

C E R T I F I C A D O

**GLENCORE INTERNATIONAL A.G., C.I. PRODECO S.A.
Y SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A.**

C.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

(Caso CIADI No. ARB/19/22)

Por la presente certifico que el documento adjunto es copia fiel de la versión en español del Laudo del Tribunal de fecha 19 de abril de 2024.



Meg Kinnear
Secretaria General



Washington, D.C., 19 de abril de 2024

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

En el procedimiento de arbitraje entre

**GLENCORE INTERNATIONAL A.G., C.I. PRODECO S.A. Y SOCIEDAD PORTUARIA
PUERTO NUEVO S.A.**

Demandantes

y

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Demandada

Caso CIADI No. ARB/19/22

LAUDO

Miembros del Tribunal

Sr. Bernardo M. Cremades, Presidente
Sr. Daniel M. Price, Árbitro
Sr. Claus Von Wobeser, Árbitro

Secretaría del Tribunal

Sra. Alicia Martín Blanco

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

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

En representación de Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A. y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A.:

a/c Sr. Nigel Blackaby KC
Sra. Caroline Richard
Sr. Juan Pomés
Sr. Nicolás Córdoba
Sra. Rosario Galardi
Sr. Joseph Spadafore
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
700 13th Street, NW
10th Floor
Washington, DC 20005-3960
Estados Unidos de América

Sr. Gustavo Topalian
Dechamps International Law
Juncal 802, 6º Piso N
Buenos Aires, C1062ABF
Argentina

Sr. José Manuel Álvarez Zárate
Calle 82 No 11-37 oficina 501
Bogotá
Colombia

En representación de la República de Colombia:

a/c Sr. John Camargo
Director (E) General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Sr. Giovanni Andrés Vega Barbosa
Director (E) de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Carrera 7 No. 75-66 Pisos 2 y 3
Bogotá D.C.
Colombia

Sra. María Paula Arenas Quijano
Directora de Inversión Extranjera, Servicios y Propiedad Intelectual Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Calle 28 No. 13 A – 15
Bogotá D.C.
Colombia

Prof. Eduardo Silva Romero
Sr. José Manuel García Represa
Sra. Catalina Echeverri Gallego
Sr. Javier Echeverri Díaz
Sra. Ruxandra Esanu
Sra. Ana María Durán López
Wordstone
80 Rue Jouffroy d'Abbans
75017 París
Francia

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	Introducción y Partes	1
II.	Antecedentes Procesales.....	2
III.	Antecedentes de Hecho	12
IV.	Petitorio	26
	A. Petitorio de las Demandantes	26
	B. Petitorio de la Demandada.....	27
V.	Jurisdicción.....	29
	A. Posición de las Demandantes	29
	B. Posición de la Demandada.....	32
	C. La Decisión del Tribunal	34
VI.	Fondo	37
	A. Posición de las Demandantes	37
	(1) La Demandada No Otorgó un Tratamiento Justo y Equitativo a las Inversiones de las Demandantes.....	38
	(a) La Demandada Actuó Arbitriamente.....	38
	(b) La Conducta de la Demandada fue Incoherente y Poco Transparente	42
	(c) La Conducta de la Demandada Careció de Debido Proceso	44
	(d) La Conducta de la Demandada fue Discriminatoria.....	45
	(e) La Conducta de la Demandada Frustró las Expectativas Legítimas de las Demandantes	45
	(f) Los Intentos de la Demandada por Justificar su Violación del Estándar de Tratamiento Justo y Equitativo Carecen de Fundamento	46
	(2) La Demandada No Otorgó a las Inversiones de las Demandantes un Tratamiento No Menos Favorable que Aquel Dado a las Inversiones de los Inversionistas de un Tercer Estado	57
	(3) La Demandada Perjudicó las Inversiones de las Demandantes mediante Medidas No Razonables y Discriminatorias	60
	B. Posición de la Demandada.....	62
	(1) La Demandada No Puede Considerarse Responsable en virtud del Tratado por Rehusarse a Cambiar las Políticas Públicas y los Acuerdos Contractuales que Aceptaron las Demandantes al Momento de Invertir en Puerto Nuevo	63
	(2) Las Demandantes No Probaron la Existencia de una Situación Anticompetitiva, ni Mucho Menos que la Demandada Actuó de Manera Arbitraria, Discriminatoria o No Razonable al Momento de Rechazar sus Solicitudes de Cobrar una Tarifa por el Uso del Canal de Acceso	64

(a) Los Documentos Internos y Preliminares del Estado No Pueden Crear una Obligación de Regular Inexistente de Otro Modo.....	65
(b) La Decisión de la Demandada de Rechazar las Solicitudes de las Demandantes Relativas al Canal de Acceso No Constituye una Violación del Tratado.....	66
(c) La SIC Confirmó que el Rechazo por Parte de Colombia de las Solicitudes de las Demandantes Relativas al Canal de Acceso No Constituye una Violación del Tratado	71
C. La Decisión del Tribunal	72
VII. Reparación	76
A. Posición de las Demandantes	76
(1) Principios Aplicables y Metodología	76
(a) Debe Indemnizarse Íntegramente a las Demandantes	76
(b) La Fecha de Valoración y Metodología para el Cálculo de los Daños.....	78
(2) Cálculo de los Daños Derivados de los Incumplimientos de la Demandada	82
(3) Las Demandantes Tienen Derecho a Intereses Compuestos Calculados a Una Tasa Comercial que Garantice una Reparación Íntegra.....	86
(a) Los Intereses Anteriores y Posteriores al Laudo Son Necessarios para Garantizar una Reparación Íntegra	86
(b) Los Intereses Anteriores y Posteriores al Laudo Deberían Otorgarse a Una Tasa Comercial	87
(c) El Interés Debería Ser Compuesto para Garantizar una Reparación Íntegra.....	89
(4) El Laudo Debería ser Neto de Todos los Impuestos Colombianos Aplicables	90
B. Posición de la Demandada.....	91
(1) La Reclamación de Daños de las Demandantes No Cumple con el Derecho Internacional y es Exagerada.....	91
(2) La Reclamación de Intereses de las Demandantes es Contradicторia con el Derecho Internacional y con el Derecho Colombiano, y Exagerada.....	96
C. La Decisión del Tribunal	99
VIII.Costos	105
A. Posición de las Demandantes	105
B. Posición de la Demandada.....	107
C. La Decisión del Tribunal	108
IX. Laudo	109

GLOSARIO¹

Reglas de Arbitraje	Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 10 de abril de 2006.
C-[#]	Anexo Documental de las Demandantes
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
Cl. Mem.	Memorial de las Demandantes de fecha 24 de mayo de 2021
Cl. Rep.	Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes de fecha 11 de agosto de 2022
Cl. PHB	Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes de fecha 11 de agosto de 2023
Cl. SoC	Declaración sobre Costos de las Demandantes de fecha 8 de septiembre de 2023
Demandantes	Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A. y Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A.
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Partes	Demandantes y Demandada
R-[#]	Anexo Documental de la Demandada
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
Res. Mem.	Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Excepciones

¹ Este glosario es una compilación de términos claves y sus respectivas definiciones.

	Jurisdiccionales de Colombia, de fecha 31 de enero de 2022
Res. Rej.	Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Excepciones Jurisdiccionales de Colombia, de fecha 23 de diciembre de 2022
Res. PHB	Escrito Posterior a la Audiencia de Colombia de fecha 11 de agosto de 2023
Res. SoC	Declaración sobre Costos de Colombia de fecha 8 de septiembre de 2023
Demandada	República de Colombia
Tratado	Convenio entre la Republica de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006 y en vigor desde el 6 de octubre de 2009
Tribunal	Tribunal de Arbitraje constituido el 16 de septiembre de 2020

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente caso se refiere a una controversia presentada ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”), sobre la base del Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006 y en vigor desde el 6 de octubre de 2009 (el “**Tratado**”). La República de Colombia es parte del CIADI desde el 14 de agosto de 1997 y la Confederación Suiza desde el 14 de junio de 1968.
2. Las Demandantes son (i) Glencore International A.G. (“**Glencore**”), nacional de la Confederación Suiza; (ii) C. I. Prodeco S.A. (“**Prodeco**”), filial de propiedad plena de Glencore bajo el control efectivo de Glencore, constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia; y (iii) Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A. (“**PNSA**”), filial de propiedad plena de Glencore bajo el control efectivo de Glencore, constituida de conformidad con las leyes de la República de Colombia (en su conjunto, las “**Demandantes**”). La Demandada es la República de Colombia (“**Demandada**”).
3. La Demandada acepta tratar a Prodeco y PNSA como nacionales suizos al amparo del Artículo 1(2)(c) del Tratado.
4. Las Demandantes y la Demandada se denominarán, en conjunto, las “**Partes**” y, por separado, una “**Parte**”. Los representantes de las Partes y sus domicilios se encuentran detallados en la página (i) *supra*.
5. Esta controversia se relaciona con el alegato de las Demandantes de que la Demandada violó los Artículos 4(1) y 4(2) del Tratado con respecto a la protección y trato de inversiones al exigir a las Demandantes el pago, mediante tarifas, por la construcción y el mantenimiento de infraestructura pública y, a la vez, permitir a otra sociedad de titularidad extranjera utilizar la misma infraestructura pública de manera gratuita. En concreto, las Demandantes alegan que la Demandada: (i) no otorgó un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes; (ii) incumplió

con su obligación de brindar trato de nación más favorecida a las Demandantes y sus inversiones; y (iii) menoscabó el goce por parte de las Demandantes de sus inversiones a través de medidas exorbitantes y discriminatorias. Las Demandantes pretenden una indemnización plena en la suma de USD 40,3 millones, más intereses anteriores y posteriores al laudo a una tasa de 5,57 %, con capitalización anual, a partir del 12 de junio de 2014.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

6. El 11 de junio de 2019, las Demandantes presentaron ante el CIADI una Solicitud de Arbitraje, acompañada de los anexos documentales C-1 a C-69.
7. El 9 de julio de 2019, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de Arbitraje conforme al Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “**Convenio del CIADI**”) y las Reglas 6 y 7 de las Reglas de Iniciación del CIADI.
8. El 14 de octubre de 2019, las Demandantes solicitaron que el Tribunal se constituyera de conformidad con la fórmula prevista por el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, y designaron al Sr. Daniel M. Price, nacional de los EE. UU. como árbitro. El 18 de noviembre de 2019, la Demandada designó al Sr. Claus von Wobeser, nacional de México y Alemania como árbitro.
9. El 13 de mayo de 2020, el Centro informó a las Partes que había recibido una comunicación de los Sres. von Wobeser y Price en la que reenviaban el mensaje conjunto de las Partes de 28 de abril de 2020 que contenía un acuerdo respecto de un proceso en el que las Partes tacharían y clasificarían candidatos por orden de preferencia y que resultaría en el nombramiento del Presidente del Tribunal conforme lo establecido en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, según el cual los coárbitros presentarían una lista de candidatos al CIADI, quien se pondría en contacto con los candidatos, según corresponda, para verificar su disponibilidad y ausencia de conflictos para actuar en el presente caso.

10. El 30 de junio de 2020, el Centro proporcionó a las Partes la lista de candidatos presentada por los coárbitros y confirmó que el Centro se había puesto en contacto con los candidatos, quienes en su totalidad habían confirmado su disponibilidad, proporcionando un *curriculum vitae* actualizado, confirmado sus nacionalidades respectivas y brindado información que cada uno de ellos deseaba transmitir a las Partes. El 7 de julio de 2020, las Demandantes presentaron al Centro la lista de candidatos que habían tachado y clasificado. Ese mismo día, la Demandada indicó que dos de los candidatos no cumplían los requisitos acordados por las Partes y solicitó que fueran reemplazados por los coárbitros. El 9 de julio de 2020, las Demandantes adujeron que no existía fundamento para la petición de la Demandada y solicitaron que el CIADI la rechazara y les exigiera a las Partes que regresaran a tachar y clasificar a los candidatos existentes. Las Partes presentaron comentarios adicionales los días 14 y 17 de julio de 2020, respectivamente. El 14 de agosto de 2020, el Centro observó que, tras las consultas a los coárbitros, las observaciones formuladas por las Partes se estaban transmitiendo a los dos candidatos para su información. El 26 de agosto de 2020, el Centro informó a las Partes de las reacciones de los dos candidatos y advirtió que tras las consultas entre el Centro y los coárbitros, y de conformidad con el acuerdo de las Partes sobre el proceso de nombramiento del Presidente del Tribunal, se invitaba a las Partes a tachar hasta dos candidatos y clasificar en orden de preferencia a todos los candidatos restantes incluidos en la lista que circulara el Centro el 30 de junio de 2020. El 2 de septiembre de 2020, cada una de las Partes presentó ante el Centro su respectiva lista en la que había tachado y clasificado a los candidatos en orden de preferencia. Ese mismo día, la Demandada presentó una comunicación en la que observó que no le habían dado “más opción que participar en este procedimiento defectuoso para seleccionar al Presidente del Tribunal, que no se ha llevado a cabo de conformidad con el acuerdo de las Partes” y que hacía reserva de todos sus derechos. [Traducción del Tribunal]
11. El 3 de septiembre de 2020, el Centro informó a las Partes que, de conformidad con su acuerdo respecto del proceso para nombrar el árbitro presidente, las comunicaciones de las Partes habían resultado en el nombramiento del Dr. Bernardo

M. Cremades, nacional de España, como Presidente del Tribunal en el presente caso por acuerdo de las Partes.

12. El Tribunal se constituyó conforme a lo establecido en el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI y está integrado por el Sr. Bernardo M. Cremades (Presidente), nacional del Reino de España, designado por las Partes de común acuerdo; el Sr. Daniel M. Price (Árbitro), nacional de los Estados Unidos de América, designado por las Demandantes; y el Sr. Claus von Wobeser (Árbitro), nacional de los Estados Unidos Mexicanos y Alemania, designado por la Demandada.
13. El Tribunal se consideró constituido y el procedimiento comenzado el 16 de septiembre de 2020, cuando la Secretaria General notificó a las Partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos, con arreglo a la Regla 6(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Ese mismo día, el Secretariado del CIADI distribuyó copias de las declaraciones firmadas de los Miembros del Tribunal de conformidad con la Regla 6(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Se nombró a la Sra. Alicia Martín Blanco, Consejera Jurídica del CIADI, para fungir como Secretaria del Tribunal.
14. El 15 de octubre de 2020, la Demandada presentó una solicitud de conformidad con la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (“**Solicitud conforme a la Regla 41(5)**”), junto con las autoridades legales RL-1 a RL-25. En su Solicitud conforme a la Regla 41(5), la Demandada alegó que las reclamaciones de las Demandantes carecían manifiestamente de mérito jurídico y se encontraban prescritas en virtud del Artículo 11(5) del Tratado.
15. El 26 de octubre de 2020, el Tribunal celebró su primera sesión y consulta procesal preliminar con las Partes por videoconferencia.
16. El 28 de octubre de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1, que contempla los acuerdos de las Partes y las decisiones del Tribunal respecto de las reglas procesales que regirán el arbitraje. La Resolución Procesal No. 1 establece, *inter alia*, que el procedimiento se desarrollará de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigencia desde el 10 de abril de 2006, que el Tribunal se

constituyó según lo establecido en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje del CIADI, y que las Partes confirmaron que el Tribunal se constituyó debidamente y que ninguna de las Partes tenía objeción alguna al nombramiento de ninguno de los Miembros del Tribunal. La Resolución Procesal No. 1 asimismo establece un cronograma para la presentación de escritos sobre la Solicitud conforme a la Regla 41(5), así como también un cronograma para el resto del procedimiento, suponiendo que la decisión sobre la Solicitud conforme a la Regla 41(5) no disponga de la totalidad del arbitraje.

17. El 16 de noviembre de 2020, las Demandantes presentaron sus Observaciones a la Solicitud conforme a la Regla 41(5) de la Demandada, junto con los anexos documentales C-70 a C-71 y las autoridades legales CL-1 a CL-23.
18. El 1 de diciembre de 2020, la Demandada presentó una Réplica sobre su Solicitud conforme a la Regla 41(5), junto con las autoridades legales RL-26 a RL-45.
19. El 16 de diciembre de 2020, las Demandantes presentaron una Duplicata sobre la Solicitud conforme a la Regla 41(5).
20. El 15 de enero de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 sobre la Organización de la Audiencia para tratar la Solicitud conforme a la Regla 41(5).
21. El 19 de enero de 2021, el Tribunal y las Partes celebraron una audiencia virtual sobre la Solicitud conforme a la Regla 41(5) de la Demandada, con los participantes que se enumeran a continuación:

Tribunal de Arbitraje

Bernardo M. Cremades, Presidente del Tribunal

Daniel M. Price, Árbitro

Claus von Wobeser, Árbitro

Secretariado del CIADI

Alicia Martín Blanco, Secretaria del Tribunal

En representación de las Demandantes

Nigel Blackaby, Freshfields Bruckhaus Deringer

Gustavo Topalian, Freshfields Bruckhaus Deringer

Juan Pomés, Freshfields Bruckhaus Deringer

Rosario Galardi, Freshfields Bruckhaus Deringer

Joseph Spadafore, Freshfields Bruckhaus Deringer

Joe Arias-Tapia, Freshfields Bruckhaus Deringer

Rubén Castro, Freshfields Bruckhaus Deringer

José M. Álvarez Zárate, Álvarez Zárate & Asociados

Oscar Eduardo Gómez, Grupo Prodeco

Juan Lucas González, Grupo Prodeco

En representación de la Demandada

Eduardo Silva Romero, Dechert LLP

Catalina Echeverri Gallego, Dechert LLP

Amir Farhadi, Dechert LLP

Judith Alves, Dechert LLP

María Pabón, Dechert LLP

Camilo Gómez Alzate, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Ana María Ordóñez Puentes, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Elizabeth Prado López, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Giovanni Andrés Vega, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

22. El 1 de febrero de 2021, las Partes presentaron sus correcciones consensuadas de la transcripción.
23. El 4 de febrero de 2021, las Partes presentaron sus respectivas Declaraciones sobre Costos.
24. El 22 de febrero de 2021, el Tribunal emitió su Decisión sobre la Solicitud conforme a la Regla 41(5) de la Demandada, por la cual denegó la Solicitud de la Demandada y aplazó la distribución de los costos a una fecha posterior.

25. El 24 de mayo de 2021, las Demandantes presentaron su Memorial, junto con la siguiente documentación:
- (1) Los anexos documentales C-72 a C-124.
 - (2) Las autoridades legales CL-24 a CL-90.
 - (3) La Declaración Testimonial de Mark McManus, Presidente y CEO de Prodeco (abril de 2013 a junio de 2019), de fecha 24 de mayo de 2021.
 - (4) El Primer Informe Pericial de Daniela Bambaci y Santiago Dellepiane de Berkeley Research Group (“**Primer Informe de BRG**”) de fecha 24 de mayo de 2021.
 - (5) Los anexos BRG-0001 a BRG-0046 del Primer Informe de BRG.
26. El 23 de junio de 2021, la Demandada presentó una Solicitud de Bifurcación, conjuntamente con una carta introductoria, los anexos documentales R-1 y R-2, y las autoridades legales RL-46 a RL-78.
27. El 23 de julio de 2021, las Demandantes presentaron su Contestación a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, conjuntamente con los anexos documentales C-125 a C-128 y las autoridades legales CL-91 a CL-122.
28. El 23 de agosto de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3, por la cual denegó la Solicitud de Bifurcación de la Demandada y aplazó la distribución de costos a una fecha posterior.
29. El 31 de enero de 2022, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Excepciones Jurisdiccionales, junto con la siguiente documentación:
- (1) Una carta introductoria al Memorial de Contestación de la Demandada, de fecha 31 de enero de 2022.
 - (2) Los anexos documentales R-3 a R-79, junto con una lista consolidada de anexos documentales.

