las Partes – dado que el Contrato Minero continuará en vigencia por muchos años, el Tribunal no desea perturbar innecesariamente la futura relación entre la República de Colombia y las Demandantes.

1644. Respecto del resultado de este procedimiento, cada Parte puede afirmar legítimamente que ha tenido éxito en parte:

- Las Demandantes han tenido éxito por cuanto tres de las cuatro excepciones a la jurisdicción de la Demandada han sido desestimadas y las Demandantes han prevalecido en su reclamación principal de que Colombia incumplió el TBI y se les debe otorgar restitución;
- Pero la Demandada también ha tenido éxito por cuanto el Tribunal ha aceptado su Excepción de Cláusula Paraguas y ha desestimado las solicitudes complementarias que plantearon las Demandantes.

¹³⁹⁹ C IV, párrs. 2 y 44(a); R III, párrs. 29 y 31.

¹⁴⁰⁰ C IV, párr. 7; R III, párr. 2.

¹⁴⁰¹ C IV, párr. 8; R III, párr. 12.

B. Aplicación del principio de que “los costos siguen al resultado”

1645. El Tribunal aplicará el principio de que los costos siguen al resultado en las dos categorías principales de costos: los Costos del Procedimiento y los Gastos de Defensa.

a. Costos del Procedimiento

1646. Las Demandantes reclaman los Costos del Procedimiento pagados al CIADI, es decir, los anticipos realizados por las Demandantes para cubrir los honorarios y gastos del Tribunal y los cargos administrativos del CIADI.

1647. El Tribunal considera que estos costos deben ser asumidos por la Demandada, en tanto las Demandantes prevalecieron en la mayoría de las excepciones a la jurisdicción, y el Tribunal ha concluido que Colombia incumplió el TBI.

1648. Por lo tanto, Colombia debe reembolsar a las Demandantes la totalidad de los Costos del Procedimiento hechos al CIADI (netos de cualquier reembolso final hecho por el CIADI).

b. Gastos de Defensa

1649. Como primer paso, el Tribunal debe establecer el monto de gastos de defensa razonables en los que tiene que incurrir un demandante estándar en pos de la presentación y defensa adecuadas de su reclamación [“**Gastos de Defensa Razonables**”]. Teniendo en cuenta la complejidad del caso, el monto en disputa y el trabajo de los abogados y peritos, el Tribunal de Arbitraje considera que los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes ascienden a USD 3,3 millones.

1650. Colombia debe asumir únicamente la porción de los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes que resulta de aplicar el principio de que los costos siguen al resultado. Para determinar ese monto, el Tribunal debe:

- En primer lugar, determinar las principales cuestiones jurídicas que fueron decididas;
- En segundo lugar, ponderar cada una de esas cuestiones jurídicas; y
- En tercer lugar, determinar el índice de éxito de las reclamaciones de las Demandantes en cada cuestión jurídica y aplicarlo a los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes.

1651. En este arbitraje, el Tribunal de Arbitraje ha tenido que tomar tres decisiones significativas:

- si corresponde admitir los Documentos en Disputa en el expediente en el Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada y mediante la exhibición de documentos,

- si tenía jurisdicción,
- si Colombia había violado el Tratado y las consecuencias que se derivan de ello.

1652. Las Partes declaran haber dedicado alrededor del 60% de sus costos al fondo del caso, alrededor del 30% a cuestiones de jurisdicción y alrededor del 10% a la exhibición de documentos. Así, el Tribunal le asignará a cada una de las cuestiones jurídicas el peso que le atribuyen las Partes.

1653. En consecuencia, los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes deben dividirse de la siguiente manera:

- Jurisdicción: el 30% de USD 3,3 millones asciende a USD 990.000;
- Fondo: el 60% de USD 3,3 millones asciende a USD 1.980.000;
- Exhibición de Documentos: el 10% de USD 3,3 millones asciende a USD 330.000.