- (3) Las autoridades legales RL-79 a RL-148, junto con una lista consolidada de autoridades legales.
 - (4) La Declaración Testimonial de la Sra. Silvana Habib Daza de fecha 28 de enero de 2022.
 - (5) La Declaración Testimonial de la Sra. Catalina Crane Arango de fecha 27 de enero de 2022.
 - (6) El Informe Pericial de la Dra. Min Shi, CFA de Oxera Consulting LLP, de fecha 31 de enero de 2022 (“**Primer Informe de Oxera**”).
 - (7) Los anexos OX-0001 a OX-0040 del Primer Informe de Oxera.
30. El 20 de abril de 2022, las Partes presentaron al Tribunal sus respectivas solicitudes de exhibición de documentos.
31. El 11 de mayo de 2022, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4, en la que se recogen sus decisiones sobre las respectivas solicitudes de exhibición de documentos de las Partes.
32. El 1 de agosto de 2022, las Demandantes presentaron una solicitud relativa a la exhibición de documentos, a la que la Demandada respondió el 4 de agosto de 2022, seguida de las observaciones de las Demandantes. El 6 de agosto de 2022, el Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de las Demandantes, aclarada por la comunicación del Tribunal de 8 de agosto de 2022.
33. El 11 de agosto de 2022, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, junto con la siguiente documentación:
- (1) Los anexos documentales C-54 bis, C-129 a C-194, junto con una lista consolidada de anexos documentales.
 - (2) Las autoridades legales CL-123 a CL-153, junto con una lista consolidada de autoridades legales.
 - (3) La Segunda Declaración Testimonial de Mark McManus de fecha 11 de agosto 2022.

- (4) El Segundo Informe Pericial de Daniela Bambaci y Santiago Dellepiane de Berkeley Research Group de fecha 11 de agosto de 2022 (“**Segundo Informe de BRG**”).
- (5) Los anexos BRG-0047 a BRG-0086 del Segundo Informe de BRG.
34. El 23 de diciembre de 2022, la Demandada presentó su Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Excepciones Jurisdiccionales, junto con la siguiente documentación:
- (1) Una carta introductoria a la Dúplica de la Demandada de fecha 23 de diciembre de 2022.
 - (2) Los anexos documentales R-80 a R-135, junto con una lista consolidada de anexos documentales.
 - (3) Las autoridades legales RL-149 a RL-218, junto con una lista consolidada de autoridades legales.
 - (4) La Segunda Declaración Testimonial de la Sra. Catalina Crane Arango de fecha 21 de diciembre de 2022.
 - (5) La Declaración Testimonial de la Sra. María Isabel Ulloa Cruz de fecha 22 de diciembre de 2022.
 - (6) El Segundo Informe Pericial de la Dra. Min Shi, CFA, y el Sr. Robin Noble de Oxera Consulting LLP, de fecha 23 de diciembre de 2022 (“**Segundo Informe de Oxera**”).
 - (7) Los anexos OX-0041 a OX-0065 del Segundo Informe de Oxera.
35. El 23 de marzo de 2023, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción, junto con los anexos documentales C-129 *bis*, C-195 a C-198, las autoridades legales CL-154 a CL-155, e índices consolidados actualizados de anexos documentales y autoridades legales.
36. El 24 de marzo de 2023, las Demandantes presentaron una solicitud relativa a la exhibición de documentos, a la que la Demandada respondió el 31 de marzo de 2023. El Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de las Demandantes el 14 de abril de 2023.

37. El 17 de abril de 2023, el Tribunal y las Partes celebraron una audiencia preliminar por videoconferencia.
38. El 25 de abril de 2023, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 sobre la organización de la audiencia
39. Entre los días 5 y 8 de junio de 2023, el Tribunal y las Partes celebraron la audiencia en las instalaciones del CIADI en Washington, D. C., con los siguientes participantes:

Tribunal de Arbitraje

Bernardo M. Cremades, Presidente del Tribunal

Daniel M. Price, Árbitro

Claus von Wobeser, Árbitro

Secretariado del CIADI

Alicia Martín Blanco, Secretaria del Tribunal

En representación de las Demandantes

Nigel Blackaby, Freshfields Bruckhaus Deringer

Caroline S. Richard, Freshfields Bruckhaus Deringer

Juan Pomés, Freshfields Bruckhaus Deringer

Nicolás Córdoba, Freshfields Bruckhaus Deringer

Rosario Galardi, Freshfields Bruckhaus Deringer

Joseph Spadafore, Freshfields Bruckhaus Deringer

Anne-Laure Villa, Freshfields Bruckhaus Deringer

Rubén Castro, Freshfields Bruckhaus Deringer

Sandra Díaz, Freshfields Bruckhaus Deringer

Hina Uddin, Freshfields Bruckhaus Deringer

Gustavo Topalian, Dechamps International Law

José M. Álvarez Zárate, Álvarez Zárate & Asociados

T-Zady Guzmán, FTI Consulting

Oscar Eduardo Gómez, Demandantes

Juan Lucas González, Demandantes

Testigo de las Demandantes

Mark McManus, Testigo de Hecho

Peritos de las Demandantes

Santiago Dellepiane, Berkeley Research Group

Daniela Bambaci, Berkeley Research Group

Ian Friser-Frederiksen, Berkeley Research Group

Camila Sury, Berkeley Research Group

En representación de la Demandada

Ana María Ordóñez Puentes, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Giovanny Vega-Barbosa, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Martha Lucía Zamora Ávila, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Camilo Valdivieso León, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Marcela María Silva Zambrano, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Leiver Darío Palacios Ramos, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Eduardo Silva Romero, Dechert LLP

José Manuel García Represa, Dechert LLP

Catalina Echeverri Gallego, Dechert LLP

Javier Echeverri Díaz, Dechert LLP

Ruxandra Irina Esanu, Dechert LLP

Ana María Durán, Dechert LLP

Judith Alves, Dechert LLP

Paulina Rodríguez de León, Dechert LLP

Rubén Eduardo Arrioja Mena, Dechert LLP

Juan Felipe Merizalde, Adell & Merizalde

Testigos de la Demandada

Catalina Crane Arango

Silvana Beatriz Habib Daza

María Isabelle Ulloa Cruz

Peritos de la Demandada

Robin Noble, Oxera

Min Shi, Oxera

Dorian Beauchene, Oxera

Elisa Greene Morales, Oxera

Yuhao Zu, Oxera

40. El 15 de junio de 2023, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 relativa a cuestiones posteriores a la audiencia.
41. El 1 de julio de 2023, las Partes presentaron sus correcciones consensuadas a las transcripciones.
42. El 11 de agosto de 2023, las Partes presentaron sus respectivos Escritos Posteriores a la Audiencia.
43. El 8 de septiembre de 2023, las Partes presentaron sus respectivas Declaraciones sobre Costos.
44. El procedimiento se cerró el 9 de abril de 2024.

III. ANTECEDENTES DE HECHO

45. En esta sección se exponen los antecedentes de hecho de la disputa que dieron lugar a este arbitraje. Esta sección no pretende ser exhaustiva y tiene por objeto brindar un panorama cronológico general de los hechos principales planteados ante el Tribunal en su debido contexto.
46. Desde el año 1991, a través de la emisión del Plan de Expansión Portuaria, el Ministerio de Transporte y el Ministerio del Medio Ambiente de Colombia han

supervisado la planificación y el desarrollo de las actividades portuarias en los puertos marítimos de Colombia².

47. El 20 de diciembre de 2001, el Consejo Nacional de Política Económica y Social de Colombia (“CONPES”) aprobó el Documento CONPES 3149, un plan preparado por el Ministerio de Transporte, el Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia de Puertos y Transporte y la Autoridad Marítima para la expansión de la infraestructura portuaria de Colombia. El plan estaba destinado a orientar las inversiones públicas y a estimular las privadas, de tal forma que promuevan la competitividad comercial, la seguridad portuaria, el desarrollo tecnológico y las obras de beneficio común³.
48. El 14 de marzo de 2005, el CONPES aprobó el Documento CONPES 3342, una declaración según la cual la producción de carbón en Colombia debería “*enmarcarse en el establecimiento de políticas ambientales conducentes a la adopción de procedimientos efectivos en el manejo del [carbón]*”. Específicamente, el Documento CONPES 3342 instaba a la adopción de mecanismos de cargue directo a los buques cargueros en puerto, lo cual mitigaría los riesgos ambientales de derrame de carbón⁴.
49. El 15 de agosto de 2007, el Ministerio de Transporte emitió el decreto No. 3083, mediante el cual se ordenó la instalación en todos los puertos que realizasen cargue de carbón del sistema de cargue directo a más tardar el 1 de julio de 2010. Los firmantes del decreto fueron el Ministro de Minas y Energía, el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y el Ministro de Transporte⁵. El plazo para la implementación de sistemas de cargue directo posteriormente se prorrogó hasta el 1 de enero de 2014⁶.
50. El 20 de septiembre de 2007, la Presidencia de Colombia emitió un comunicado, mediante el cual se anunciaba que el puerto de Prodeco en Santa Marta (Puerto

² Anexo C-76.

³ Anexo C-76.

⁴ Anexo C-77.

⁵ Anexo C-38.

⁶ Anexo C-49.

Zúñiga, también conocido como Puerto Prodeco) operaría hasta 2009—año en el que terminaba su concesión⁷. Este plazo del año 2009 se prorrogó finalmente hasta el año 2013⁸.

51. En el mes de diciembre de 2007, el Ministerio de Transporte seleccionó a la Bahía de Ciénaga como zona de interés público para fines portuarios de cargue de carbón, a la cual se la conocería como Puerto Nuevo⁹. Según lo establecido en el decreto No. 3083, Puerto Nuevo debería utilizar un sistema de cargue directo para la exportación de carbón¹⁰.
52. El 17 de enero de 2008, el Ministerio de Transporte emitió la Resolución No. 126, mediante la cual invitó a todas las entidades involucradas en la explotación y exportación de carbón, a formar parte de un proceso de licitación para la construcción de Puerto Nuevo y del sistema de cargue directo de carbón¹¹.
53. El 12 de junio de 2008, Prodeco y otros exportadores de carbón firmaron un memorando de entendimiento con el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el Instituto Nacional de Concesiones (“INCO”) para constituir una empresa conjunta para la construcción de Puerto Nuevo (el “MOU de Puerto Nuevo”)¹².
54. El 25 de agosto de 2008, el CONPES aprobó el Documento CONPES 3540 de Estrategia para la Optimización y Modernización del Transporte de Carbón Por los Puertos Marítimos del Municipio de Ciénaga y la Bahía Santa Marta, el cual impartió instrucciones al INCO para que inicie el proceso de oferta oficiosa a fin de otorgar la concesión para la construcción y operación de Puerto Nuevo dentro de los tres meses subsiguientes¹³.

⁷ Anexo C-39.

⁸ Anexo C-51.

⁹ Anexo C-78.

¹⁰ Anexo C-38.

¹¹ Anexo C-40.

¹² Anexo C-84; Anexo C-86.

¹³ Anexo C-85.

55. El 19 de septiembre de 2008, Drummond Company Inc. (“**Drummond**”) y Prodeco enviaron una carta y un borrador de un memorando de entendimiento al Ministro de Minas y Energía, al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Ministro de Transporte y al Ministro Consejero de la Presidencia en la cual expresaban que aceptaban colaborar en la construcción de Puerto Nuevo. La carta, en su parte pertinente, rezaba:

En desarrollo de los lineamientos fijados en el Documento CONPES No. 3540 del 25 de Agosto de 2008, de las diversas reuniones que hemos sostenido con el gobierno... hemos venido trabajando conjuntamente, de acuerdo con la solicitud del gobierno nacional, en el diseño de la ampliación de Puerto Drummond y de la construcción de Puerto Nuevo, con instalaciones conjuntas en el área marina¹⁴.

56. En el mes de enero de 2009, Prodeco, en representación de todas las partes del MOU de Puerto Nuevo, presentó una oferta para construir Puerto Nuevo. Esta propuesta suponía que Drummond, si bien no formaba parte del MOU de Puerto Nuevo, estaría involucrada en la construcción de un canal de acceso, tal como se indica en la carta de Prodeco al INCO de fecha 14 de enero de 2009:

El área marina se encuentra ubicada parcialmente en el área actual concesión de Drummond. El desarrollo del área marina estará a cargo de Drummond y sus costos serán distribuidos 50% para Drummond y 50% Nuevo Puerto. El área marina consta de un muelle provisional para barcazas el cual permitirá el cargue actual de barcazas, un muelle de acceso de 3500mX13 m que conectará la porción terrestre con el muelle de atraque y el cargador de barcos, la dársena y el canal de navegación¹⁵.

57. La oferta de Prodeco fue aprobada el 26 de febrero de 2009 a través de la Resolución del INCO No. 135, la cual estableció las condiciones para la Concesión de Puerto Nuevo y señaló que Drummond estaría involucrado en la construcción de las instalaciones en Puerto Nuevo:

Puerto Nuevo adelantará conjuntamente con Drummond LTD obras de beneficio común para la construcción de las facilidades marinas para

¹⁴ Anexo C-87.

¹⁵ Anexo C-88.

atender el cargue directo de Puerto Nuevo y la Sociedad American Port Company Inc., así mismo indica que las facilidades marinas serán diseñadas, construidas y operadas por un Joint Venture entre Drummond LTD y Puerto Nuevo, el cual debe ser aprobado por las autoridades competentes¹⁶.

58. El 6 de marzo de 2009, el INCO emitió la Resolución No. 151 la cual concedió a Prodeco una autorización temporal por el término de un año a fin de que pudiera ocupar y utilizar el Puerto Prodeco mientras estuviera en marcha la construcción de Puerto Nuevo. Esta autorización estaba condicionada a la verificación por parte del INCO de que Prodeco cumpliera con sus compromisos para construir Puerto Nuevo. Las verificaciones tendrían lugar cada seis meses, y en caso de determinarse el cumplimiento por parte de Prodeco, la autorización podría ser prorrogada por otro período de un año¹⁷.
59. Prodeco inició la construcción del puerto en Puerto Nuevo en 2009, tras obtener la licencia ambiental correspondiente para la construcción y operación de las instalaciones terrestres, y de conformidad con los compromisos y el calendario consagrados en su oferta del mes de enero de 2009 (tal como fuera aprobado por las Resoluciones 135 y 151 del INCO)¹⁸.
60. Al igual que a Prodeco, en virtud de su propio contrato de concesión portuaria con el gobierno colombiano, a Drummond se le exigió que lleve a cabo la construcción de las instalaciones de cargue directo, incluido un canal de acceso a más tardar en julio de 2010¹⁹. En consecuencia, Drummond y Prodeco solicitaron licencias para construir las instalaciones marinas de Puerto Nuevo, incluido un canal de acceso, habiéndolo realizado Drummond en marzo de 2009 y Prodeco en octubre de 2009²⁰.
61. En marzo de 2010, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial aprobó la licencia de Prodeco, decidiendo también que, por razones de índole

¹⁶ Anexo C-90.

¹⁷ Anexo C-41.

¹⁸ Anexo C-94; Anexo C-46.

¹⁹ Anexo R-31; Anexo C-137.

²⁰ Anexo C-150; Anexo C-143, Anexo R-32.

ambiental, el canal de acceso que construiría Prodeco sería el único canal de acceso en la Bahía de Ciénaga (el “**Canal de Acceso**”). Poco tiempo después, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial rechazó la solicitud de Drummond para la construcción de su propio canal de acceso, explicando que por motivos ambientales solamente podría existir un canal de acceso en la Bahía de Ciénaga²¹.

62. El 28 de mayo de 2010, Drummond retomó las negociaciones con Prodeco relativas al Canal de Acceso, y el 13 de julio de 2010, Drummond impugnó la decisión de licenciamiento, en la que se sugiere que, en ausencia de una licencia para construir su propio canal de acceso, tendría que unirse a Puerto Nuevo a fin de beneficiarse del Canal de Acceso para el cual se otorgó una licencia²².
63. El 4 de agosto de 2010, el INCO emitió la Resolución No. 333 (“**INCO 333**”) mediante la cual otorgó la Concesión de Puerto Nuevo a PNSA, una sociedad controlada por Prodeco, por el término de treinta (30) años²³. Hasta esa fecha, PNSA se había constituido para servir como un vehículo de servicio especial para la construcción, mantenimiento, gestión y operación de Puerto Nuevo²⁴. La INCO 333 estableció que:

el canal de acceso será de carácter público, las inversiones las desarrollará la Sociedad Portuaria Puerto Nuevo. S. A., en su totalidad y la zona para construir el canal debe estar ubicada dentro de la zona determinada por el Ministerio de Ambiente ... como área de influencia ambiental²⁵.

64. El 11 de agosto de 2010, PNSA impugnó la INCO 333, solicitando que el INCO modifique la resolución de modo tal de incluir al Canal de Acceso dentro del área de Concesión de Puerto Nuevo. En virtud del Artículo 4 del Plan de Expansión Portuaria, facultaría a PNSA a:

(a) celebrar acuerdos con puertos públicos y/o privados para ... facilitar el uso común de las zonas marinas adyacentes,

²¹ Anexo R-34, Anexo C-143.

²² Anexo C-144; Anexo C-141.

²³ Anexo C-46.

²⁴ Anexo C-97.

²⁵ Anexo C-46.

*construyendo obras tales como dragado” ... (b) cobrar, en la tarifa del servicio público portuario, el componente de gastos de dragado, ... y (c) adoptar las tarifas que cubran sus costos y gastos típicos en los términos de la Ley 1 de 1991*²⁶.

65. El 11 de octubre de 2010, el INCO emitió la Resolución No. 433 (“**INCO 433**”) mediante la cual rechazó la impugnación de la INCO 333 efectuada por PNSA. La INCO 433 señaló que el concesionario asume el riesgo relacionado con el acceso marítimo, ferroviario y terrestre al puerto, así como el riesgo asociado con el mantenimiento del puerto²⁷.
66. En diciembre de 2010, PNSA, solicitó al INCO una aclaración adicional respecto de cuál sería la autorización en la que podría basarse PNSA para ocupar el área requerida para construir el Canal de Acceso y si a PNSA le sería posible recuperar sus costos²⁸. El INCO rechazó esta solicitud el 9 de febrero de 2011²⁹.
67. El 31 de marzo de 2011, PNSA y el INCO firmaron el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 suscrito entre el INCO y PNSA (el “**Contrato de Concesión**”)³⁰. De conformidad con el Artículo 31, el concesionario acordó aceptar la totalidad del riesgo asociado con la construcción, operación y reversión de Puerto Nuevo:

El proyecto se desarrollará por cuenta y riesgo de la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO NUEVO S.A., que acepta que la totalidad de los riesgos inherentes a su ejecución en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de reversión, incluyendo el riesgo inherente a la aprobación del trámite de declaratoria de existencia como zona franca permanente especial de servicios del área portuaria serán asumidos por El CONCESIONARIO. La ocurrencia de cualquier riesgo no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor de la misma, dentro de los riesgos cabe mencionar sin limitarse a ellos: la devolución de las contraprestaciones pagadas a la Nación, el riesgo de estudios y diseños, de construcción, de cantidades de obra, presupuesto, plazo de ejecución de las obras, de mantenimiento, de operación, comercial, social, ambiental, de demanda, de cartera, financiero, cambiario, soberano o político, predial, tributario,

²⁶ Anexo C-100.

²⁷ Anexo C-101.

²⁸ Anexo R-103.

²⁹ Anexo R-104.

³⁰ Anexo C-48.

*seguridad portuaria, seguridad y protección a las instalaciones portuarias, higiene y seguridad industrial y de disponibilidad de los terrenos adyacentes durante el plazo de la concesión*³¹.

68. El 10 de agosto de 2011, PNSA, durante una audiencia pública con el INCO expresó la inquietud según la cual “*si PNSA no tiene una concesión sobre el [Canal de Acceso]... no podrá cobrar tarifas por el uso del [Canal de Acceso]*”³².
69. El 28 de agosto de 2011, Drummond envió a Prodeco un borrador de Memorando de entendimiento mediante el cual le proponía construir en forma conjunta el Canal de Acceso y compartir los costos³³. Pocos días después, el 5 de septiembre de 2011, el Ministro de Transporte, el Sr. Germán Cardona, manifestó a la prensa que “*vamos a ... definir el problema del [Canal de Acceso] al futuro [Puerto Nuevo], y si Drumond [sic] y Glencore no se ponen de acuerdo, nosotros lo haríamos*”³⁴.
70. En febrero de 2012, la Agencia Nacional de Infraestructura (“ANI”) (la sucesora del INCO) confirmó a PNSA que podría recuperar los costos del Canal de Acceso a través de las tarifas incluso si el Canal de Acceso no se encontrase dentro del área de la concesión³⁵.
71. En septiembre de 2012, PNSA presentó a la ANI para su aprobación el borrador del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación (“RTO”), que son las reglas de puerto aplicables a las Naves. El RTO incluyó las cuatro categorías de tarifas incluidas en la Resolución 723 (es decir amarre, uso de las instalaciones, almacenamiento y servicios) así como una quinta categoría de “canal de acceso”³⁶.
72. El 15 de enero de 2013, PNSA informó a la Autoridad Marítima que PNSA había finalizado los trabajos de dragado del Canal de Acceso³⁷.

³¹ Anexo C-48.

³² Anexo R-86.

³³ Anexo C-153.

³⁴ Anexo C-154.

³⁵ Anexo R-44.

³⁶ Anexo R-113.

³⁷ Anexo C-105.

73. El 28 de febrero de 2013, PNSA envió a la ANI una carta mediante la cual señalaba que autorizar a los usuarios de puertos privados en la Bahía de Ciénaga a utilizar el Canal de Acceso en forma gratuita daría lugar a prácticas restrictivas de la competencia por y para terceros beneficiarios³⁸.
74. El 10 de abril de 2013, la ANI contestó la solicitud de aprobación del RTO de PNSA, y le solicitó eliminar la referencia a la tarifa del canal de acceso puesto que no existía dicha categoría tarifaria a tenor de la Resolución 723³⁹.
75. En mayo de 2013, PNSA contactó al Ministerio de Transporte—específicamente al Viceministro de Infraestructura, el Sr. Javier Hernández—para tratar el desequilibrio competitivo relacionado con la utilización del Canal de Acceso⁴⁰. El 27 de mayo de 2013, el Sr. Hernández respondió por correo electrónico, adjuntando una presentación que establecía varios principios, incluido el principio según el cual “*los puertos no pueden obtener subsidios ni ventajas competitivas (directa o indirectamente) por parte de los usuarios de otros puertos*”, y señaló que el Ministerio procedería “*de inmediato a trabajar en el acto administrativo*”⁴¹. Además, la presentación señalaba que:

Cuando del uso de facilidades comunes se deriven beneficios económicos para unos usuarios y cargas correlativas para otros que distorsionen las condiciones normales de competencia, aquellos usuarios que se consideren afectados deberán presentar ante la autoridad competente (Superintendencias de Industria y Comercio y de Puertos y Transporte) un estudio económico en donde describan la situación y propongan alternativas para nivelar las condiciones de libre competencia⁴².

76. Durante el segundo trimestre de 2013, el Ministerio de Minas preparó un documento de trabajo en el que se sintetizaban las acciones interinstitucionales asumidas por la Oficina del Presidente, el Ministerio de Transporte y el Ministerio de Minas, entre

³⁸ Anexo R-50.

³⁹ Anexo R-51.

⁴⁰ Anexo C-164.

⁴¹ Anexo C-52.

⁴² Anexo C-52.

otros. El documento señaló que: “se ha venido trabajando para buscar soluciones respecto a: ... [m]etodología para el cobro de tarifas por el uso del canal de acceso”⁴³.

77. Durante el tercer trimestre de 2013, el Ministerio de Transporte impartió instrucciones a la Oficina de Regulación Económica del Ministerio de Transporte (la “ORE”) para que analice las eventuales soluciones al desequilibrio competitivo relacionadas con el uso del Canal de Acceso. El informe resultante (el “**Informe de la ORE de 2013**”) confirmó que estaban teniendo lugar asimetrías económicas en Puerto Nuevo y que la ORE “debe velar por la solución de dichos inconvenientes y garantizar el adecuado funcionamiento del mercado para maximizar el beneficio social que el mismo genera”⁴⁴. Específicamente, la ORE describió a esas fallas del mercado de la siguiente manera:

La fallas de mercado de la situación descrita se presentan de dos formas, la primera cuando el Ministerio de Medio Ambiente establece que no es ambientalmente viable que los puertos colindantes a Puerto Nuevo S.A., CNR y DRUMMOND realicen sus propios canales de acceso, en consecuencia las tres empresas tendrían que llegar a acuerdos para utilizar del canal ya construido por Puerto Nuevo S.A., tal como lo permite la ley 1° de 1991 en su artículo 4, acuerdo al cual nunca se llegó, esta situación se puede resumir en un cambio en la reglas de juego iniciales debido a asimetrías de información, ubicando en desventaja a Puerto Nuevo S.A. quien dadas las condiciones del contrato está obligado a construir y mantener el canal de acceso; la segunda falla del mercado se presenta cuando por obligatoriedad, las sociedades portuarias tienen que cobrar tarifas que cubran la totalidad de sus costos de operación (Acorde con la ley 1° de 1991), en este sentido las exportaciones de carbón por el Puerto Nuevo S.A. serán más costosas que aquellas exportaciones que utilicen los demás puertos de la zona, como consecuencia directa de la estructura del contrato de concesión que obliga a Puerto Nuevo S.A. a asumir los costos del canal de acceso, en resumen se genera un desequilibrio competitivo dadas condiciones las condiciones [sic] normativas⁴⁵.

⁴³ Anexo C-172.

⁴⁴ Anexo C-167.

⁴⁵ Anexo C-167.

78. Además, el Informe de la ORE de 2013 propuso que esta cuestión relativa a la tarificación en el puerto podría ser resuelta mediante “*el cobro de una tarifa por el uso del canal con la cual se retribuyera a Puerto Nuevo la inversión realizada, esta podría ser cobrada bien por el concesionario, un tercero o por parte del gobierno o la retribución por medio de una modificación en la contraprestación del concesionario*”⁴⁶. El Informe también señaló que debería contratarse a un experto en temas de competencia y regulación para apoyar a la ORE en la solución de la cuestión relativa a la tarificación en Puerto Nuevo⁴⁷.
79. Teniendo esto en cuenta, el Ministerio de Transporte contrató al Sr. Gustavo Valbuena Quiñones, consultor independiente y ex superintendente de la Superintendencia de Industria y Comercio (la “SIC”) (2018-2022), para estudiar la cuestión en el Canal de Acceso y los borradores de las regulaciones propuestas para resolver la cuestión (el “**Informe Valbuena**”)⁴⁸. El Informe Valbuena concluyó lo siguiente:

*se considera justificado que el Estado intervenga en este caso a la luz del artículo 334 de la Constitución Política... con el fin de garantizar una distribución equitativa entre los costos que deben asumir los exportadores de carbón de la Ciénaga y en especial para que estos no sean desiguales precisamente para quienes hacen uso del servicio público*⁴⁹.

En concreto, el Sr. Valbuena decidió que el tema de la asimetría “*Se hace problemático... en el contexto de la competencia entre los usuarios de los puertos de Ciénaga que se sirven de canal*” ya que “*las empresas que sacan su carbón por Puerto Nuevo pagan en realidad [una tarifa]... que opera como un subsidio a los usuarios que no pagan*”⁵⁰.

80. El Informe señaló que esta asimetría “*se solucionaría al transitar a un escenario en el cual todos los usuarios del canal de acceso marítimo contribuyan a la financiación*

⁴⁶ Anexo C-167.

⁴⁷ Anexo C-167.

⁴⁸ Anexo C-167.

⁴⁹ Anexo C-53.

⁵⁰ Anexo C-53.

*de las inversiones requeridas para su construcción y mantenimiento*⁵¹. Para hacerlo, el Informe Valbuena propuso una modificación del Artículo 2 de la Resolución No. 723 de 1993 de la Superintendencia de Puertos y Transporte, la cual establece clasificaciones para las tarifas⁵².

81. Además, el Informe Valbuena señaló que la asimetría se solucionaría si el gobierno (i) asumiera el costo total de las inversiones en el canal de acceso o (ii) asumiera los costos de mantenimiento (“OPEX”) mientras que los costos de capital (“CAPEX”) serían recuperados a través de una tarifa. Sin embargo, observó las desventajas de estas opciones, concretamente, las “*restricciones del presupuesto nacional*”, y que “*implica la utilización de recursos públicos con los que posiblemente no cuenta el INVIAS en este momento*” y conllevaría “*una modificación en el contrato de concesión*” para excluir las obligaciones de mantenimiento de PNSA⁵³.
82. Además, si bien el Sr. Valbuena reconoció que el canal de acceso podría no estar restringido en virtud de la legislación colombiana, dejó en claro que “*libre acceso no significa acceso gratuito*”⁵⁴. Asimismo, el Informe concluyó que “*el Ministerio de Transporte tiene la competencia para expedir la resolución que modifique o disponga la posibilidad de cobrar una tarifa por concepto de uso de los canales de acceso para las sociedades portuarias que operen puertos públicos*”⁵⁵.
83. De manera similar, el documento expositivo del Ministerio de Minas de fecha 2 de abril de 2014 estableció que:

Consideramos que, sin excepción alguna, todos los buques que utilicen el canal de acceso deben pagar una tarifa ... con el propósito de reintegrarle a PNSA la inversión realizada para la construcción y mantenimiento del Canal de Acceso que sirve a estos buques ya que “[l]o contrario significaría desigualdad⁵⁶.

⁵¹ Anexo C-53.

⁵² Anexo C-53.

⁵³ Anexo C-53.

⁵⁴ Anexo C-53.

⁵⁵ Anexo C-53.

⁵⁶ Anexo C-172.

Es por ello que el Ministerio de Minas entonces concluyó que “*el Gobierno (Ministerio de Transporte) debe expedir una regulación aplicable*”⁵⁷.

84. El 2 de mayo de 2014, Prodeco efectuó una petición formal (la “**Petición**”) mediante la cual solicitó al Ministerio de Transporte que expida una regulación con arreglo a las conclusiones del Informe Valbuena⁵⁸.
85. El 22 de mayo de 2014, el Ministerio de Transporte desestimó la Petición de Prodeco (la “**Desestimación**”), señalando que “*desde la perspectiva del contrato y de la operación de puerto no se encuentra argumento alguno que justifique intervención alguna*”⁵⁹. El Ministerio de Transporte también afirmó que Prodeco no logró probar la existencia de una asimetría “*lo que libera cualquier análisis*” [Traducción del Tribunal] y que no consideró los beneficios impositivos recibidos de la Concesión. El Ministerio de Transporte también señaló que no contaba con el mandato legal para actuar sobre esta cuestión, expresando que:

*para la intervención estatal en las actividades económicas y la consecuente facultad para regular en esta temática, debe existir un mandato de ley (artículos 150 num. 21 y 334 de la Carta Política), y a la fecha no hay norma de ese tipo que permita hacer efectiva la facultad que se comenta, y en cuanto al deber de regular se encuentra que la indicación del Conpes 3744 de abril 15 de 2013 no estableció política pública para establecer tarifas en los canales de acceso, por lo que no puede requerirse el cumplimiento de norma*⁶⁰.

86. El 1 de julio de 2014, Prodeco apeló la Desestimación del Ministerio de Transporte⁶¹. Más tarde ese mismo mes, el 29 de julio de 2014, el Ministerio de Transporte desestimó la apelación de Prodeco señalando lo que se transcribe a continuación:

Y en cuanto a las posibles asimetrías en precios de exportadores de carbón, por ser asunto versa sobre la inserción de productos en el mercado internacional y en el fomento de esa actividad, la competencia recae entre otros en el Ministerio de Minas y Energía, la Agencia

⁵⁷ Anexo C-172.

⁵⁸ Anexo C-56.

⁵⁹ Anexo C-57.

⁶⁰ Anexo C-57.

⁶¹ Anexo C-58.

Nacional de Minería, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y las Superintendencias Puertos y Transporte y de Industria y Comercio, por lo que se dará traslado de copia de la petición para lo de su competencia⁶².

87. Pese a la desestimación de la Petición de Prodeco, el 6 de agosto de 2014, el Ministro de Transporte se dirigió por escrito al Ministro de Minas, remitiéndole el Informe Valbuena e indicándole que debería llevar a cabo un análisis de una solución tarifaria para la porción correspondiente al CAPEX de los costos del Canal de Acceso:

se ha acordado que el Ministerio de Minas liderará las discusiones y análisis que permitan estudiar el impacto de excluir del contrato la inversión inicial (capex) con el fin de que sea asumida proporcionalmente por todos los usuarios del canal de acceso⁶³.

88. Además, en octubre de 2014, el Ministerio de Minas expresó, a través de un documento de difusión, que:

es importante que se pueda corregir el desequilibrio [competitivo] que actualmente existe entre los diferentes usuarios del canal de acceso. Este desequilibrio se explica en que para el caso de los usuarios exportadores por de PNSA una parte de las tarifas que éste les cobra incluyen un valor que corresponde al uso y mantenimiento del canal, mientras que los demás usuarios exportadores que también utilizan dicho canal lo hacen de manera gratuita⁶⁴.

89. Un mes después, en noviembre de 2014, el Ministerio de Minas afirmó de una manera similar que “*es importante que se pueda corregir el desequilibrio que existe entre los diferentes usuarios del Canal de Acceso*”⁶⁵.
90. El 4 de diciembre de 2018, Prodeco y PNSA presentaron una reclamación ante la SIC en relación con la supuesta situación anticompetitiva en el Canal de Acceso⁶⁶.

⁶² Anexo C-59.

⁶³ Anexo C-175.

⁶⁴ Anexo C-176.

⁶⁵ Anexo C-177.

⁶⁶ Anexo C-67.

91. El 13 de marzo de 2020, la SIC expidió la Resolución 11168, en la cual rechazó la reclamación de Prodeco y PNSA, al decidir que no se había infringido la ley de competencia⁶⁷.

IV. PETITORIO

A. PETITORIO DE LAS DEMANDANTES

92. El Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes estableció el petitorio en la Sección VI. Las Demandantes solicitaron al Tribunal que:

- (1) Rechace la excepción jurisdiccional de la Demandada.
- (2) Declare que la Demandada ha violado los Artículos 4.1 y 4.2 del Tratado.
- (3) Condene a la Demandada a indemnizar a las Demandantes por sus pérdidas resultantes de las violaciones por parte de Colombia del Tratado y del derecho internacional en la suma de USD 40,3 millones al 12 de junio de 2014.
- (4) Condene a la Demandada al pago de intereses anteriores y posteriores al Laudo sobre las sumas indicadas en el párrafo (3) hasta la fecha del pago íntegro y efectivo, a una tasa de 5,57 % por año desde el 12 de junio de 2014, con capitalización anual, o sujeto a la tasa y al período de capitalización que el Tribunal determine que garantizan la reparación íntegra.
- (5) Declare que (i) el otorgamiento de toda indemnización de daños e intereses se efectúa neto de los impuestos colombianos correspondientes, y (ii) la Demandada no podrá deducir impuestos con respecto al pago de indemnización de daños e intereses o, en subsidio, ordene a la Demandada eximir a las Demandantes respecto del pago de cualquier impuesto colombiano sobre tales montos.
- (6) Condene a la Demandada a sufragar todos los costos y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios de los letrados y peritos de las

⁶⁷ Anexo C-190.

Demandantes, los honorarios y gastos del Tribunal, y los demás costos del CIADI.

- (7) Condene a la Demandada al pago de intereses sobre las sumas indicadas en el párrafo [6] hasta la fecha del pago íntegro y efectivo, a una tasa de 5,57 % anual desde la fecha del Laudo, con capitalización anual, o sujeto a la tasa y al período de capitalización que el Tribunal determine que garantizan la reparación íntegra.
- (8) Otorgue cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada⁶⁸.

B. PETITORIO DE LA DEMANDADA

93. El Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandadas estableció el petitorio en la Sección 5. En materia de jurisdicción, la Demandada solicita al Tribunal que:

- (1) Declare que carece de jurisdicción respecto de las reclamaciones de las Demandantes.
 - (2) Ordene:
 - i. Que las Demandantes le reembolsen a la Demandada todos los costos y gastos en los que ésta última haya incurrido en este arbitraje, más los intereses adeudados y exigibles a partir de la fecha en la que la Demandada incurrió en dichos costos hasta la fecha del pago íntegro.
 - ii. Cualquier otra reparación que considere adecuada.
94. En cuanto al fondo, si el Tribunal determinase que tiene jurisdicción respecto de las reclamaciones de las Demandantes, la Demandada ha peticionado al Tribunal que:
- (1) Declare que la Demandada cumplió con sus obligaciones internacionales en virtud del Tratado y del derecho internacional.

⁶⁸ Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes de fecha 11 de agosto de 2023, ¶ 182 (“Cl. PHB”).

- (2) Declare que la Demandada no incumplió el Artículo 4(1) del Tratado y, por lo tanto, desestimar todas las reclamaciones de las Demandantes que en ello se fundan.
- (3) Declare que la Demandada no incumplió el Artículo 4(2) del Tratado y, por lo tanto, desestimar todas las reclamaciones de las Demandantes que en ello se fundan.
- (4) Declare que, en cualquier caso, ni Glencore ni PNSA sufrieron perjuicios por los presuntos incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada.
- (5) Declare que, en cualquier caso, si el Tribunal determinase que cualquiera de las Demandantes sufrió algún perjuicio:
- i. Las Demandantes no cumplieron con su deber de demostrar que dicho perjuicio fue ocasionado por la conducta de la Demandada.
 - ii. Aun suponiendo que las Demandantes hubieran cumplido con su deber de demostrar dicho perjuicio, el beneficio tributario derivado de la zona con ventajas impositivas de PNSA es mayor que el monto de las pérdidas reclamadas, por lo que no debe otorgarse indemnización alguna a las Demandantes.
 - iii. En cualquier caso, la valoración de las Demandantes es hipotética y exagerada y, por lo tanto, las reclamaciones de indemnización de las Demandantes deben desestimarse o, al menos, reducirse de manera significativa.
- (6) Aun suponiendo que el Tribunal otorgase indemnización a las Demandantes, el monto de dicha indemnización debe reducirse un 75 % para justificar el propio aporte sustancial de las Demandantes a sus presuntas pérdidas.
- (7) Ordene que las Demandantes le reembolsen a la Demandada todos los costos y gastos en los que ésta última haya incurrido en este arbitraje, más los

intereses adeudados y exigibles a partir de la fecha en la que la Demandada incurrió en dichos costos hasta la fecha del pago íntegro.

(8) Ordene cualquier otra reparación que el Tribunal considere adecuada⁶⁹.

V. JURISDICCIÓN

95. Antes del análisis del Tribunal, en esta sección, se exponen las excepciones y argumentos jurisdiccionales planteados por las Partes. Esta sección no pretende ser exhaustiva y tiene por objeto brindar un panorama general de las principales reclamaciones relativas a la jurisdicción planteadas ante el Tribunal en su debido contexto.

A. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

96. Las Demandantes aducen que presentaron su Solicitud de Arbitraje el 11 de junio de 2019, dentro del plazo de prescripción de cinco años que establece el Artículo 11(5) del Tratado y, por ende, el Tribunal tiene jurisdicción para conocer de la presente disputa⁷⁰.
97. Según las Demandantes, la primera fecha en la que pudo haber habido un incumplimiento del Tratado fue el 12 de junio de 2014, cuando la Demandada notificó a Prodeco acerca de su Rechazo de la Petición de Prodeco por la que solicitaba una medida regulatoria ante la supuesta asimetría en el Canal de Acceso. Las Demandantes alegan que esta es la fecha en la que la Demandada se rehusó, por primera vez, a abordar la situación anticompetitiva en el Canal de Acceso mediante la emisión de reglamentos y, por lo tanto, el primer evento desencadenante de responsabilidad de la Demandada en virtud del Tratado⁷¹.
98. Según las Demandantes, los términos “disputa” y “eventos” en virtud del Tratado deberían interpretarse de manera holística. Las Demandantes advierten que el término “disputa” aparece, por primera vez, en el párrafo 3 del Artículo 11, que establece que

⁶⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de Colombia de fecha 11 de agosto de 2023, ¶¶ 133-136 (“Res. PHB”).