1654. Ahora el Tribunal debe determinar el índice de éxito de las Demandantes en cada cuestión jurídica:

- Jurisdicción: dado que las Demandantes tuvieron éxito en $\frac{3}{4}$ de las excepciones jurisdiccionales, su índice de éxito fue del 75%.
- Fondo: las Demandantes tuvieron éxito en dos (parcialmente en los puntos (a) y (f) de su petitorio) de las seis reclamaciones principales solicitadas; tuvieron éxito en el 33% de sus reclamaciones.
- Exhibición de documentos: las Demandantes tuvieron éxito en su petición general de que los Documentos en Disputa fueran excluidos en la RP No. 2, en la que el Tribunal concluyó que “el procedimiento adecuado para obtener pruebas de la contraparte es a través del ejercicio de exhibición de documentos acordado”¹⁴⁰²; en el ejercicio de Exhibición de Documentos Revisada, ambas partes hicieron uso de su derecho de solicitar documentos: las Demandantes presentaron un total de siete solicitudes, mientras que la Demandada presentó 39; en la RP No. 3, el Tribunal rechazó 11 y redujo el alcance de 19 de las 22 solicitudes admitidas a Colombia; el Tribunal admitió todas las solicitudes de las Demandantes; posteriormente, en la RP No. 4, resolvió que la invocación de privilegio de las Demandantes respecto de todos los Documentos en Disputa era admisible y que el privilegio de negociación relativo a determinados Documentos en Disputa fue invocado correctamente; en síntesis, el Tribunal considera que el índice de éxito de las Demandantes respecto de la Exhibición de Documentos fue del 90%.

¹⁴⁰² RP No. 2, párr. 70.

1655. El Tribunal aplicará ahora el índice de éxito a los Gastos de Defensa Razonables de las Demandantes correspondientes a cada cuestión jurídica:

- Jurisdicción: 75% de USD 990.000, que asciende a USD 742.500;
- Fondo: 33% de USD 1.980.000, que asciende a USD 653.400;
- Exhibición de documentos: 90% de USD 330.000, que asciende a USD 297.000.

(4) INTERESES

1656. Las Partes han solicitado que se otorguen intereses sobre las sumas otorgadas en concepto de costos¹⁴⁰³. El Tribunal está de acuerdo.

1657. El Tribunal ya ha resuelto que la restitución a favor de las Demandantes devengará interés a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses expresada en USD más un recargo del 2% capitalizado semestralmente.

1658. Lo mismo será de aplicación a las sumas que debe reembolsar la Demandada en concepto de costos.

1659. El *dies a quo* será la fecha de dictado de este Laudo.

1660. El *dies ad quem* será la fecha del pago efectivo.

* * *

1661. En síntesis, Colombia debe reembolsar a las Demandantes (i) los Costos de los Procedimientos (netos de cualquier reembolso final por parte del CIADI) y (ii) USD 1.692.900 en concepto de Gastos de Defensa, más (iii) intereses sobre ambos montos a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses con un margen del 2% capitalizado semestralmente a partir de la fecha de este laudo hasta la fecha de pago.

¹⁴⁰³ C IV, párr. 44 (a); R III, párr. 31 (el Tribunal destaca que la Demandada considera que la tasa LIBOR +2% es una tasa de interés comercialmente razonable).

XI. SÍNTESIS

1662. En esta sección, el Tribunal revisará los petitorios de las Demandantes y de la Demandada (que han sido expuestos con mayor detalle en la Sección **IV** *supra*) y los comparará con las conclusiones del Tribunal.

(1) PETITORIOS DE LAS DEMANDANTES

1663. Las Demandantes presentaron nueve petitorios, identificados de la (a) a la (n).

A. Petitorio (a)

(a) DECLARE que Colombia ha incumplido los Artículos 4(1), 4(2) y 10(2) del Tratado.

1664. El Tribunal ha concluido que Colombia incumplió los Artículos 4(1) y 4(2) del Tratado, y que la medida impropia consistió en la aplicación por parte de la Contraloría de una metodología no razonable para establecer los daños supuestamente causados a Colombia por el Otrosí No. 8.

B. Petitorio (b)

(b) ORDENE que Colombia, a través de la ANM o de cualquier otra agencia gubernamental que oportunamente se convierta en contraparte contractual de Prodeco en virtud del Contrato Minero, continúe con la ejecución y observancia del Otrosí No. 8 y, asimismo, que todos los órganos del Estado Colombiano arbitren todos los medios necesarios para asegurar la continuación de dicha ejecución y observancia, y no interferir en ello.