⁷⁰ Cl. PHB, ¶ 178.

⁷¹ Cl. PHB, ¶ 179.

Colombia da su consentimiento al “*sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior [es decir, el Artículo 11(2)]*”⁷². [Traducción del Tribunal]

99. Por otra parte, las Demandantes señalan que el párrafo 2 del Artículo 11, a su vez, no utiliza expresamente el término “disputa”. En su lugar, dispone que “[c]ualquier asunto [es decir, ‘una disputa de inversión’ conforme al Art. 11(3)]... podrá ser remitido a las cortes o tribunales administrativos de la Parte concerniente o al arbitraje internacional”⁷³. [Traducción del Tribunal]
100. Asimismo, las Demandantes resaltan que la expresión “cualquier asunto” en el párrafo 2 se refiere a los términos del primer párrafo del Artículo 11, que establece:

*“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”*⁷⁴.

101. Las Demandantes sostienen que, a la luz de lo expuesto *supra*, el término “disputa” conforme al Artículo 11(5) solo puede hacer referencia al tipo de disputa descrito en el Artículo 11(1) y 11(3), es decir, “*una disputa de inversión*” con respecto a una “*medida aplicada por [Colombia que] es inconsistente con una obligación de este Acuerdo*”, que causa algún daño o pérdida a la inversión⁷⁵. [Traducción del Tribunal]
102. En cuanto a los “eventos que llevaron a dicha disputa”, las Demandantes citan el tribunal en *Infinito Gold* para fundar su alegato de que el objeto de las cláusulas de prescripción es “*promover certidumbre jurídica evitando que los demandantes se demoren en plantear de [sic] sus reclamaciones*”⁷⁶. A tal efecto, las Demandantes argumentan que, para que se suscite una disputa sobre inversiones en virtud del

⁷² Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes de fecha 11 de agosto de 2022, ¶ 436 (“Cl. Rep.”); Anexo C-1.

⁷³ Cl. Rep., ¶ 436; Anexo C-1.

⁷⁴ Cl. Rep., ¶ 436; Anexo C-1.

⁷⁵ Cl. Rep., ¶ 437.

⁷⁶ Cl. Rep., ¶ 454; Anexo CL-116.

Tratado, debe haber una discrepancia “*en torno a la consistencia de una medida colombiana con sus obligaciones conforme al Tratado y debe haber una expresión de esta discrepancia*”⁷⁷. [Traducción del Tribunal]

103. Las Demandantes aducen que dicha expresión tuvo lugar cuando las Demandantes recibieron el Rechazo por parte de la Demandada de la Petición de Prodeco de medidas regulatorias para abordar el problema del Canal de Acceso, es decir, el 12 de junio de 2014. Antes de esta fecha, las Demandantes alegan que la Demandada no se había negado a tratar la presunta asimetría; por el contrario, la Demandada había admitido el problema y la necesidad de intervención regulatoria. El 12 de junio de 2014, sin embargo, las Demandantes alegan que, mediante el Rechazo de la Demandada, supieron que la Demandada no abordaría la presunta asimetría competitiva por medio de una intervención regulatoria⁷⁸.
104. En cuanto a las afirmaciones de la Demandada de que las Demandantes tomaron conocimiento de los eventos que llevaron a la disputa, por primera vez, el 10 de abril de 2013, a través de la carta de la ANI a PNSA, por la cual se confirmó que las Demandantes no podrían cobrar una tarifa a todos los usuarios del Canal de Acceso, las Demandantes aseveran que la Demandada malinterpretó la solicitud inicial de las Demandantes. En concreto, las Demandantes aducen que no tenían motivos para considerar, para el 10 de abril de 2013, que se suscitaría una disputa en torno al Tratado, ya que ambas Partes estaban trabajando para resolver el problema del Canal de Acceso. En este sentido, las Demandantes señalan que la carta de la Demandada a PNSA de fecha 10 de abril de 2013 malinterpretó que PNSA solicitaba una tarifa separada por el uso del canal de acceso a fin de obtener una doble recuperación del costo de construcción. En aras de esclarecer esta cuestión, las Demandantes señalan que acudieron al Ministerio de Transporte, el cual comunicó a las Demandantes que trabajaría para resolver este presunto problema⁷⁹.

⁷⁷ Cl. Rep., ¶ 459(b).

⁷⁸ Dúplica sobre Jurisdicción de las Demandantes de fecha 23 de marzo de 2023, ¶ 21 (“Cl. Rej.”).

⁷⁹ Cl. PHB, ¶¶ 31-33.

105. Por lo tanto, las Demandantes aseveran que este arbitraje es oportuno porque las Demandantes presentaron su solicitud de arbitraje dentro del plazo de cinco años de la fecha en que las Demandantes tomaron conocimiento, por primera vez, de los hechos que dieron lugar a esta disputa de inversión conforme al Tratado⁸⁰.

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

106. La Demandada alega que las reclamaciones de las Demandantes se encuentran prescritas de conformidad con el Artículo 11(5) del Tratado, dado que el plazo de prescripción en virtud del Artículo 11(5) del Tratado comenzó a correr el 10 de abril de 2013, cuando la ANI notificó a las Demandantes que PNSA no podría cobrar una tarifa por el uso del Canal de Acceso. Además, la Demandada alega que la fecha límite en la que comenzó a correr el plazo de prescripción fue el mes de abril de 2014, cuando Drummond comenzó a utilizar el canal de Acceso de manera gratuita y, por ende, se materializó la presunta situación anticompetitiva⁸¹.
107. La Demandada asevera que el texto del Artículo 11(5) no puede interpretarse en el sentido de que contempla una distinción entre disputas y disputas de inversión, de manera de demorar el plazo de prescripción. Sobre la base del tribunal en *ATA Construction*, la Demandada aduce que “*la demandante no puede solicitar al Estado una nueva decisión sobre la misma ‘materia’ a fin de establecer la existencia de una ‘disputa de inversión’ separada y ‘tratarla como si no guardase relación alguna con la disputa para adelantar la fecha en que tuvo lugar’*”⁸². [Traducción del Tribunal]
108. Además, sobre la base del tribunal en *Eurogas c. República de Eslovaquia*, la Demandada sostiene que las Demandantes “*no pueden invocar el evento más reciente en una serie de medidas relacionadas del Estado para reclamar el beneficio del Tratado*”⁸³. [Traducción del Tribunal]

⁸⁰ Cl. Rep., ¶ 466.

⁸¹ Res. PHB, ¶¶ 17-18; Anexo C-1; Anexo R-51.

⁸² Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Excepciones Jurisdiccionales de Colombia, de fecha 31 de enero de 2022, ¶ 263 (“Res. Mem.”); Anexo C-1; Anexo RL-70.

⁸³ Res. PHB, ¶ 23; Anexo RL-160.

109. La Demandada asevera que, según el “sentido corriente” del Artículo 11(5) del Tratado, “*los eventos que llevaron a dicha disputa*” son las circunstancias de hecho que brindan una base para la disputa. La Demandada sostiene que esos hechos no necesitan constituir una violación por sí mismos⁸⁴.
110. A mayor abundamiento, la Demandada resalta que, para que haya una disputa, debe haber habido una comunicación mínima entre las partes por la cual el Estado se oponga a la posición del inversionista de manera directa o indirecta. En opinión de la Demandada, esa conducta incluye una falta de respuesta por parte del Estado. No obstante ello, la Demandada aduce que ha sido coherente en su negativa a agregar una categoría de arancelización en su código de modo que las Demandantes pudieran cobrar a cualquier usuario del Canal de Acceso⁸⁵.
111. Según la Demandada, desde que el INCO emitió la Resolución 333, el 4 de agosto de 2010, e incluso antes, las Demandantes han estado solicitando al Estado que abordara la situación en la que ciertos usuarios del Canal de Acceso pagan por la totalidad de sus costos de construcción y mantenimiento, mientras que otros lo utilizan gratuitamente. Y, desde entonces, el Estado se ha negado a hacerlo⁸⁶.
112. La Demandada también alega que la carta de las Demandantes a la ANI de fecha 28 de febrero de 2013, en la que las Demandantes manifestaron su inquietud con respecto a la presunta asimetría en el Canal de Acceso y declararon que PNSA tenía derecho a iniciar acciones legales en contra de la Demandada, demuestra que, para esa fecha, las Demandantes habían tomado conocimiento de hechos que llevaron a una disputa internacional⁸⁷.
113. Asimismo, la Demandada menciona una carta de la ANI a las Demandantes de fecha 10 de abril de 2013, en la que reiteró que PNSA no podría cobrar una tarifa por el uso del Canal de Acceso, con lo cual se negó a abordar la presunta situación

⁸⁴ Res. PHB, ¶ 10; Anexo C-1.

⁸⁵ Res. Mem., ¶¶ 244-245; Anexo RL-80; Anexo RL-81.

⁸⁶ Res. PHB, ¶ 14.

⁸⁷ Res. PHB, ¶¶ 15-16; Anexo R-50.

anticompetitiva en el Canal de Acceso. La Demandada asevera que, para esta fecha, las Demandantes habían considerado que la Demandada violó su presunto compromiso de brindar una solución normativa ante la presunta asimetría en el Canal de Acceso y que dicha conducta ya había ocasionado daños a las Demandantes⁸⁸.

114. En cualquier caso, en opinión de la Demandada, la fecha más reciente en que comenzó a correr el plazo de prescripción fue el mes de abril de 2014, cuando Drummond comenzó a utilizar el Canal de Acceso de manera gratuita. Ambos eventos ocurrieron más de cinco años después de la fecha de la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de 11 de junio de 2019. Por lo tanto, si tomamos el mes de abril de 2013 o abril de 2014 como el inicio del plazo de prescripción, las reclamaciones de las Demandantes se encuentran prescritas y el Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la presente disputa⁸⁹.

C. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

115. El Tribunal advierte que las Partes están de acuerdo con respecto al *dies ad quem* de 11 de junio de 2019, fecha en la cual las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje, si bien discrepan del *dies a quo* en virtud del Artículo 11(5) del Tratado, fecha en la cual “*el inversionista adquirió por primera vez, o debió adquirir, conocimiento de los eventos que llevaron a dicha disputa*”⁹⁰.
116. El Artículo 11(5) del Tratado contempla un plazo de prescripción de cinco años para disputas en virtud del Tratado. El Artículo 11(5) dispone lo siguiente:

*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*⁹¹.

⁸⁸ Res. PHB, ¶¶ 17-18; Anexo R-51.

⁸⁹ Res. PHB, ¶ 18.

⁹⁰ Anexo C-1.

⁹¹ Anexo C-1.

117. El Tribunal considera que, de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Artículo 11(5) debe contextualizarse junto con otras secciones dentro del Artículo 11. A continuación, se enuncian las subsecciones pertinentes.
118. De conformidad con el Artículo 11(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 amigablemente⁹².

119. Asimismo, de conformidad con el Artículo 11(2):

Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un período 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 internacional⁹³.

120. Por su parte, el Artículo 11(3) reza:

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 Acuerdo⁹⁴.

121. El Tribunal determina que tiene jurisdicción para conocer de esta disputa al resolver que el plazo de prescripción establecido por el Artículo 11(5) comenzó el 12 de junio de 2014, cuando el Ministerio de Transporte notificó a Prodeco acerca de su Rechazo a la Petición de Prodeco de medidas regulatorias para abordar la presunta asimetría del Canal de Acceso⁹⁵.

⁹² Anexo C-1.

⁹³ Anexo C-1.

⁹⁴ Anexo C-1.

⁹⁵ Anexo C-57.

122. Tras un análisis holístico del Artículo 11, el Tribunal considera que está claro que el Artículo 11(5) se refiere a los eventos que desencadenan una disputa en el marco del Tratado, no a cualquier evento que pudiera conducir a acciones legales más allá del alcance del Tratado.
123. En el presente caso, los eventos en los que se sustentan las Demandantes dieron lugar a una disputa en virtud del Tratado sólo después de que las Demandantes tomaran conocimiento del Rechazo de su Petición por parte de la Demandada, es decir, cuando la Demandada emitió una decisión definitiva formal sobre el asunto⁹⁶. Antes de este evento fundamental, las Demandantes habían recibido numerosas garantías de la Demandada de que la asimetría sería resuelta⁹⁷. Por ende, antes del 12 de junio de 2014, aún no se había materializado ninguna disputa con base en el Tratado.
124. El Tribunal observa, asimismo, que el Artículo 11(5) utiliza el término “eventos” en plural, por contraposición a “evento” en singular⁹⁸. En consecuencia, es importante identificar el momento en el cual una serie de eventos inclina la balanza para formar, de manera razonable, la base de una disputa de inversión.
125. La Demandada se basa en dos eventos claves para establecer el *dies a quo* en una fecha anterior al 12 de junio de 2014: (i) una carta de 10 de abril de 2013 de la ANI en la que se informó a las Demandantes que PNSA no podría cobrar una tarifa por el uso del Canal de Acceso y (ii) el posterior uso gratuito del Canal de Acceso por parte de Drummond a partir del mes de abril de 2014⁹⁹. Si bien estos eventos ocuparon un lugar importante en la disputa, el Tribunal considera que estos eventos, e incluso aquellos anteriores, no bastan para constituir la base de una disputa de inversión. Antes del 12 de junio de 2014, no habría prosperado ninguna reclamación con base en el Tratado, ya que las Partes estuvieron activamente buscando potenciales soluciones para la presunta asimetría de mercado (es decir, la Demandada encomendó el Informe de Valbuena y se reunió con las Demandantes para debatir sobre posibles

⁹⁶ Anexo C-57.

⁹⁷ Véanse, por ejemplo, Anexo C-52; Anexo C-154.

⁹⁸ Anexo C-1.

⁹⁹ Anexo R-51.

soluciones) y la Demandada aún no había comunicado a las Demandantes una decisión formal sobre su Petición.

126. El Tribunal reconoce que el Artículo 11(5) manifiesta una intención clara e inequívoca de promover la iniciación inmediata del procedimiento de arbitraje; sin embargo, esto no significa que las Demandantes deban haber sometido la disputa a arbitraje antes de violarse el Tratado.
127. El Tribunal resuelve, con firmeza, que no debe negarse a las Demandantes el derecho a solicitar resarcimiento cuando entablaron discusiones de buena fe para resolver malentendidos y posibles inquietudes directamente con la Demandada. En este sentido, las instancias de comunicación en las cuales la Demandada expresó reservas a las Demandantes de que podrán cobrar una tarifa por el uso del Canal de Acceso mientras que, al mismo tiempo, garantizó la solución de la asimetría competitiva en el Canal de Acceso, no constituyen una materialización de disputa en virtud del Tratado.
128. En visto de lo expuesto *supra*, el Tribunal resuelve que las reclamaciones de las Demandantes son oportunas y que el Tribunal tiene jurisdicción para conocer de la presente disputa.

VI. FONDO

129. El Tribunal ha rechazado las excepciones jurisdiccionales de la Demandada y ahora debe entrar en el fondo de las reclamaciones de las Demandantes. En primer lugar, el Tribunal sintetizará las posiciones de las Partes antes de analizar las cuestiones y exponer las razones de su decisión.

A. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

130. Según las Demandantes, la Demandada violó el Artículo 4(1) y 4(2) del Tratado por los siguientes motivos: (1) no otorgó un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes; (2) incumplió con su obligación de brindar trato de nación más favorecida a las Demandantes y sus inversiones; y (3) menoscabó el goce

por parte de las Demandantes de sus inversiones a través de medidas exorbitantes y discriminatorias¹⁰⁰.

(1) La Demandada No Otorgó un Tratamiento Justo y Equitativo a las Inversiones de las Demandantes

131. Las Demandantes sostienen que la Demandada violó su deber de otorgar a las inversiones de las Demandantes un tratamiento justo y equitativo en virtud del Artículo 4(2) del Tratado. En concreto, las Demandantes alegan que la conducta de la Demandada violó el Tratado porque fue arbitraria, incoherente y poco transparente, carente de debido proceso, discriminatoria y contraria a las expectativas razonables y legítimas de las Demandantes¹⁰¹.

(a) La Demandada Actuó Arbitriariamente

132. Las Demandantes afirman que el trato arbitrario por parte del Estado receptor viola el estándar de tratamiento justo y equitativo. Las Demandantes citan al tribunal en el caso *EDF c. Rumania* y aseguran que las medidas son arbitrarias cuando “*infligen[] daño al inversionista sin servir ningún propósito legítimo aparente*”, son “*medida[s] tomada[s] por motivos distintos de aquellos expuestos por el decisor*”, o bien son “*medida[s] tomada[s] en voluntario desacato del debido proceso y del procedimiento adecuado*”¹⁰². [Traducción del Tribunal]
133. Las Demandantes alegan que el tribunal en el caso *B3 c. Croacia* proporciona un marco adecuado para analizar la conducta arbitraria de la Demandada en el presente caso. El tribunal en *B3* determinó que la conducta de un Estado es arbitraria cuando: (i) el Estado tiene la potestad de regular una situación; (ii) reconoce el deber de intervenir y ejerce su potestad en esa situación; y (iii) no actúa¹⁰³.

¹⁰⁰ Cl. PHB, ¶ 35.

¹⁰¹ Cl. PHB, ¶¶ 36-37; Cl. Rep., ¶¶ 218-222, 225-227; Memorial de las Demandantes de fecha 24 de mayo de 2021, ¶¶ 136-138, 147, 152-154 (“Cl. Mem.”).

¹⁰² Cl. PHB, ¶ 38; Anexo CL-61.

¹⁰³ Cl. PHB, ¶ 40; Cl. Rep., ¶¶ 232-233; Anexo CL-89.

134. Las Demandantes plantean que la Demandada actuó arbitrariamente porque (i) reconoció que el Ministerio de Transporte tenía la potestad de expedir reglamentaciones para resolver el desequilibrio competitivo resultante del libre uso del Canal de Acceso por parte de Drummond; (ii) reconoció el deber de resolver la asimetría mediante el ejercicio de esa potestad reglamentaria (es decir, contratar a un perito independiente [el Sr. Valbuena] para redactar la reglamentación pertinente y confirmar a las Demandantes que la expedición de la reglamentación sería inminente); y, sin embargo, (iii) el Ministerio de Transporte se rehusó, de modo inexplicable, a ejercer sus potestades reglamentarias y rechazó la Petición de Prodeco de adoptar esas mismas medidas que ya había identificado como una respuesta necesaria y proporcionada a la asimetría identificada¹⁰⁴.
135. Según las Demandantes, la conducta del Gobierno y las pruebas documentales demuestran sin lugar a dudas que el Gobierno tenía la potestad de regular la cuestión del Canal de Acceso, y reconoció que estaba obligado a hacerlo¹⁰⁵. Para respaldar esta afirmación, las Demandantes se remiten al correo electrónico que envió el Sr. Hernández, Viceministro de Infraestructura (un alto funcionario del Ministerio de Transporte), a las Demandantes en el que se establecían varios principios, incluido el principio de que “*los puertos no pueden obtener subsidios ni ventajas competitivas (directa o indirectamente) por parte de los usuarios de otros puertos*”, y se indicaba que el Ministerio “[procedería] de inmediato a trabajar en el acto administrativo”¹⁰⁶. Las Demandantes mencionan también el documento de posición del Ministerio de Minas publicado en el segundo trimestre del año 2013, en el que se afirmaba lo siguiente: “*se ha venido trabajando para buscar soluciones respecto a: ... [m]etodología para el cobro de tarifas por el uso del canal de acceso*”¹⁰⁷.
136. Las Demandantes arguyen que, en consonancia con el correo electrónico del viceministro y el documento de posición del Ministerio de Minas, el Ministerio de

¹⁰⁴ Cl. PHB, ¶ 44.

¹⁰⁵ Cl. PHB, ¶ 46.

¹⁰⁶ Cl. PHB, ¶ 47; Anexo C-52.

¹⁰⁷ Cl. PHB, ¶ 48; Anexo C-172.

Transporte impartió instrucciones a la ORE para que analizara posibles soluciones a la cuestión del Canal de Acceso. Las Demandantes alegan que el Informe de la ORE de 2013 no solo confirmó la facultad del Ministerio de Transporte para regular el transporte marítimo y las tarifas en virtud del Decreto 087 de 2011, y reconoció de forma clara su deber de actuar, sino que también confirmó que se adoptaron medidas concretas para emprender las acciones que consideraba necesarias, a saber, la contratación de peritos —es decir, el Sr. Valbuena (exjefe de la autoridad de competencia de Colombia)— para diseñar las regulaciones apropiadas¹⁰⁸.

137. Las Demandantes también aseguran que el Informe de Valbuena del mes de marzo de 2014, encargado por el Ministerio de Transporte, concluyó que el Estado tenía el deber constitucional de intervenir para resolver la asimetría con respecto al Canal de Acceso y que “*el Ministerio de Transporte tiene la competencia para expedir la resolución que modifique o disponga la posibilidad de cobrar una tarifa por concepto de uso de los canales de acceso para las sociedades portuarias que operen puertos públicos*”¹⁰⁹.
138. Las Demandantes, además, argumentan que el Ministerio de Minas, en su documento de posición de 2 de abril de 2014, respaldó claramente las conclusiones del Informe de Valbuena, al reconocer de manera inequívoca el deber de resolver la cuestión de los Canales de Acceso, y señalar que el Ministerio de Transporte debe implementar una solución tarifaria regulatoria¹¹⁰.
139. Las Demandantes aseveran que las pruebas antes mencionadas demuestran que, para el mes de abril de 2014, tanto el Ministerio de Transporte como el Ministerio de Minas habían llegado a la conclusión, tras un extenso análisis jurídico y económico, de que el Ministerio de Transporte no solo tenía la potestad, sino también el deber, de

¹⁰⁸ Cl. PHB, ¶¶ 50-51; Anexo C-167.

¹⁰⁹ Cl. PHB, ¶¶ 53-56; Anexo C-53.

¹¹⁰ Cl. PHB, ¶ 60; Anexo C-172.

adoptar reglamentos que exigieran a todos los usuarios del Canal de Acceso el pago de una tarifa por su uso del Canal de Acceso¹¹¹.

140. En vista de lo anterior, las Demandantes alegan que el siguiente paso lógico habría sido que el Ministerio de Transporte expediera la regulación tarifaria. Sin embargo, cuando Prodeco solicitó que el Ministerio hiciera precisamente eso, se rehusó sin ninguna explicación a hacerlo de forma tal que se contradecía directamente con el análisis y las conclusiones del Gobierno y sus peritos¹¹².
141. Las Demandantes llegan a la conclusión de que, al igual que en el caso *B3*, el hecho de que el Ministerio de Transporte no abordara el desequilibrio competitivo después de reconocer que tenía la potestad de resolverlo y el deber de hacerlo fue arbitrario y contrario al estándar de tratamiento justo y equitativo del Tratado¹¹³.
142. Las Demandantes, basándose en los tribunales en el caso *Saluka c. la República Checa y RDC c. Guatemala*, sostienen que la Demandada también actuó de forma arbitraria por haber supeditado el ejercicio de sus potestades para resolver la cuestión del Canal de Acceso a asuntos sin ningún tipo de relación y, en última instancia, por haberse negado a implementar las soluciones identificadas cuando las Demandantes no aceptaron una de las condiciones¹¹⁴.
143. Las Demandantes alegan que la Demandada primero intentó supeditar la resolución de la cuestión del Canal de Acceso a que PNSA cambiara su política de acceso y aumentara la capacidad del puerto, algo que PNSA no tenía obligación de hacer. Después de que las Demandantes cumplieran estas condiciones, el Gobierno supeditó la implementación de una solución a que las Demandantes ayudaran a los pequeños productores de carbón del norte del país. Cuando las Demandantes no pudieron cumplir esa nueva condición porque implicaba llevar a cabo un plan que generaba pérdidas, el Gobierno se rehusó a tomar más medidas para implementar las soluciones

¹¹¹ Cl. PHB, ¶ 61.

¹¹² Cl. PHB, ¶ 63; Anexo C-57.

¹¹³ Cl. PHB, ¶ 73.

¹¹⁴ Cl. PHB, ¶¶ 74-75; Anexo CL-43; Anexo CL-71.

identificadas en relación con el Canal de Acceso y cortó todo contacto con las Demandantes sobre dicho tema¹¹⁵.

144. En síntesis, las Demandantes aseguran que la conducta de la Demandada fue arbitraria y contraria al estándar de tratamiento justo y equitativo del Tratado por dos razones. En primer lugar, porque la Demandada tenía la potestad de regular la cuestión del Canal de Acceso, reconoció que tenía el deber de ejercer esa potestad para resolverla y, aun así, se negó a hacerlo, sin justificación alguna. En segundo lugar, porque la Demandada supeditó de manera arbitraria la resolución de la cuestión del Canal de Acceso a asuntos no relacionados¹¹⁶.

(b) La Conducta de la Demandada fue Incoherente y Poco Transparente

145. Según las Demandantes, la Demandada también incumplió el estándar justo y equitativo del Tratado debido a su conducta incoherente para con las Demandantes. Las Demandantes citan al tribunal en el caso *MTD c. Chile* y afirman que los Estados tienen “*la obligación de actuar de manera coherente y aplicar [sus] políticas de manera uniforme*”¹¹⁷. [Traducción del Tribunal]
146. A modo de ejemplo, las Demandantes observan que, en el caso *Saluka*, la demandada le hizo creer al inversionista en reiteradas ocasiones que la ayuda estaba por llegar, luego contradijo su postura, para luego volver con condiciones. Al final, nunca se proporcionó ninguna ayuda. El tribunal en *Saluka* destacó en particular la conducta incoherente del Estado, “*que reconoc[ía] implícitamente, al menos en principio, que se necesitaba ayuda estatal*”, al tiempo que “*afirma[ba] expresamente*” lo mismo en documentos internos, para que las demandantes acabaran viendo cómo “*se rechazaba [...] su propuesta*” y, más adelante, que accedieran a ella con condiciones. El tribunal consideró que la demandada incumplió el estándar de tratamiento justo y equitativo,

¹¹⁵ Cl. PHB, ¶¶ 76-87; Cl. Rep., ¶¶ 167, 174-175, 195-204; Cl. Mem., ¶¶ 78-82, 88-92.

¹¹⁶ Cl. PHB, ¶ 39.

¹¹⁷ Cl. PHB, ¶ 88; Anexo CL-39.

puesto que su “conducta careció de imparcialidad, coherencia y transparencia”¹¹⁸. [Traducción del Tribunal]

147. Las Demandantes explican que el caso que nos ocupa es similar al caso *Saluka* y destacan que, en el transcurso de varios años, el Gobierno colombiano reconoció en reiteradas ocasiones la asimetría con respecto al uso del Canal de Acceso, y el deber del Gobierno de resolverla. No obstante, cuando se le solicitó formalmente que adoptara medidas para resolver la cuestión, el Ministerio de Transporte se rehusó a hacerlo por motivos que contradecían directamente las mismas conclusiones a las que había llegado a partir de un informe pericial que había encargado —es decir, el Informe de Valbuena—. Las Demandantes arguyen que el Rechazo del Ministerio de Transporte supuso un cambio radical en la conducta anterior del Estado, lo que pone de manifiesto la falta de transparencia y coherencia¹¹⁹.
148. Tras este Rechazo, las Demandantes argumentan que el Gobierno volvió a cambiar su postura, pues reconoció la asimetría con respecto al Canal de Acceso y la necesidad de resolverla mediante grupos de trabajo interinstitucionales coordinados que se reunieron con las Demandantes a lo largo de varias semanas. Las Demandantes consideran que, al igual que en *Saluka*, la nueva postura del Gobierno consistió en ofrecer una solución con condiciones que, como se explicó *supra*, se basaban en asuntos sin ningún tipo de relación con la cuestión del Canal de Acceso. A pesar de haber reconocido en reiteradas ocasiones la necesidad de resolver la cuestión del Canal de Acceso y su potestad para hacerlo hasta el mes de mayo de 2015, el Gobierno cortó abruptamente las comunicaciones y se rehusó a implementar cualquier solución a partir del mes de noviembre de 2015. Según las Demandantes, este es el epítome de una conducta incoherente¹²⁰.
149. Asimismo, las Demandantes arguyen que la conducta de la Demandada también careció de franqueza y transparencia, ya que las respuestas formales del Gobierno a

¹¹⁸ Cl. PHB, ¶ 88; Anexo CL-43.

¹¹⁹ Cl. PHB, ¶ 89; Cl. Rep., ¶¶ 226, 272, 366; Cl. Mem., ¶ 172.

¹²⁰ Cl. PHB, ¶¶ 89-90.

la Petición de Prodeco, por medio del Rechazo y la respuesta en instancia de apelación, discrepaban por completo de todas las demás conductas y declaraciones del Gobierno en las que se reconocía reiteradamente la asimetría y el deber de resolverla por motivos de orden público, al tiempo que se tomaban múltiples medidas concretas para implementar una solución, tanto antes como después del Rechazo¹²¹.

150. En síntesis, las Demandantes aseveran que la conducta de la Demandada fue incoherente, impredecible y poco transparente, y dio lugar a un tratamiento injusto e inequitativo de las inversiones de las Demandantes en violación del estándar de tratamiento justo y equitativo previsto en el Tratado¹²².

(c) La Conducta de la Demandada Careció de Debido Proceso

151. Según las Demandantes, el estándar de tratamiento justo y equitativo del Tratado también garantiza el debido proceso en las relaciones con el Estado, ya que exige que las autoridades administrativas “[evalúen] las presentaciones y las pruebas en una decisión razonada, equitativa e imparcial”¹²³.
152. Las Demandantes señalan que la conducta de la Demandada careció de debido proceso por tres razones. En primer lugar, las Demandantes afirman que el Rechazo de la Petición de Prodeco por parte del Ministerio de Transporte y su respuesta al recurso administrativo de Prodeco se contradicen con las conclusiones anteriores del Ministerio, para lo cual el Ministerio no dio ninguna explicación. Las Demandantes aseveran que este repentino y significativo cambio de postura, sin un motivo adecuado, constituye una violación del debido proceso¹²⁴.
153. En segundo lugar, las Demandantes sostienen que el Ministerio de Transporte, al rechazar la Petición de Prodeco, alegó que este último no había aportado pruebas suficientes de una asimetría, a pesar de que las conclusiones anteriores y el Informe de Valbuena respaldaban la existencia de dicha asimetría. Las Demandantes aseguran

¹²¹ Cl. PHB, ¶ 91.

¹²² Cl. PHB, ¶ 92.

¹²³ Cl. PHB, ¶ 93; Cl. Rep., ¶¶ 266, 343; Cl. Mem., ¶¶ 144, 164, 166, 175; Anexo CL-90.

¹²⁴ Cl. PHB, ¶ 93(a).

que esto demuestra que la Demandada no “[evaluó] las presentaciones y las pruebas en una decisión razonada, equitativa e imparcial” para la Petición y, por ende, no siguió el debido proceso¹²⁵.

154. En tercer y último lugar, las Demandantes hacen hincapié en que el Ministerio de Transporte nunca emitió una decisión definitiva sobre la Petición de Prodeco, sino que la remitió a otras autoridades gubernamentales que, a su vez, no tomaron ninguna medida ni emitieron ninguna decisión, violando así los elementos más básicos del debido proceso¹²⁶.

(d) La Conducta de la Demandada fue Discriminatoria

155. Según las Demandantes, no cabe duda de que el estándar de tratamiento justo y equitativo prohíbe el trato discriminatorio¹²⁷. Las Demandantes aseguran que la prueba para determinar si la conducta del Estado receptor es discriminatoria e incumple el estándar de tratamiento justo y equitativo es similar a la de las reclamaciones en virtud del estándar de nación más favorecida. Esto significa que el análisis debe centrarse en los efectos discriminatorios de la medida y no es necesario demostrar la intención de discriminar¹²⁸.
156. Por lo tanto, por las razones expuestas en la Sección VI.A(2) *infra*, las Demandantes alegan que la conducta de la Demandada fue discriminatoria y contraria al estándar de tratamiento justo y equitativo del Tratado¹²⁹.

(e) La Conducta de la Demandada Frustró las Expectativas Legítimas de las Demandantes

157. Las Demandantes también argumentan que el estándar de tratamiento justo y equitativo protege las expectativas legítimas del inversionista. Para las Demandantes, los inversionistas pueden esperar legítimamente que un Estado receptor “se comporte

¹²⁵ Cl. PHB, ¶ 93(b).

¹²⁶ Cl. PHB, ¶ 93(c).

¹²⁷ Cl. PHB, ¶ 94; Anexo CL-55.

¹²⁸ Cl. PHB, ¶ 94; Anexo CL-51; Anexo CL-76.

¹²⁹ Cl. PHB, ¶ 95.

con respecto a las inversiones [de los inversionistas] de una manera que [sea] razonablemente justificable y [no] viole abiertamente los requisitos básicos de coherencia, transparencia, equidad y no discriminación”¹³⁰. [Traducción del Tribunal]

158. Las Demandantes señalan que la conducta arbitraria, incoherente, discriminatoria y poco transparente de la Demandada, que careció de debido proceso, también violó las expectativas legítimas de las Demandantes con respecto a su inversión en Puerto Nuevo y el Canal de Acceso¹³¹.

(f) Los Intentos de la Demandada por Justificar su Violación del Estándar de Tratamiento Justo y Equitativo Carecen de Fundamento

159. Las Demandantes alegan, asimismo, que los intentos de la Demandada por justificar sus medidas y demostrar que no constituyen una violación del estándar de tratamiento justo y equitativo del Tratado carecen de fundamento¹³².
160. En primer lugar, las Demandantes arguyen que la Demandada está equivocada al alegar que la Concesión impedía cobrar tarifas por el uso del Canal de Acceso porque (i) la Concesión dispone que PNSA debe construir el Canal de Acceso “por su cuenta y riesgo”; (ii) el Canal de Acceso no se encuentra dentro del área de la Concesión; (iii) la Resolución 723 no contemplaba tarifas separadas para los canales de acceso; y (iv) las Demandantes asumieron el riesgo de que Drummond pudiera utilizar los canales de acceso de manera gratuita¹³³.
161. Ante todo, las Demandantes aducen que la Demandada, a través de estos argumentos, ha procurado recategorizar la reclamación de las Demandantes como si se relacionara con la frustración de expectativas legítimas específicas. En concreto, la Demandada ha procurado defenderse de la reclamación recategorizada afirmando que las Demandantes no podrían haber tenido una expectativa específica de que la

¹³⁰ Cl. PHB, ¶ 96; Anexo CL-64; Anexo CL-43.

¹³¹ Cl. PHB, ¶ 97.

¹³² Cl. PHB, ¶ 98.

¹³³ Cl. PHB, ¶ 99.

Demandada decretaría una tarifa para los canales de acceso al momento de celebrarse la concesión. Sin embargo, estas defensas no responden a la reclamación de las Demandantes. La reclamación de expectativas legítimas de las Demandantes es que la Demandada resolvería la Petición de Prodeco de manera razonable, mediante una toma de decisiones no viciada por motivos inapropiados, sin medidas arbitrarias, incoherentes, carentes de transparencia o debido proceso. En otras palabras, las Demandantes no alegan que la Demandada frustrara expectativas específicas creadas por el Gobierno al momento de su inversión¹³⁴.

162. Las Demandantes aseveran que, aun si hubieran alegado eso, será necesario considerar las expectativas de las Demandantes al momento en el que decidieron invertir. Las Demandantes señalan que decidieron invertir en Puerto Nuevo y, de hecho, comenzaron a invertir en el desarrollo y la construcción del puerto en 2009, dos años antes de que se firmara la Concesión de Puerto Nuevo, mediante la realización de obras por más de USD 100 millones para cuando se firmó la Concesión, en cumplimiento con sus compromisos y obligaciones que impuso el Gobierno colombiano en las Resoluciones INCO 135 y 151 del mes de marzo de 2009¹³⁵.
163. Las Demandantes sostienen que, cuando invirtieron en el año 2009, se entendió que cada puerto de la Bahía de Ciénaga tendría que cumplir con requisitos de carga directa que exigían el dragado de un canal de acceso, conforme a los requisitos aplicables de carga directa¹³⁶. Además, las Demandantes resaltan que Drummond tenía una obligación contractual específica de construir un canal de acceso conforme a (i) su contrato de concesión del Puerto Drummond de 1992 que requería, como parte de la “Fase II del proyecto”, la construcción de instalaciones de carga directa, con inclusión de un “canal de acceso y dársena de maniobras”; y (ii) la Resolución 1286 del mes de

¹³⁴ Cl. PHB, ¶ 101.

¹³⁵ Cl. PHB, ¶ 102.

¹³⁶ Cl. PHB, ¶ 103; Anexo C-38.

julio de 2007 por la cual se ordenó a Drummond implementar la fase II de su proyecto para el mes de julio de 2010 y solicitar la licencia ambiental requerida¹³⁷.

164. Las Demandantes advierten que los puertos podían cumplir con estos requisitos si cada uno construía su propio canal de acceso o celebraba un acuerdo para construir, de manera conjunta, y compartir infraestructura de conformidad con el Artículo 4 del Estatuto de Puertos Marítimos. A mayor abundamiento, las Demandantes aducen que, de hecho, Puerto Nuevo y Puerto Drummond solicitaron cada uno una licencia ambiental para construir su propio canal de acceso, a la vez que procuraron llegar a un acuerdo. Sin embargo, en el mes de marzo de 2010, el Ministerio de Ambiente finalmente decidió que, por motivos ambientales, sólo podía haber un canal de acceso en la Bahía de Ciénaga. El marco establecía que, en tales circunstancias, PNSA y Drummond deberían celebrar un acuerdo de instalaciones compartidas, pero ese acuerdo nunca se concretó¹³⁸.
165. Es por ello que las Demandantes alegan que, para cuando suscribieron la Concesión de Puerto Nuevo en el mes de marzo de 2011, a dos años de invertir cientos de millones de dólares en infraestructura portuaria esencial para la continuidad de las actividades de explotación carbonífera de las Demandantes, las circunstancias en las que inicialmente invirtieron habían cambiado. Las Demandantes sostienen que, si bien no había simetría con respecto al Canal de Acceso en aquel entonces, dado que el Canal de Acceso aún debía construirse y recién estaría en funcionamiento más de dos años después, Drummond y las Demandantes ya se encontraban en proceso de negociar un acuerdo de instalaciones compartidas y los más altos funcionarios públicos de Colombia habían asegurado a las Demandantes que, a falta de dicho acuerdo, implementarían una solución. En consecuencia, las Demandantes sostienen que el alegato de la Demandada de que las Demandantes, de algún modo, aceptaron la simetría mediante la firma de la Concesión carece de asidero¹³⁹.

¹³⁷ Cl. PHB, ¶ 103; Anexo R-31; Anexo C-137.

¹³⁸ Cl. PHB, ¶ 103; Anexo C-37; Anexo R-34.

¹³⁹ Cl. PHB, ¶ 104; Anexo C-173.