1665. En este petitorio, las Demandantes solicitan que el Tribunal le ordene a Colombia continuar con la ejecución y el cumplimiento del Otrosí No. 8.

1666. Las Partes han analizado si, desde el punto de vista teórico, un tribunal de arbitraje internacional constituido al amparo del Tratado y del Convenio del CIADI está autorizado a darle una orden de este tipo a un Estado soberano como Colombia¹⁴⁰⁴.

1667. La cuestión teórica puede permanecer sin respuesta, dado que, en el presente caso, no existe una relación causa-efecto entre las conclusiones del Tribunal (de que la Contraloría calculó erróneamente el daño causado a la República mediante el Otrosí No. 8) y la solicitud de las Demandantes de que a Colombia se le ordene continuar con la ejecución del Otrosí No. 8. La reparación del acto ilícito internacional cometido por Colombia exige una reparación íntegra, y la reparación íntegra se obtiene con la restitución más los intereses de las sumas indebidamente exigidas y abonadas – y no ordenándole a Colombia que ejecute el Otrosí No. 8.

¹⁴⁰⁴ CI, párrs. 228-243; C II, párrs. 281-295; R I, párrs. 525-547; R II, párrs. 775-797.

C. Petitorios (c) y (e)

(c) ORDENE que Colombia, a través de la ANM, procure el cese inmediato e incondicional de los Procesos ANM con efecto de cosa juzgada.

(e) ORDENE que Colombia, a través de la ANM, otorgue las correspondientes garantías y seguridades de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8.

1668. Los petitorios (c) y (e) de las Demandantes no pueden prosperar, ya que el Tribunal ha concluido que no se configuró un incumplimiento del Tratado cuando la SGC/ANM presentó una reclamación ante el tribunal colombiano competente para solicitar la declaración de nulidad del Otrosí No. 8. Dado que el tribunal contencioso-administrativo aún no ha emitido una decisión respecto de la demanda de nulidad de SGC/ANM, las Demandantes no pueden plantear, y de hecho no plantean, una reclamación por incumplimiento del estándar de TJE en forma de denegación de justicia. Cualquier reclamación futura hipotética de denegación de justicia deberá ser resuelta en un nuevo procedimiento.

1669. Asimismo, el petitorio (e) está redactado en términos demasiado amplios: las conclusiones del Tribunal no respaldan una orden abierta para que Colombia no inicie nuevos procedimientos de ningún tipo respecto del Otrosí No. 8. Si, por ejemplo, Prodeco incumple el Otrosí No. 8, no hay motivo por el cual se le daba prohibir a la Agencia Minera que comience los procedimientos correspondientes.

D. Petitorio (d)

(d) ORDENE que Colombia otorgue las correspondientes garantías y seguridades de la [Contraloría] de que se abstendrá de iniciar nuevos procedimientos respecto del Otrosí No. 8.

1670. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que la metodología que empleó la Contraloría para calcular el daño sufrido por Colombia fue no razonable y en violación de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado.

1671. El Tribunal ha proporcionado diversos motivos que justifican su conclusión de no razonabilidad¹⁴⁰⁵, a saber:

- La metodología del Informe Tover-Silva, fundada en un simple análisis del Período de Transición, es defectuosa;
- La metodología a ser usada por la Contraloría debe ser prospectiva y basarse en simulaciones a partir de la fecha del Otrosí No. 8;
- Dicha metodología debe tener en cuenta el hecho de que, con arreglo al PTI 2010, Prodeco asumió la obligación de aumentar su inversión y expandir la Mina, con el consecuente incremento de la producción de carbón.

¹⁴⁰⁵ Para detalles, véase Sección VI.3.(2.2).B.c *supra*.

1672. Si la Contraloría decide iniciar nuevos procedimientos contra Prodeco en relación con el Otrosí No. 8, estará obligada a respetar estas conclusiones – de lo contrario, el nuevo cálculo de daños será no razonable por los mismos motivos, y Colombia incurrirá nuevamente en incumplimiento de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado.

1673. En la parte operativa de este Laudo, el Tribunal declarará que la conducta de la Contraloría al calcular el daño sufrido por la República fue en violación de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado. La decisión del Tribunal no solo obliga legalmente a Colombia a reparar el perjuicio causado como consecuencia de la conducta ilícita en el pasado, sino que también implica que la Contraloría (y Colombia) deben, en virtud del Tratado, abstenerse de incurrir en la misma conducta ilícita en el futuro. El Tribunal considera que, en las circunstancias de este caso, las seguridades o garantías específicas por parte de la República que las Demandantes solicitan en el petitorio (d) son innecesarias.

E. Petitorio (f)

(f) ORDENE que, mediante restitución, Colombia le devuelva a Prodeco el Monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19,1 millones¹⁴⁰⁶ que Prodeco pagó a Colombia el 19 de enero de 2016 en el contexto del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y toda otra suma que la [Contraloría] o cualquier otro órgano del Estado Colombiano o tribunal colombiano le haya ordenado pagar a Prodeco, hasta la fecha del Laudo del Tribunal, mediante regalías o CIB calculadas sobre la supuesta base de que el Otrosí No. 8 no sea de aplicación, ajustada desde la fecha de pago hasta la fecha del Laudo a una tasa anual del 9,69%, capitalizada semestralmente;

1674. Respecto de este petitorio, el Tribunal decidirá a favor de las Demandantes y le ordenará a Colombia devolverle a Prodeco, en calidad de restitución, USD 19,1 millones, es decir, la totalidad del Monto de Responsabilidad Fiscal, expresado en USD, con más intereses de conformidad con lo establecido en la Sección **VIII**.

F. Petitorios (g), (h) e (i)

(g) ORDENE que, si Colombia no cumple con las resoluciones requeridas en los párrafos (b), (c), (d), (e) y (f) *supra* dentro de los 90 días de la fecha del Laudo, entonces:

(A) pague a las Demandantes el Monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19,1 millones con más los intereses devengados hasta la fecha del Laudo;

(B) pague a las Demandantes daños prospectivos a partir de la fecha del Laudo calculados como la diferencia en los ingresos netos esperados entre un escenario con disposiciones sobre regalías y CIB en el Otrosí No. 8 y sin ellas entre la fecha del Laudo y el fin de la vida útil de la

¹⁴⁰⁶ C II, n. 991: “Es decir, 63.000 millones de Pesos Colombianos convertidos a Dólares Estadounidenses a la fecha de pago del 19 de enero de 2016. Véanse Compass Lexecon I, párr. 96; Compass Lexecon II, párr. 92”.

mina Calenturitas según la valoración de los peritos de las Demandantes de USD 336,1 millones al 31 de diciembre de 2017; y

(C) mantengan completamente indemnes a las Demandantes respecto de todos los montos retroactivos de regalías y CIB que se les ordena pagar a las Demandantes respecto de los años 2011 a la fecha del Laudo como consecuencia de la no aplicación del Otrosí No. 8, valorados en USD238,6 millones al 31 de diciembre de 2017.

(h) Para evitar el doble recupero, en caso de que se active el apartado (g), y solo ante el pago de Colombia y la efectiva recepción por parte de las Demandantes del total de la compensación detallada en los puntos (g)(A) y g(B) *supra* (con la debida actualización a la fecha del Laudo) y, a la luz de la indemnidad ordenada en el punto g(C), ORDENE que las Demandantes paguen regalías y CIB desde la fecha del Laudo en adelante según el régimen que se encontraba vigente con anterioridad al Otrosí No. 8.

(i) ORDENE que Colombia pague intereses posteriores al laudo en el supuesto (f) o, en subsidio, en el supuesto (g) a una tasa del 9,69%¹⁴⁰⁷ anual a partir de la fecha del Laudo, capitalizados semestralmente, o a aquella tasa y en aquel período de capitalización que determine el Tribunal de modo de garantizar una reparación íntegra.

1675. Los petitorios (g), (h) e (i) suponen que Colombia no ha respetado los puntos (b), (c), (d) o (e). Dado que el Tribunal ya ha desestimado los puntos (b), (c), (d) y (e), la consecuencia necesaria es que los petitorios (g), (h) e (i) se han vuelto académicos.