166. Más allá de este punto preliminar, las Demandantes argumentan que la Concesión de Puerto Nuevo no impedía cobrar tarifas por el uso del Canal de Acceso. Las Demandantes aseveran que la Concesión simplemente no abordó cuestiones tarifarias regidas por reglamentaciones sujetas a modificación. Por lo tanto, el pago de tarifas no es una cuestión contractual, sino regulatoria. En otras palabras, las reglamentaciones tarifarias pueden ser modificadas por el Ministerio de Transporte sin afectar la Concesión. Por eso, no fue determinante que la Resolución 723 sobre tarifas portuarias, promulgada en un momento en el que era habitual en Colombia construir canales de acceso con recursos del Estado, no estableciera explícitamente tarifas separadas para los canales de acceso¹⁴⁰.
167. Asimismo, las Demandantes aducen que la obligación de PNSA en virtud de la Concesión de construir el puerto y el Canal de Acceso por su cuenta y riesgo implicó que PNSA debía encargarse del proyecto portuario por sí misma, construir el puerto y el canal de acceso, y financiar y soportar los costos desde el principio. Sin embargo, PNSA tenía derecho a recuperar esos costos mediante el cobro de tarifas, lo cual no quita la obligación de realizar la inversión por cuenta y riesgo del concesionario. La manera en la que se recupera la inversión mediante el cobro de tarifas, sin embargo, no se aborda en el Contrato de Concesión. Según las Demandantes, ninguna disposición del Contrato de Concesión impedía al Gobierno modificar las normas vigentes para permitir el cobro de una tarifa separada por el uso del Canal de Acceso, tal como se reconoce en el Informe de Valbuena¹⁴¹.
168. Además, las Demandantes aducen que los informes emitidos y encomendados por el Gobierno que hacen referencia a la obligación contractual de construir y mantener el Canal de Acceso por cuenta y riesgo de PNSA también reconocen el deber del Gobierno de actuar para resolver la asimetría (es decir, el Informe de la ORE de 2013, el Informe de Valbuena, entre otros)¹⁴².

¹⁴⁰ Cl. PHB, ¶ 105(a).

¹⁴¹ Cl. PHB, ¶ 105(b); Anexo C-167.

¹⁴² Cl. PHB, ¶ 105(c); Anexo C-167; Anexo C-53.

169. Las Demandantes sostienen, asimismo, que el hecho de que el Canal de Acceso no se situara dentro del área de la Concesión no impedía cobrar tarifas por su uso. Las Demandantes aseveran que, si bien PNSA solicitó, en un principio, incluir el Canal de Acceso dentro del área de la Concesión, esas solicitudes se centraron principalmente en inquietudes acerca del derecho a construir el Canal de Acceso y, aunque PNSA también mencionó inquietudes tarifarias, eso fue antes de que la ANI le informara a PNSA que podía recuperar los costos del Canal de Acceso mediante el cobro de tarifas, de conformidad con el Estatuto de Puertos Marítimos y la Resolución 723, sin perjuicio de si se encontraba físicamente dentro o fuera del área de la Concesión¹⁴³.
170. En cualquier caso, las Demandantes alegan que la ANI y la Superintendencia de Puertos consideraron que PNSA no podía cobrar una tarifa desglosada separada en relación con el Canal de Acceso porque la Resolución 723 no contempló expresamente una categoría tarifaria separada para los canales de acceso. Como resultado de ello, las Demandantes entendieron que el componente de la tarifa de Puerto Nuevo correspondiente al Canal de Acceso debe agruparse con la tarifa relativa a otros servicios portuarios. Drummond, sin embargo, no consume esos otros servicios portuarios (sólo utiliza el Canal de Acceso de Puerto Nuevo). Por eso, sin perjuicio de si el Canal de Acceso se encontraba dentro o fuera del área de la Concesión, no podía cobrarse ninguna tarifa separada para los canales de acceso sin modificar la reglamentación de manera de contemplar el desglose de la tarifa portuaria de Puerto Nuevo. Las Demandantes alegan que, según el Informe de Valbuena, la modificación de la Resolución 723 sería “*relativamente sencill[a]*” y no requeriría modificar el Contrato de Concesión¹⁴⁴.
171. En segundo lugar, las Demandantes arguyen que la Demandada se equivoca al intentar justificar su falta de resolución de la asimetría del Canal de Acceso sobre la

¹⁴³ Cl. PHB, ¶ 105(d); Anexo R-44.

¹⁴⁴ Cl. PHB, ¶ 105(e); Anexo R-49; Anexo C-53.

presunta base de que no pueden cobrarse tarifas por el uso de los canales de acceso por una cuestión de política colombiana¹⁴⁵.

172. Las Demandantes aseveran que, históricamente, e incluso después de la privatización del sector portuario público en el año 1991, la construcción y el mantenimiento de los canales de acceso han estado a cargo del Estado con fondos públicos. Esta práctica tuvo dos consecuencias: (i) los canales de acceso no se incluían en los contratos de concesión portuaria (ya que el Estado asumía la obligación de construirlos y mantenerlos); y (ii) dado que las obras en los canales de acceso eran financiadas por el Estado, los usuarios no tenían que pagar tarifas por su uso. Las Demandantes alegan que esta práctica, sin embargo, no significaba que hubiera una política en contra del cobro de tarifas por el uso de canales de acceso¹⁴⁶.
173. Las Demandantes también sostienen que la Demandada no articuló esta denominada política en contra del cobro de tarifas por el uso del Canal de Acceso hasta el presente arbitraje. De hecho, cuando el Ministerio de Transporte rechazó la Petición de Prodeco de implementar una tarifa, no mencionó política alguna en contra del cobro de tarifas por el uso de canales de acceso. En el supuesto de que hubiera existido dicha política, alegan las Demandantes, debería haber sido la primera o la única respuesta a la Petición de Prodeco¹⁴⁷.
174. Las Demandantes también resaltan que la Demandada no ha identificado un solo documento del expediente que mencionara una presunta política en contra del cobro de tarifas por el uso de canales de acceso. Por el contrario, una gran cantidad de informes y documentos preparados y encomendados por el Gobierno demuestran, con claridad, que el Gobierno no consideraba que hubiera una política en contra del cobro de tarifas por el uso de canales de acceso. Más bien, estos informes indicaron que

¹⁴⁵ Cl. PHB, ¶ 107.

¹⁴⁶ Cl. PHB, ¶ 107(a); Anexo C-131.

¹⁴⁷ Cl. PHB, ¶ 107(b); Anexo C-57.

certas consideraciones sobre política pública requerían que el Gobierno solucionara el problema del Canal de Acceso mediante un mecanismo tarifario¹⁴⁸.

175. A mayor abundamiento, las Demandantes alegan que la única consideración política en contra del cobro de tarifas por el uso de canales de acceso se describió en documentos preparados por el Ministerio de Minas en los años 2013 y 2014. Las Demandantes afirman que la inquietud era que el cobro de tarifas por el uso de canales de acceso hiciera que el carbón colombiano fuera menos competitivo a nivel internacional y que “*crear una tarifa exclusivamente para los exportadores que utilicen el canal de acceso construido por PNSA... genera un desequilibrio entre estos exportadores respecto al resto de exportadores que utilizan los canales de acceso en las demás zonas portuarias... quienes utilizan dichos canales de acceso gratuitamente*”. En otras palabras, el Ministerio consideraba que el cobro de una tarifa a los usuarios del Canal de Acceso (es decir, Drummond y Prodeco) los colocaría en desventaja competitiva frente a los exportadores de carbón de otras partes del país que no pagan ninguna tarifa por el uso de canales de acceso. Pero esa conclusión sólo sirve para poner de relieve la asimetría que afectaba a Prodeco, ya que era el único exportador de carbón que pagaba por el uso de un canal de acceso¹⁴⁹.
176. En tercer lugar, las Demandantes manifiestan que el alegato de la Demandada de que las Demandantes se fundaron indebidamente en documentos internos del Gobierno es incorrecto. En particular, la Demandada alega que las Demandantes se fiaron simplemente de comunicaciones internas que ni siquiera se les divulgaron antes del presente arbitraje y que, por tanto, estos documentos no pueden (i) crear expectativas o (ii) invocarse para alegar que la conducta de la Demandada es incoherente. La Demandada hace referencia específica a la presentación del Ministerio de Transporte del mes de mayo de 2013, el documento de posición del Ministerio de Minas, los Informes de la ORE de los años 2013 y 2014, el correo electrónico de la ANI a Prodeco del mes de julio de 2014, la carta del Ministro de Transporte al Ministro de Minas del mes de agosto de 2014 y el Informe de Valbuena. La Demandada alega

¹⁴⁸ Cl. PHB, ¶ 107(c); Anexo C-53; Anexo C-167; Anexo C-165; Anexo C-172.

¹⁴⁹ Cl. PHB, ¶ 107(d); Anexo C-176; Anexo C-177.

que estos denominados documentos internos deben contrastarse con las decisiones “formales” de las autoridades colombianas, como el Rechazo del Ministerio de Transporte¹⁵⁰.

177. En este sentido, las Demandantes señalan que muchos de los documentos que la Demandada etiqueta como “internos” se compartieron, de hecho, con las Demandantes. Las Demandantes también advierten que, de nuevo, la Demandada tergiversa las reclamaciones de las Demandantes, ya que las Demandantes no están alegando la frustración de expectativas específicas y, por lo tanto, tampoco están alegando que esos denominados documentos internos crearan expectativas legítimas. Las Demandantes también sostienen que no están aduciendo que la Demandada violara el Tratado porque algunos de sus documentos son incoherentes, sino que la conducta de la Demandada fue injusta e inequitativa. Si bien las Demandantes no niegan que se fiaron de ciertos documentos gubernamentales internos que obtuvieron en el curso del arbitraje, afirman que no es inusual que un inversionista pruebe sus alegatos mediante documentos gubernamentales internos en el marco de un arbitraje en virtud de un tratado de inversión¹⁵¹.
178. En cuarto lugar, las Demandantes alegan que el argumento de la Demandada de que el Rechazo del Ministerio de Transporte fue justificado porque las Demandantes no cumplieron con su deber de demostrar que había una asimetría competitiva es insostenible¹⁵².
179. En este sentido, las Demandantes alegan que la existencia de la asimetría es obvia: los usuarios de Puerto Nuevo deben pagar por el uso del Canal de Acceso, mientras que Drummond no. En tanto las Demandantes reconocen que la Demandada utilizó términos diferentes para referirse a esta asimetría, el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Minas y los peritos contratados por el Gobierno admitieron que dicha asimetría existió y que debía abordarse. Además, las Demandantes plantean que la

¹⁵⁰ Cl. PHB, ¶ 111.

¹⁵¹ Cl. PHB, ¶ 111(a)-(f).

¹⁵² Cl. PHB, ¶ 112.

existencia de una asimetría y la necesidad de que el Gobierno la remediara también quedan demostradas por la conducta de la Demandada que, luego del Rechazo de la Petición de Prodeco, propuso implementar una solución parcial frente al problema del Canal de Acceso. Por lo tanto, las Demandantes aseveran que la asimetría competitiva respecto del Canal de Acceso quedó ampliamente confirmada¹⁵³.

180. En quinto lugar, las Demandantes alegan que la Demandada se equivoca al argumentar que el acuerdo por el cual la Demandada asumiría los costos de mantenimiento del Canal de Acceso no se implementó porque las Demandantes (i) nunca respondieron las cartas del INVÍAS en las que se solicitaba información técnica a PNSA y Prodeco en relación con el mantenimiento del canal, y (ii) no iniciaron formalmente el proceso de reforma de la Concesión de Puerto Nuevo para evitar perder las ventajas de la zona franca¹⁵⁴.
181. Las Demandantes aducen que, contrariamente a los alegatos de la Demandada, sí respondieron las solicitudes de información de la ANI y de INVÍAS de fechas 9 y 10 de septiembre de 2015, respectivamente. Esto se refleja en una carta del Sr. McManus al Ministro de Minas del mes de diciembre de 2015, en la cual el Sr. McManus explicó que “*se avanzó inicialmente en la revisión del procedimiento de apropiación presupuestal para que Invías llevara a cabo el mantenimiento del canal de acceso y en el intercambio de información técnica y de costos en relación con el dragado del mismo, entre la ANI, Invías y PNSA*”¹⁵⁵.
182. Las Demandantes también afirman que es indiscutible que, en el mes de noviembre de 2015, el presidente de la ANI, el Sr. Andrade, canceló, de manera abrupta, una reunión entre las Demandantes y la ANI para debatir acerca de la implementación del Acuerdo de Operación (en particular, la modificación del Contrato de Concesión) y se rehusó a continuar con su implementación. En vista de esto, las Demandantes

¹⁵³ Cl. PHB, ¶¶ 112-113.

¹⁵⁴ Cl. PHB, ¶ 113.

¹⁵⁵ Cl. PHB, ¶ 113(a); Anexo C-65.

sostienen que no iniciaron formalmente el proceso de reforma de la Concesión de Puerto Nuevo, ya que no tenía sentido que lo hicieran¹⁵⁶.

183. A mayor abundamiento, las Demandantes alegan que la insinuación de la Demandada de que las Demandantes no iniciaron el proceso de reforma porque podría haber provocado la pérdida de los beneficios de la zona franca del puerto es insostenible y, en cualquier caso, no tiene asidero. El alegato pareciera basarse en el documento de posición del Ministerio de Minas del mes de octubre de 2014, que no dice esto¹⁵⁷.
184. Asimismo, las Demandantes señalan que el alegato de la Demandada de que los beneficios de la zona franca para Puerto Nuevo fueron un *quid pro quo* para construir y mantener el Canal de Acceso carece de fundamento. Las pruebas lo demuestran con claridad: (i) las Demandantes se comprometieron a construir y, de hecho, comenzaron a construir el puerto de carga directa Puerto Nuevo (que incluyó un Canal de Acceso) en el año 2009; (ii) este compromiso se reiteró en el Contrato de Concesión de 2011; (iii) el Contrato de Concesión no otorgaba beneficios de zona franca sino que, por el contrario, el texto de la Concesión especifica que no había garantías de que Puerto Nuevo se declarase zona franca; y (iv) recién se otorgó a Puerto Nuevo la condición de zona franca en el mes de marzo de 2013, tan solo dos meses antes de inaugurarse el puerto, cuando la construcción estaba casi finalizada¹⁵⁸.
185. En sexto y último lugar, las Demandantes alegan que el argumento de la Demandada de que las Demandantes deberían haber recurrido a la SIC para solicitar resarcimiento antes porque es la única autoridad encargada de tratar asuntos sobre competencia no sólo es erróneo, sino que se contradice con su propia conducta y sus propios alegatos¹⁵⁹.
186. Según las Demandantes, el problema del Canal de Acceso surgió como resultado de una laguna normativa que podía resolverse exclusivamente a través de medidas

¹⁵⁶ Cl. PHB, ¶ 113(b); Anexo C-65.

¹⁵⁷ Cl. PHB, ¶ 113(c); Anexo C-176.

¹⁵⁸ Cl. PHB, ¶ 113(d); Anexo C-48; Anexo BRG-86.

¹⁵⁹ Cl. PHB, ¶ 114.

regulatorias por parte de la autoridad administrativa facultada para emitir las reglamentaciones pertinentes, es decir, el Ministerio de Transporte¹⁶⁰.

187. Además, las Demandantes aducen que el uso gratuito por parte de Drummond del Canal de Acceso construido por PNSA no era motivo para presentar una denuncia contra Drummond ante la SIC. Esto obedece a que Drummond no adoptó prácticas monopolísticas en violación del derecho de la competencia. Drummond actuó de manera lícita y simplemente beneficiándose de una laguna en las reglamentaciones sobre tarifas portuarias que no permitían a PNSA cobrar a Drummond una tarifa por utilizar el Canal de Acceso. La situación anticompetitiva fue producto de las condiciones regulatorias (tal como reconocen la ORE del Ministerio de Transporte y el Informe de Valbuena), no de la conducta de Drummond. Por lo tanto, no había derecho a iniciar acciones legales o presentar una denuncia contra Drummond¹⁶¹.
188. A mayor abundamiento, las Demandantes aseveran que, una vez que las autoridades de la Demandada se rehusaron, de manera arbitraria a brindar una solución regulatoria y fracasaron todas las oportunidades de solución amigable, PNSA y Prodeco formularon una denuncia ante la SIC el 4 de diciembre de 2018, antes de presentar su Solicitud de Arbitraje en este procedimiento, seis meses después, el 11 de junio de 2019. La denuncia se refería a la conducta del Ministerio de Transporte y la ANI por no abordar la asimetría competitiva, y se solicitaba a la SIC que ordenase al Ministerio de Transporte tomar las medidas correctivas necesarias. Para el mes de junio de 2019, las Demandantes ya habían esperado seis meses y no habían recibido respuesta alguna. En cumplimiento del plazo de prescripción de cinco años conforme al Tratado, este arbitraje se inició el 11 de junio de 2019. La primera vez que las Demandantes tomaron conocimiento de la respuesta de la SIC a su denuncia fue en el Memorial de Contestación de Colombia de 31 de enero de 2022, al cual se adjuntó como anexo el rechazo de la denuncia por parte de la SIC. Ese rechazo, de fecha 30 de noviembre de 2021, unos dos meses antes y sospechosamente cerca de la fecha original establecida para la presentación del Memorial de Contestación de Colombia,

¹⁶⁰ Cl. PHB, ¶ 114(a).

¹⁶¹ Cl. PHB, ¶ 114(b); Anexo C-167; Anexo C-53.

consistió en una carta de una página y media que simplemente señaló que la solicitud de las Demandantes se denegaba sobre la base de los hechos descritos, sin brindar ningún motivo¹⁶².

(2) La Demandada No Otorgó a las Inversiones de las Demandantes un Tratamiento No Menos Favorable que Aquel Dado a las Inversiones de los Inversionistas de un Tercer Estado

189. Según las Demandantes, la Demandada no otorgó a las inversiones de las Demandantes un tratamiento no menos favorable que aquel dado a las inversiones de los inversionistas de un tercer Estado, a tenor de lo exigido en virtud del estándar de nación más favorecida contemplado en el Artículo 4(2) del Tratado. En concreto, el Artículo 4(2) establece lo siguiente sobre el tratamiento dado por Colombia a las inversiones suizas:

*“no podrá ser menos favorable que aquel dado por cada una de las Partes a la[s] inversiones hechas dentro de su territorio por sus propios inversionistas, o que aquel dado a los inversionistas de la nación más favorecida, si este último tratamiento es más favorable”*¹⁶³.

190. Las Demandantes argumentan que la prueba de nación más favorecida básicamente implica lo siguiente: (i) identificar un comparador apropiado, es decir, las inversiones de un tercer Estado en una situación comparable (o sea, en “circunstancias similares”) a las inversiones del inversionista extranjero protegido por el estándar; y (ii) evaluar si el Estado receptor trató las inversiones del inversionista protegido por el estándar de nación más favorecida de manera menos favorable que las del comparador apropiado, lo que implica un análisis objetivo que se centra en el “efecto” de la conducta estatal. Si las Demandantes establecen estos dos requisitos, entonces (iii) la Demandada solo puede evitar la responsabilidad si demuestra que el tratamiento menos favorable estaba justificado por una política gubernamental racional no discriminatoria¹⁶⁴.

¹⁶² Cl. PHB, ¶ 114(c); Anexo C-67; Anexo C-91; Anexo R-64.

¹⁶³ Cl. PHB, ¶ 116; Anexo C-1.

¹⁶⁴ Cl. PHB, ¶ 117.

191. Las Demandantes sostienen que, de acuerdo con el tribunal en el caso *Cargill c. Polonia*, el primer paso de la prueba obliga a las Demandantes a identificar las inversiones propiedad de un inversionista extranjero no suizo que se encuentren en “circunstancias iguales” o “similares” a las inversiones de las Demandantes. Las Demandantes alegan que, si bien el análisis depende de los hechos específicos del caso, los tribunales adoptan un enfoque flexible y evitan aprobar criterios excesivamente restrictivos que limiten la identificación de un comparador apropiado. Además, las Demandantes arguyen que los tribunales han determinado que los inversionistas y las inversiones se encuentran en “circunstancias similares” o “situaciones similares” cuando, por ejemplo, operan en el mismo negocio o sector económico, o son competidores directos. Para determinar si las dos inversiones se encuentran en circunstancias similares, solo es necesario comparar las características de las inversiones que son relevantes para el tratamiento en cuestión¹⁶⁵.
192. Asimismo, las Demandantes afirman que no cabe duda de que las inversiones de las Demandantes y las inversiones de Drummond se encuentran en circunstancias iguales o similares, puesto que (i) ambas se dedican a la exportación de carbón de Colombia, y (ii) se encuentran en circunstancias similares en relación con el tratamiento relativo al uso del Canal de Acceso para exportar su carbón, que es precisamente el tratamiento en cuestión en el caso que nos ocupa. Mientras que las inversiones de las Demandantes son propiedad de un inversionista suizo (Glencore), las inversiones de Drummond son propiedad de un inversionista de los Estados Unidos¹⁶⁶.
193. Por otra parte, las Demandantes aseguran que para determinar si los inversionistas se encuentran en “circunstancias similares”, los tribunales centran su análisis en las características de las inversiones que son relevantes para el tratamiento en cuestión¹⁶⁷. Las Demandantes aseveran que los términos de la Concesión, que no abordan la

¹⁶⁵ Cl. PHB, ¶ 118; Anexo CL-54; Anexo CL-51.

¹⁶⁶ Cl. PHB, ¶ 118.

¹⁶⁷ Cl. PHB, ¶ 119; Anexo CL-40.

manera en que se recuperan las inversiones de PNSA por medio de las tarifas, no son relevantes con respecto al tratamiento en cuestión¹⁶⁸.

194. En lo que respecta al segundo paso de la prueba, las Demandantes indican que se les exige que demuestren que el tratamiento otorgado por la Demandada a sus inversiones es “menos favorable” que aquel dado a las inversiones del comparador. Las Demandantes plantean que no hay duda de que la Demandada dio un tratamiento menos favorable a las inversiones de las Demandantes que a las de Drummond porque, al rehusarse a regular la asignación equitativa de los costos asociados a la construcción y el mantenimiento del Canal de Acceso entre sus usuarios, las inversiones de las Demandantes tuvieron que soportar, mediante el pago de tarifas a PNSA, todos los costos asociados al Canal de Acceso, mientras que las inversiones de Drummond no tuvieron que contribuir ni un solo centavo a su costo¹⁶⁹.
195. Las Demandantes también declaran que la Demandada pretende vaciar de todo contenido el estándar de nación más favorecida al sugerir que, para demostrar un “tratamiento menos favorable”, las Demandantes deben demostrar que efectivamente hubo una situación anticompetitiva, y que el tratamiento de sus inversiones “en general” es menos favorable que aquel dado a las inversiones de Drummond. Esto no es correcto, ya que esencialmente permitiría a los Estados discriminar entre inversionistas extranjeros siempre que el impacto de esa discriminación se vea compensado de algún modo por otras diferencias en las estructuras de costos generales de los inversionistas que no guardan relación con el tratamiento discriminatorio en cuestión¹⁷⁰.
196. Las Demandantes también hacen hincapié en que los beneficios que los usuarios de Puerto Nuevo puedan obtener de la zona franca no tienen nada que ver con dicho tratamiento. De lo contrario, la Demandada tendría derecho a discriminar entre inversionistas extranjeros siempre que el impacto de esa discriminación se vea

¹⁶⁸ Cl. PHB, ¶ 121.

¹⁶⁹ Cl. PHB, ¶ 122.

¹⁷⁰ Cl. PHB, ¶¶ 123-124.

compensado de algún modo por otros tratamientos no relacionados con respecto a las estructuras de costos generales del inversionista¹⁷¹.

197. Adicionalmente, las Demandantes sostienen que la Demandada no puede justificar el tratamiento menos favorable a las inversiones de las Demandantes en ninguna política gubernamental racional no discriminatoria. Esto se debe a que no existe ninguna que prohíba exigir a los usuarios el pago de tarifas que compensen los costos de construcción y mantenimiento de los canales de acceso¹⁷².
198. En síntesis, las Demandantes alegan que la Demandada no ha proporcionado ninguna explicación plausible, y mucho menos una política gubernamental racional no discriminatoria, de su falta de acción para resolver la cuestión del Canal de Acceso, que condujo a un tratamiento más favorable a Drummond, nacional de los Estados Unidos. Por lo tanto, las Demandantes aseguran que la Demandada ha incumplido el estándar de nación más favorecida del Tratado¹⁷³.

(3) La Demandada Perjudicó las Inversiones de las Demandantes mediante Medidas No Razonables y Discriminatorias

199. Según las Demandantes, la Demandada perjudicó las inversiones de las Demandantes mediante medidas no razonables y discriminatorias en violación del Artículo 4(1) del Tratado. Dicho artículo establece que Colombia no puede “*perjudicar con medidas no razonables o discriminatorias el mantenimiento, uso, disfrute, extensión, venta, y, llegado el caso, la liquidación de dichas inversiones*”¹⁷⁴.
200. Las Demandantes afirman que para establecer una violación del Artículo 4(1), deben demostrar que las medidas de la Demandada (i) no son razonables o son discriminatorias y (ii) han perjudicado el mantenimiento, uso y disfrute de sus inversiones¹⁷⁵.

¹⁷¹ Cl. PHB, ¶ 126.

¹⁷² Cl. PHB, ¶ 128.

¹⁷³ Cl. PHB, ¶¶ 129-130.

¹⁷⁴ Cl. PHB, ¶ 131; Anexo C-1.

¹⁷⁵ Cl. PHB, ¶ 132.

201. Asimismo, las Demandantes señalan que la misma prueba descrita en relación con el estándar de nación más favorecida se aplica para establecer que las medidas de la Demandada son discriminatorias en virtud de este estándar. Así pues, por las razones expuestas en la Sección IV.A(2) *supra*, las medidas de la Demandada fueron discriminatorias¹⁷⁶.
202. Las Demandantes, además, advierten que en cuanto al estándar de “irrazonabilidad”, el tribunal en *Glencore c. Colombia I* determinó, a la hora de interpretar esta misma disposición del Tratado, que “*todas las medidas que son arbitrarias son también no razonables – pero no viceversa*”, ya que “[e]l conjunto de medidas no razonables es más amplio que el de medidas arbitrarias”. En este sentido, “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*”¹⁷⁷.
203. Las Demandantes argumentan que las medidas de la Demandada son irracionales en sí mismas, y resultan de un proceso irracional de toma de decisiones, como se explica en la Sección VI.A *supra* y, por lo tanto, no son razonables¹⁷⁸.
204. En lo tocante a la segunda parte de la prueba prevista en el Artículo 4(1), las Demandantes afirman que se refiere al perjuicio de, entre otras cosas, “*el mantenimiento, uso, [y] disfrute*” de las inversiones de las Demandantes. No cabe duda de que el hecho de que la Demandada no resolviera la asimetría con respecto al Canal de Acceso mediante reglamentaciones que exigían que todos los usuarios contribuyeran a los costos del Canal de Acceso como consecuencia de las medidas de la Demandada afectó negativamente y, como resultado, perjudicó el mantenimiento, uso y disfrute de las inversiones de las Demandantes. Esto se debe a que hizo que (a) Prodeco soportara costos excesivos en forma de tarifas portuarias más altas porque en realidad estaba subsidiando el uso del Canal de Acceso por parte de Drummond;

¹⁷⁶ Cl. PHB, ¶ 133.

¹⁷⁷ Cl. PHB, ¶ 134; Anexo CL-90.

¹⁷⁸ Cl. PHB, ¶ 135.

y (b) PNSA sufriera pérdidas equivalentes a tarifas no percibidas que habría recuperado de Drummond de no ser por las medidas de la Demandada¹⁷⁹.

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

205. Según la Demandada, las reclamaciones de las Demandantes carecen de fondo por dos razones fundamentales. En primer lugar, las reclamaciones de las Demandantes solo pueden caracterizarse de dos maneras posibles, y ninguna de ellas puede comprometer la responsabilidad de la Demandada conforme al Tratado. Por un lado, las reclamaciones de las Demandantes surgen de un desacuerdo con una decisión de políticas públicas relativa a la financiación del Canal de Acceso, que aceptaron libremente al momento de invertir en Puerto Nuevo. Por otro lado, los supuestos agravios de las Demandantes constituyen, en el mejor de los casos, reclamaciones contractuales y, por lo tanto, no pueden comprometer la responsabilidad del Estado conforme al Tratado. Resulta indiscutible que, para constituir una violación del Tratado, la conducta en cuestión debe ir más allá de la que podría adoptar una parte contratante ordinaria¹⁸⁰.
206. En segundo lugar, en cualquier caso, las Demandantes nunca probaron la existencia de una situación anticompetitiva en el Canal de Acceso, ni mucho menos un compromiso de la Demandada para resolver dicha situación. La postura de la Demandada en respuesta a todas y cada una de las solicitudes formales que las Demandantes presentaron esperando que se les permitiera cobrar una tarifa por el Canal de Acceso desde el año 2010 ha sido siempre coherente: a cambio de la Concesión de Puerto Nuevo (y del beneficio de una zona franca), las Demandantes se comprometían a construir y mantener el Canal de Acceso por su cuenta y riesgo, y a recuperar dicha inversión mediante las tarifas que pagaran los usuarios de Puerto Nuevo¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cl. PHB, ¶ 136; Anexo CL-43.

¹⁸⁰ Res. PHB, ¶ 27.

¹⁸¹ Res. PHB, ¶ 28.

(1) La Demandada No Puede Considerarse Responsable en virtud del Tratado por Rehusarse a Cambiar las Políticas Públicas y los Acuerdos Contractuales que Aceptaron las Demandantes al Momento de Invertir en Puerto Nuevo

207. La Demandada arguye que el Tratado no puede imponer al Estado la obligación de cambiar sus políticas públicas simplemente para que las Demandantes puedan aumentar su margen de ganancia. Esto es particularmente cierto cuando las Demandantes aceptaron dichas políticas por contrato en primer lugar. Como señaló el tribunal en el caso *Urbaser*, el estándar de tratamiento justo y equitativo “*no puede transformar un contrato en otro menor, ni puede restaurar los derechos o expectativas a los que el inversor renunció o perdió por negligencia propia*”¹⁸².
208. La Demandada, primero, afirma que es una cuestión de políticas públicas colombianas que (i) todos los canales de acceso en el país son de libre uso, independientemente de cómo se financien, y, (ii) en este caso, el Canal de Acceso se financiaría por medio de la Concesión de Puerto Nuevo. La Demandada argumenta que estas políticas y sus consecuencias estaban claras desde el principio¹⁸³.
209. A mayor abundamiento, la Demandada señala que, si bien niega que sus políticas sean problemáticas, las Demandantes, en su calidad de inversionistas internacionales considerados profesionales competentes, decidieron invertir en Puerto Nuevo, aceptando así las políticas portuarias vigentes en ese momento o, como mínimo, asumiendo el riesgo de que dichas políticas no cambiarían. La Demandada alega que las Demandantes no pueden valerse del Tratado como póliza de seguro contra dicho riesgo¹⁸⁴.
210. Segundo, al contrario de lo que alegan las Demandantes, la Demandada argumenta que modificar la Resolución 723 en beneficio exclusivo de las Demandantes tendría implicaciones importantes en la política portuaria de Colombia. La Demandada afirma que la Resolución 723 regula las tarifas portuarias para los puertos públicos a nivel nacional y no solo aquellas aplicables a Puerto Nuevo o en la Bahía de Ciénaga.

¹⁸² Res. PHB, ¶ 32; Anexo CL-84.

¹⁸³ Res. PHB, ¶ 33.

¹⁸⁴ Res. PHB, ¶ 34.

Para la Demandada, la modificación de dicha resolución no solo afectaría a los usuarios de los puertos ubicados en la Bahía de Ciénaga, sino que también implicaría, de ahora en más, que los canales de acceso dejarían de ser bienes públicos para que cualquier embarcación pudiera usarlos de forma gratuita¹⁸⁵.

211. Tercero y último, la Demandada postula que, en cualquier caso, para que las Demandantes pudieran cobrar una tarifa por el Canal de Acceso a terceros, era necesario modificar el Contrato de Concesión, lo que prueba la naturaleza contractual de las reclamaciones de las Demandantes¹⁸⁶.
212. En síntesis, la Demandada argumenta que, si bien niega la existencia de una situación anticompetitiva, aun si esta existiera, es innegable que tiene su origen en el Contrato de Concesión. La Demandada sostiene que el hecho de no haber modificado el Contrato de Concesión para poner a las Demandantes en una posición financiera aún mejor no puede constituir una violación del Tratado, especialmente teniendo en cuenta que las Demandantes nunca presentaron una solicitud formal para modificar la Concesión¹⁸⁷.

(2) Las Demandantes No Probaron la Existencia de una Situación Anticompetitiva, ni Mucho Menos que la Demandada Actuó de Manera Arbitraria, Discriminatoria o No Razonable al Momento de Rechazar sus Solicitudes de Cobrar una Tarifa por el Uso del Canal de Acceso

213. La Demandada arguye que para que haya violado el Tratado por no haber regulado la situación del Canal de Acceso, debe haber existido un desequilibrio anticompetitivo, así como un marco jurídico específico en la legislación colombiana que la obligue a regular la tarificación del Canal de Acceso en primer lugar. Según la Demandada, las Demandantes simplemente no han probado la existencia de tal obligación¹⁸⁸.
214. La Demandada asevera que, de conformidad con la legislación colombiana, el derecho de competencia se ocupa principalmente de que los competidores tengan un

¹⁸⁵ Res. PHB, ¶¶ 37-38.

¹⁸⁶ Res. PHB, ¶¶ 39-45.

¹⁸⁷ Res. PHB, ¶ 46.

¹⁸⁸ Res. PHB, ¶¶ 48-51.

acceso equivalente a los mercados pertinentes¹⁸⁹. La Demandada señala que, en este caso, las Demandantes sencillamente no han demostrado que la supuesta diferencia de costos entre Prodeco y Drummond afectara de algún modo al acceso de Prodeco al mercado internacional del carbón¹⁹⁰.

(a) Los Documentos Internos y Preliminares del Estado No Pueden Crear una Obligación de Regular Inexistente de Otro Modo

215. La Demandada afirma que, pese a saber que las Demandantes no pueden demostrar la existencia de una situación anticompetitiva, estas insisten en que la Demandada tenía la obligación de actuar por el mero hecho de que supuestamente había confirmado la existencia de dicha obligación en documentos internos. Al respecto, la Demandada explica que las Demandantes no pueden crear una obligación de regular, por lo demás inexistente, basándose en documentos internos del Estado a los que las Demandantes nunca tuvieron acceso antes de este arbitraje¹⁹¹.
216. Según la Demandada, en virtud de la legislación colombiana, los actos administrativos deben dictarse por escrito y notificarse a la parte interesada para que produzcan efectos jurídicos. De modo similar, conforme al derecho internacional, las Demandantes no pueden ampararse en decisiones del Estado que ni siquiera les fueron comunicadas y que, por lo tanto, no pudieron generar una expectativa legítima en el inversionista¹⁹².
217. Asimismo, la Demandada advierte que los documentos internos en los que se basan las Demandantes forman parte del proceso normal de deliberación de cualquier agencia gubernamental y son confidenciales conforme a la legislación colombiana para permitir que los funcionarios públicos expresen libremente sus opiniones en sus procesos de toma de decisiones y evitar reclamaciones infundadas como las que las Demandantes han presentado en el presente arbitraje¹⁹³.

¹⁸⁹ Res. PHB, ¶ 52; Anexo C-142.

¹⁹⁰ Res. PHB, ¶¶ 53-55.

¹⁹¹ Res. PHB, ¶ 56.

¹⁹² Res. PHB, ¶ 62; Anexo CL-90.

¹⁹³ Res. PHB, ¶ 66.

218. Para la Demandada, los documentos citados por las Demandantes solo podrían indicar, en el mejor de los casos, consideraciones contradictorias en el proceso interno de toma de decisiones del Gobierno, lo que no puede constituir una violación del Tratado. No se puede responsabilizar al Estado por las opiniones individuales de uno o incluso un par de funcionarios que luego fueron contradichas por la comunicación oficial del Estado que transmitía la decisión definitiva y formal a las Demandantes¹⁹⁴.
219. Adicionalmente, la Demandada insiste en que su comportamiento fue congruente y coherente a lo largo del tiempo. La Demandada agrega que cada vez que las Demandantes presentaron una solicitud formal al Estado con el fin de abordar la supuesta situación anticompetitiva en el Canal de Acceso, y las agencias estatales tuvieron la oportunidad de examinar a fondo su situación, estas últimas desestimaron sus reclamaciones. Específicamente, tanto la ANI como el Ministerio de Transporte manifestaron a PNSA y Prodeco que no existía fundamento alguno para establecer una tarifa por el uso del Canal de Acceso. Entre otras cuestiones, recordaron a las Demandantes que PNSA había aceptado libremente construir y mantener el Canal de Acceso y recuperar la inversión correspondiente por medio de la tarifa que cobraría a los usuarios de Puerto Nuevo. Es más, recalcaron que el hecho de que Prodeco asumiera el costo del Canal de Acceso (mientras que Drummond no) no es suficiente para establecer algún tipo de tratamiento discriminatorio que requiera intervención estatal¹⁹⁵.

(b) *La Decisión de la Demandada de Rechazar las Solicitudes de las Demandantes Relativas al Canal de Acceso No Constituye una Violación del Tratado*

220. La Demandada argumenta que precisamente por no existir tal deber de intervención en el presente caso, el rechazo constante por parte de la Demandada a las solicitudes de las Demandantes de cobrar una tarifa por el Canal de Acceso no puede constituir una violación del Tratado¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Res. PHB, ¶ 67.

¹⁹⁵ Res. PHB, ¶¶ 68-69; Anexo R-51; Anexo C-57.

¹⁹⁶ Res. PHB, ¶ 57.

221. Según la Demandada, el hecho de que las autoridades gubernamentales puedan haber contradicho su conducta anterior no constituye en sí un incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo¹⁹⁷.
222. La Demandada sostiene que, al contrario de lo alegado por las Demandantes, el Ministerio de Transporte nunca dijo que no era competente para regular las tarifas por el uso del Canal de Acceso; más bien, solo dijo que había otras entidades con competencia para atender las preocupaciones de las Demandantes¹⁹⁸.
223. Asimismo, la Demandada afirma que el Ministerio de Transporte sí motivó de sobra su Rechazo a la Petición de Prodeco. En pocas palabras, el Ministerio de Transporte comenzó destacando que las tarifas aplicables a los puertos públicos y privados estaban sujetas a regímenes diferentes y se determinaban siguiendo parámetros distintos. De este modo, para determinar la existencia de algún perjuicio a Prodeco (por las tarifas que debía pagar a PNSA), el Ministerio debía comparar la estructura tarifaria aplicable a los puertos públicos y privados. Y, dado que Prodeco no lo había hecho, el Ministerio llegó a la conclusión de que carecía de parámetros para evaluar la existencia del supuesto perjuicio alegado por Prodeco. El Ministerio también subrayó que Prodeco no había tenido en cuenta los importantes beneficios de acceder a una zona franca, ni las tarifas preferentes pagadas por PNSA como usuario *take or pay*¹⁹⁹.
224. La Demandada, además, afirma que el hecho de que las Demandantes no estén de acuerdo con la valoración de las pruebas y el razonamiento económico del Ministerio no equivale a una violación del Tratado; mucho menos cuando dicho razonamiento era coherente con las preocupaciones identificadas en el Memorando de la ORE con respecto al Informe de Valbuena, la legislación aplicable y las prácticas internacionales²⁰⁰.

¹⁹⁷ Res. PHB, ¶ 72; Anexo CL-39; Anexo CL-40; Anexo CL-82; Anexo CL-43.