G. Petitorios (j) y (k)

(j) DECLARE que:

(i) El otorgamiento de daños e intereses en los puntos (f), (g) y (h) se efectúa neto de los impuestos colombianos aplicables; y

(ii) Colombia no puede deducir impuestos respecto del pago de los daños otorgados con más los intereses correspondientes en los puntos (f), (g) o (h);

(k) ORDENE que Colombia mantenga completamente indemnes a las Demandantes respecto de los impuestos colombianos que se apliquen a la compensación otorgada en la medida que dicha compensación se haya calculado neta de dichos impuestos;

1676. El Tribunal ha concluido que la restitución y los intereses otorgados a Prodeco de conformidad con este Laudo deben ser neutrales respecto de los impuestos colombianos y le ha ordenado a la Demandada mantener indemnes a las Demandantes respecto de cualquier impuesto colombiano que no cumpla con dicho principio.

¹⁴⁰⁷ Esta cifra fue actualizada en el Memorial de Réplica de las Demandantes, CII, párr. 374(i).

H. Petitorio (l)

(l) ORDENE que Colombia mantenga indemnes a las Demandantes respecto de la responsabilidad por doble imposición que surgiera en Suiza o en cualquier otro lugar que no habría surgido de no ser por las medidas adversas de Colombia;

1677. Este punto (l) carece de relevancia: el Tribunal le está ordenando a Colombia reembolsar el Monto de Responsabilidad Fiscal a Prodeco, y no a Glencore. Las Demandantes no han demostrado que la restitución a favor de Prodeco tendrá como consecuencia la responsabilidad fiscal por doble imposición tributaria en Suiza o en otro lugar.

I. Petitorio (m)

(m) ORDENE que Colombia pague todos los costos y gastos de este arbitraje, incluidos los honorarios legales y periciales de las Demandantes, los honorarios y gastos de los peritos designados por el Tribunal, los honorarios y gastos del Tribunal, y los costos del CIADI.

1678. El Tribunal le ha ordenado a Colombia reembolsar a las Demandantes la suma de USD 625.000 (neto de reembolso por el CIADI) en concepto de Costos del Procedimiento y de USD 1.692.900 en concepto de Gastos de Defensa.

(2) PETITORIOS DE LA DEMANDADA

1679. La Demandada presenta el petitorio sobre cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, y sobre el fondo.

A. Petitorios de Jurisdicción y Admisibilidad

1004. Que declare:

- Que carece de jurisdicción sobre todas las reclamaciones de las Demandantes; y
- Que todas las reclamaciones de las Demandantes son, en cualquier caso, inadmisibles;
- Que las nuevas reclamaciones de las Demandantes incluidas en la Réplica son extemporáneas y, por ende, inadmisibles.

1680. El Tribunal ha desestimado las siguientes excepciones de la Demandada:

- Excepción de Ilegalidad,
- Excepción de Elección de Vía y
- Excepción de Inadmisibilidad,

pero ha aceptado la Excepción de Cláusula Paraguas de la Demandada.

1681. La consecuencia necesaria es que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal, competencia para resolver reclamaciones fundadas en el incumplimiento de los Art. 4(1) y 4(2) del Tratado.

1682. El Tribunal también ha desestimado la solicitud adicional de la Demandada de que determinadas reclamaciones supuestamente invocadas por primera vez en la Réplica sean declaradas extemporáneas e inadmisibles.

B. Fondo

1006. En caso de que, *par impossible*, el Tribunal concluyera que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes y que éstas son admisibles, que declare:

- Que Colombia cumplió con sus obligaciones internacionales en virtud del Tratado y del derecho internacional;
- Que Colombia no incumplió el Artículo 4(1) del Tratado y que todas las reclamaciones de las Demandantes que en ello se fundan son, por lo tanto, desestimadas;
- Que Colombia no incumplió el Artículo 4(2) del Tratado y que todas las reclamaciones de las Demandantes que en ello se fundan son, por lo tanto, desestimadas;
- Que Colombia no incumplió el Artículo 10(2) del Tratado y que todas las reclamaciones de las Demandantes que en ello se fundan son, por lo tanto, desestimadas.

1683. El Tribunal ya ha expuesto sus conclusiones: la Demandada en efecto ha incumplido los Art. 4(1) y 4(2) del Tratado y, en consecuencia, el Tribunal ha ordenado que las Demandantes sean compensadas con la restitución de los montos abonados inadecuadamente, más intereses. Con respecto al incumplimiento del Art. 10(2), el Tribunal aceptó la Excepción de Cláusula Paraguas que planteó la Demandada y, por ende, declaró que carece de competencia (y el Centro carece de jurisdicción) para decidir la reclamación.

C. Cuantía

1008. En caso de que, *par impossible*, el Tribunal concluyera que Colombia ha incumplido sus obligaciones en virtud del Tratado y/o del derecho internacional, que declare:

- Que las reclamaciones no pecuniarias de las Demandantes exceden la jurisdicción y las facultades del Tribunal, o que son inadmisibles;
- Que las Demandantes no han sufrido daños que justifiquen una compensación; y
- Que, en cualquier caso, las Demandantes contribuyeron de forma sustancial a las supuestas pérdidas que sufrieron, y que toda suma que

el Tribunal otorgue a su favor se reduzca en consecuencia en un 75% como mínimo.

1684. Respecto de la cuantificación, el Tribunal ha concluido que las Demandantes han sufrido un perjuicio como resultado de los actos ilícitos de Colombia y ha ordenado la reparación íntegra mediante la restitución del Monto de Responsabilidad Fiscal —la suma que Prodeco le había abonado indebidamente a la Contraloría, más intereses.
1685. El Tribunal no ha aceptado ninguna de las reclamaciones no monetarias de las Demandantes (salvo por la declaración de incumplimiento), por los motivos expuestos en la presente sección.
1686. Por último, el Tribunal ha desestimado el argumento de la Demandada de que las Demandantes contribuyeron de forma significativa a sus propias pérdidas.

XII. DECISIÓN

1687. Por las razones expuestas, el Tribunal de forma unánime¹⁴⁰⁸ resuelve lo siguiente:

1. Desestima las Excepciones de Ilegalidad, de Elección de Vía y de Inadmisibilidad de la Demandada, acepta la Excepción de Cláusula Paraguas de la Demandada, y declara que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal competencia para decidir reclamaciones fundadas en el incumplimiento de los Art. 4(1) y 4(2) del Tratado.
2. Declara que la conducta de la Contraloría al calcular el daño supuestamente sufrido por la República de Colombia como consecuencia de la suscripción del Otrosí No. 8 constituye (i) una medida no razonable que ha perjudicado la inversión de las Demandantes en Colombia en violación del Art. 4(1) del Tratado y (ii) un incumplimiento del tratamiento justo y equitativo, en violación del Art. 4(2) del Tratado.
3. Ordena que la República de Colombia le restituya a C.I. Prodeco S.A. el Monto de Responsabilidad Fiscal en la suma de USD 19.100.000.
4. Ordena que la República de Colombia pague intereses sobre el monto establecido en el párr. 3 desde el 19 de enero de 2016 hasta la fecha del pago efectivo, a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses más un margen del 2%, capitalizado semestralmente.
5. Declara que el pago de la restitución y los intereses otorgados a Prodeco de conformidad con este Laudo debe ser neutral respecto de los impuestos colombianos, con las consecuencias detalladas en el párr. 1630 del presente Laudo, y ordena que la República de Colombia mantenga indemne a Prodeco respecto de cualquier impuesto colombiano que no cumpla con dicho principio.
6. Ordena que la República de Colombia reembolse a las Demandantes (i) los Costos del Procedimiento (netos de cualquier reembolso final por parte del CIADI) y (ii) USD 1.692.900 en concepto de Gastos de Defensa, más intereses sobre ambos montos a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses con un margen del 2%, capitalizado semestralmente a partir de la fecha de este laudo hasta la fecha del pago efectivo.
7. Desestimar todas las demás reclamaciones, excepciones y defensas.

¹⁴⁰⁸ La decisión del Tribunal es (i) unánime en el resultado y (ii) unánime en el razonamiento de soporte, salvo por el desacuerdo del Árbitro Garibaldi con determinados aspectos del razonamiento adoptado por la mayoría, tal como se explica en las notas al pie en las secciones correspondientes.

EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE

[Firma]

Oscar M. Garibaldi

24 de agosto de 2019

[Firma]

Christopher Thomas QC

24 de agosto de 2019

[Firma]

Juan Fernández-Armesto

25 de agosto de 2019