¹⁹⁸ Res. PHB, ¶ 73; Anexo C-59.

¹⁹⁹ Res. PHB, ¶¶ 75-77; Anexo C-57.

²⁰⁰ Res. PHB, ¶ 78.

225. Para la Demandada, el único argumento de las Demandantes en apoyo de la supuesta violación por el Ministerio de Transportes de la normativa aplicable en materia de protección de la competencia es que el Sr. Valbuena, un consultor contratado, había llegado a la conclusión de que la asimetría competitiva en el Canal de Acceso era un problema que debía resolverse mediante intervención estatal. Con todo, la Demandada sostiene que no se la puede considerar internacionalmente responsable por rechazar un informe que no es obligatorio y que va en contra de principios jurídicos sólidos²⁰¹.
226. Además, la Demandada argumenta que, si las Demandantes realmente creían que el Ministerio de Transporte había hecho caso omiso de la normativa aplicable en materia de protección de la competencia, deberían haber presentado una queja ante la SIC — la autoridad de competencia de Colombia— en cuanto se les notificó el Rechazo del Ministerio. Esto no ocurrió. En cambio, esperaron cuatro años para presentar dicha queja, solo para cumplir con las condiciones del Tratado relativas al agotamiento de la vía administrativa interna²⁰².
227. La Demandada también postula que el hecho de que el Gobierno siguiera reuniéndose con las Demandantes después del Rechazo del Ministerio no se debió a que hubiera una situación anticompetitiva que debía resolverse, sino a que la política del Gobierno era mantener relaciones cordiales con los inversionistas privados. La Demandada sostiene que las Demandantes no pueden utilizar la buena fe de la Demandada como muestra de que se aceptaron sus reclamaciones²⁰³.
228. En cualquier caso, la Demandada asegura que, tras el Rechazo de la Petición de Prodeco por parte de la ANI, no hay indicios de que la Demandada reconociera la validez de ninguna de las reclamaciones de las Demandantes. La Demandada, en primer lugar, hace referencia a un correo electrónico interno del Ministerio de Minas, fechado en el mes de octubre de 2014, en el que el Ministerio consideraba que no se

²⁰¹ Res. PHB, ¶ 81.

²⁰² Res. PHB, ¶ 84; Anexo RL-173.

²⁰³ Res. PHB, ¶ 86.

justificaba ninguna intervención gubernamental debido al sinnúmero de beneficios que Prodeco recibía en cuanto usuario de un puerto público²⁰⁴.

229. En segundo lugar, la Demandada afirma que, durante las sesiones del grupo de trabajo, las distintas agencias estatales que participaron confirmaron que la Petición de las Demandantes era una cuestión contractual y que la única manera de que las Demandantes obtuvieran lo que querían era mediante una modificación del contrato²⁰⁵.
230. En tercer lugar, la Demandada hace hincapié en que la ANI nunca ofreció hacerse cargo de los costos de mantenimiento del Canal de Acceso; por el contrario, el único compromiso que adquirió dicha agencia fue el de considerar la exclusión del OPEX del contrato de concesión en el contexto de una solicitud formal para modificar la Concesión de Puerto Nuevo²⁰⁶. Sobre este particular, tanto la ANI como el INVÍAS solicitaron información técnica a PNSA y Prodeco para evaluar si era viable asumir el OPEX del Canal de Acceso; sin embargo, estas no respondieron. Más importante aún, PNSA y Prodeco nunca presentaron una solicitud formal para modificar el Contrato de Concesión²⁰⁷.
231. Por lo tanto, la Demandada argumenta que independientemente de las razones de las Demandantes para no presentar la solicitud de modificación, la conducta de la Demandada no puede constituir una violación del Tratado cuando las Demandantes no iniciaron el procedimiento administrativo respectivo tendiente a modificar el Contrato de Concesión²⁰⁸.
232. A mayor abundamiento, la Demandada recalca que las Demandantes no han demostrado la existencia de un tratamiento discriminatorio en contravención del Artículo 4(2) del Tratado. En primer lugar, la Demandada alega que las Demandantes

²⁰⁴ Res. PHB, ¶ 87; Anexo C-176.

²⁰⁵ Res. PHB, ¶ 90.

²⁰⁶ Res. PHB, ¶ 93; Anexo C-174; Anexo C-175.

²⁰⁷ Res. PHB, ¶¶ 95-96.

²⁰⁸ Res. PHB, ¶ 97.

no han probado que Drummond se encuentre en circunstancias similares a aquellas de Prodeco. Según la Demandada, tal análisis debe tener en cuenta todas las circunstancias pertinentes, incluidos el régimen jurídico y los requisitos reglamentarios aplicables a cada inversión. La Demandada asevera que, en el caso que nos ocupa, es indiscutible que dicho análisis confirma que Prodeco y Drummond no se encuentran en circunstancias similares. El hecho es que mientras Drummond optó por no invertir en Puerto Nuevo y soportar los costos del Canal de Acceso, las Demandantes aceptaron hacerlo y, al hacerlo, recibieron los beneficios de la zona franca y la carga de los costos del Canal de Acceso. Por ello, la Demandada sostiene que Drummond y Prodeco no se encuentran en circunstancias similares²⁰⁹.

233. En segundo lugar, la Demandada arguye que, en cualquier caso, las Demandantes no han demostrado que Colombia tratara a Prodeco de manera menos favorable que a Drummond. En concreto, la Demandada afirma que las Demandantes no han probado que, debido al tratamiento supuestamente menos favorable, Drummond y las Demandantes no puedan competir en igualdad de condiciones en el mercado del carbón²¹⁰.
234. En tercer lugar y, por último, la Demandada plantea que, si este Tribunal decidiera que Colombia otorgó a Prodeco un tratamiento menos favorable que a Drummond, igualmente debería desestimar la reclamación de las Demandantes, puesto que las acciones de la Demandada estarían plenamente justificadas. En otras palabras, la Demandada argumenta que las Demandantes no demostraron que el supuesto tratamiento menos favorable no se basara en alguna política racional y objetiva. Para la Demandada, en este caso, los hechos no dejan lugar a dudas de que el supuesto tratamiento está justificado por una política razonable. La Demandada insiste en que el hecho de que Prodeco soporte un costo insignificante por el Canal de Acceso no es más que un efecto derivado de la decisión de política pública del Estado (aceptada

²⁰⁹ Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Excepciones Jurisdiccionales de Colombia, de fecha 23 de diciembre de 2022, ¶ 514-531 (“Res. Rej.”); Anexo RL-96; Anexo RL-93.

²¹⁰ Res. Rej., ¶ 533-552.

por las Demandantes) de financiar el Canal de Acceso mediante las tarifas cobradas en Puerto Nuevo²¹¹.

235. En vista de lo anterior, la Demandada alega que las Demandantes no han demostrado la existencia de tratamiento discriminatorio en contravención del Artículo 4(2) del Tratado²¹².

(c) La SIC Confirmó que el Rechazo por Parte de Colombia de las Solicitudes de las Demandantes Relativas al Canal de Acceso No Constituye una Violación del Tratado

236. La Demandada manifiesta que la negativa del Estado a atender una situación anticompetitiva inexistente se basa en sólidos principios de derecho y en una interpretación acertada de los hechos pertinentes, tal como confirmara la SIC, autoridad de defensa de la competencia de Colombia²¹³.
237. La Demandada afirma que la decisión de las Demandantes de retrasar la intervención de la SIC socava la credibilidad de su caso de competencia y carece de una explicación razonable. Para la Demandada, solo cabe suponer razonablemente que la queja ante la SIC es oportunista, y responde al propósito de permitir a las Demandantes argumentar que han interpuesto todos los recursos administrativos en Colombia con anterioridad a este arbitraje, conforme lo exigido por el Tratado²¹⁴.
238. Según la Demandada, la decisión de la SIC en respuesta a la queja de Prodeco y PNSA del mes de diciembre de 2018 demuestra que el rechazo constante del Estado a las solicitudes de las Demandantes de crear una tarifa independiente para el uso del Canal de Acceso no constituye una violación del Tratado, ya que simplemente no existe una situación anticompetitiva que amerite la intervención del Estado²¹⁵.

²¹¹ Res. Rej., ¶¶ 552-569.

²¹² Res. Rej., ¶ 570.

²¹³ Res. PHB, ¶ 57.

²¹⁴ Res. PHB, ¶ 99.

²¹⁵ Res. PHB, ¶ 100.

239. En resumidas cuentas, la Demandada alega que la decisión de la SIC sobre la queja de Prodeco y PNSA confirma lo que el Estado ha dicho constantemente a las Demandantes a lo largo de los años: no hay ningún fundamento para establecer una tarifa independiente por el uso del Canal de Acceso, pues no hay ninguna situación anticompetitiva que corregir²¹⁶.

C. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

240. Como cuestión preliminar, el Tribunal considera que las reclamaciones de las Demandantes tienen su origen en el Tratado, y no en el Contrato de Concesión. En opinión del Tribunal, las reclamaciones de las Demandantes respecto de una situación anticompetitiva en el Canal de Acceso no se basan en el Contrato de Concesión.
241. El Tribunal colige que la conducta de la Demandada constituye un incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo previsto en el Artículo 4(2) del Tratado en dos aspectos. En primer lugar, una vez reconocida tanto la asimetría entre Drummond y otros usuarios de Puerto Nuevo como su obligación de remediar la situación de inequidad, el hecho de que la Demandada no lo hiciera fue arbitrario. En lo atinente a este punto, el Tribunal considera persuasivos tanto la argumentación como los anexos documentales y las autoridades legales de apoyo aducidas por las Demandantes en los párrs. 132-144 *supra*. En segundo lugar, el Tribunal establece que la conducta de la Demandada fue discriminatoria. Este aspecto de la conclusión del Tribunal amerita cierto desarrollo. El Artículo 4(2) dispone lo siguiente:

*Cada Parte deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo en su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte. Este tratamiento no podrá ser menos favorable que aquel dado por cada una de las Partes a las inversiones hechas dentro de su territorio por sus propios inversionistas, o que aquel dado a los inversionistas de la nación más favorecida, si este último tratamiento es más favorable*²¹⁷.

242. El estándar de tratamiento justo y equitativo consagrado en el Tratado prohíbe intrínsecamente las conductas discriminatorias. En particular, el Artículo 4(2) del

²¹⁶ Res. PHB, ¶ 111.

²¹⁷ Anexo C-1.

Tratado establece una conexión sustantiva entre el estándar de tratamiento justo y equitativo y el principio de nación más favorecida. En consecuencia, el Tribunal considera que la prueba para determinar si la conducta del Estado receptor constituye discriminación en contravención del estándar de tratamiento justo y equitativo en virtud del Tratado se inspira en el de las reclamaciones por trato de nación más favorecida, aunque sin exigir que se establezca la discriminación por motivos de nacionalidad. Además, el Tribunal determina que el *quid* del análisis está en discernir los efectos discriminatorios de la medida, sin exigir la prueba de una intención deliberada de discriminar.

243. La prueba implica un triple análisis. *Primero*, requiere la identificación de un comparador apropiado —es decir, las inversiones de un inversionista en circunstancias similares—. El Tribunal entiende que los inversionistas y las inversiones se encuentran en circunstancias similares cuando operan dentro de la misma industria o cuando son competidores directos.
244. En el caso que nos ocupa, es incuestionable que tanto las Demandantes como Drummond se dedican a la exportación de carbón desde Colombia. Por ende, es perfectamente claro que Drummond no solo opera dentro de la misma industria, sino que también es un competidor directo de las Demandantes. En consecuencia, el Tribunal concluye que Drummond es un comparador adecuado.
245. *Segundo*, la prueba requiere una evaluación para determinar si el Estado receptor trató las inversiones del inversionista protegido por el estándar de tratamiento justo y equitativo de manera menos favorable que las del comparador identificado. El Tribunal considera que para esta evaluación es necesario un análisis objetivo.
246. El Tribunal observa que el tratamiento otorgado por la Demandada a las inversiones de las Demandantes fue manifiestamente menos favorable que su tratamiento a las inversiones de Drummond. Esta disparidad surge de la negativa de la Demandada a regular la asignación equitativa de los gastos relacionados con la construcción y el mantenimiento del Canal de Acceso entre sus usuarios. El Tribunal determina que esto dio lugar a que las Demandantes tuvieran que soportar toda la carga de estos

gastos, mientras que Drummond permaneció totalmente exenta de tales obligaciones financieras.

247. Además, el Tribunal advierte que permitir cualquier compensación de este impacto discriminatorio mediante otros aspectos de las estructuras de costos generales de los inversionistas, tales como los beneficios impositivos, plantea importantes preocupaciones políticas negativas y, por ende, debe desestimarse a la hora de considerar el fondo. Más concretamente, tales consideraciones sentarían un precedente preocupante, al permitir prácticamente la discriminación siempre que pueda contrarrestarse de manera aparente con otros factores. Por lo tanto, el Tribunal determina que las inversiones de las Demandantes recibieron un tratamiento menos favorable que las de Drummond.
248. *Tercero*, cuando se cumplen los dos requisitos iniciales, como en el presente caso, entra en juego un tercer aspecto, que consiste en que el Estado receptor es responsable, a menos que pueda demostrar que el tratamiento menos favorable estaba justificado por una política gubernamental racional no discriminatoria.
249. El Tribunal considera que la Demandada no ha aportado una política gubernamental racional no discriminatoria para justificar su falta de acción para resolver la cuestión del Canal de Acceso y, por ende, es responsable. Específicamente, el Tribunal concluye que no existe una política gubernamental general en Colombia que excluya la imposición de tarifas por la utilización de canales de acceso, e incluso en el supuesto de que sí existiera, tal política sería discriminatoria.
250. A juicio del Tribunal, la omisión histórica de los canales de acceso en los contratos de concesión portuaria, junto con la no imposición de tarifas por su utilización, no debe interpretarse erróneamente como indicador de una política contraria a la tarificación de los canales de acceso. Esta distinción surge del hecho de que los canales de acceso históricamente se construían y mantenían con financiación estatal, en contraposición a la participación de inversionistas privados, como en este caso²¹⁸.

²¹⁸ Anexo C-131.

251. El Tribunal considera, además, que, si hubiera existido una política gubernamental racional y no discriminatoria contraria al cobro de tarifas por el uso de los canales de acceso, el Ministerio de Transporte de la Demandada habría hecho referencia explícita a dicha política en su Rechazo de la Petición de Prodeco, pero no lo hizo²¹⁹. De forma similar, cabría esperar que la amplia variedad de documentos e informes encargados por el Gobierno sobre la cuestión del Canal de Acceso hubieran articulado claramente una política contraria a la imposición de tarifas por su uso. No obstante, el Tribunal advierte que estos documentos no respaldaban una postura contraria a la imposición de tarifas por la utilización del Canal de Acceso, sino que más bien fomentaban la perspectiva de que las consideraciones de políticas públicas obligaban al Gobierno a abordar la cuestión del Canal de Acceso mediante la introducción de un mecanismo tarifario²²⁰.
252. El Tribunal solo ha identificado una consideración de política que se opone a la imposición de tarifas por el uso de los canales de acceso, y se encuentra en los documentos elaborados por el Ministerio de Minas. En particular, al Ministerio le preocupaba que el cobro de tarifas por el uso del canal de acceso erosionara la competitividad internacional del carbón colombiano y pusiera a los usuarios del Canal de Acceso en una situación de desventaja competitiva frente a los exportadores de carbón de otras partes del país que gozan de canales de acceso libres de tarifas. A criterio del Tribunal, esta consideración de política no hace más que acentuar la discriminación a la que se enfrentan las Demandantes, ya que representan los únicos exportadores de carbón que soportan el costo de usar un canal de acceso²²¹.
253. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Tribunal colige que la conducta de la Demandada fue tanto arbitraria como discriminatoria, lo cual constituye un incumplimiento del estándar de tratamiento justo y equitativo previsto en el

²¹⁹ Anexo C-47.

²²⁰ Anexo C-53; Anexo C-167; Anexo C-165; Anexo C-172.

²²¹ Anexo C-176; Anexo C-177.

Artículo 4(2) del Tratado, y exige la reparación que se analiza *infra* en la Sección VII.C.

254. Cualquier otra conclusión con respecto a una violación del Tratado no tendría ningún efecto sobre la reparación que se establece en este Laudo. En consecuencia, habida cuenta de su conclusión de que se incumplió el estándar de tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 4(2) del Tratado, el Tribunal no abordará las demás alegaciones de las Demandantes.

VII. REPARACIÓN

255. En la presente sección, el Tribunal debe establecer la reparación a la cual tienen derecho las Demandantes para compensar los efectos del ilícito internacional de la Demandada sobre la inversión de las Demandantes. Antes de la decisión del Tribunal, en esta sección se sintetizan las posiciones de las Partes. Esta sección no pretende ser exhaustiva y tiene por objeto brindar un panorama general de los principales argumentos planteados ante el Tribunal en su debido contexto.

A. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

(1) Principios Aplicables y Metodología

(a) Debe Indemnizarse Íntegramente a las Demandantes

256. Las Demandantes alegan que tienen derecho a una reparación íntegra por las pérdidas derivadas de los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada. Las Demandantes señalan que el Artículo 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*”. Si bien el Tratado no establece una fórmula de compensación para incumplimientos no expropiatorios, las Demandantes alegan que el derecho internacional consuetudinario proporciona las formas de resarcimiento por los actos ilícitos de la Demandada²²².

²²² Cl. Mem., ¶¶ 178-179; Anexo C-1.

257. Según las Demandantes, el derecho internacional consuetudinario establece con claridad la obligación de reparación íntegra por los actos internacionalmente ilícitos, tal como se refleja en la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional (la “**CPJI**”) en el *Caso Relativo a la Fábrica de Chorzów*. La CPJI se pronunció en los siguientes términos:

*El principio fundamental contenido en la noción real de acto ilícito, un principio que parece estar determinado por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de los tribunales arbitrales, es que el resarcimiento debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que muy probablemente habría existido si este acto no se hubiere perpetrado. La restitución en especie o, si esta no es posible, el pago de una suma que coincida con el valor que tendría una restitución en especie; el otorgamiento, si fuese necesario, de una indemnización de daños por la pérdida sufrida que no sería cubierta por la restitución en especie o el pago en su lugar – esos son los principios que deberían servir para calcular el monto indemnizatorio adeudado por un acto contrario al derecho internacional*²²³. [Traducción del Tribunal]

258. Las Demandantes afirman que las normas del derecho internacional consuetudinario en materia de remedios por incumplimientos del derecho internacional en la actualidad se encuentran codificadas actualmente en los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internationalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional (los “**Artículos de la CDI**”), y que allí se establece que los remedios principales por incumplimientos del derecho internacional incluyen la obligación de efectuar una reparación íntegra. Las Demandantes hacen hincapié en que el Artículo 31 de los Artículos de la CDI encapsula esta obligación de reparación íntegra de la siguiente manera:

- (1) *El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.*
- (2) *El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado*²²⁴.

²²³ Cl. Mem., ¶ 180; Anexo CL-24.

²²⁴ Cl. Mem., ¶ 181; Anexo CL-19.

259. Las Demandantes observan que el Artículo 35 de los Artículos de la CDI establece que, en lo que respecta a la reparación íntegra por un hecho internacionalmente ilícito, una obligación primaria de un Estado es la de restitución. Sin embargo, las Demandantes alegan que cuando la restitución fuera imposible, tal como ocurre en el presente caso, el Artículo 36(1) de los Artículos de la CDI establece que:

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución²²⁵.

260. Por lo tanto, las Demandantes alegan que el otorgamiento de una indemnización monetaria en su favor debería colocarlas en la misma posición en la que hubieran estado si los hechos internacionalmente ilícitos de la Demandada nunca hubieran tenido lugar. En otras palabras, las Demandantes alegan que tienen derecho a una reparación íntegra por los daños derivados de las medidas adoptadas por la Demandada en violación del Tratado. Esto incluye los daños derivados de los flujos de caja perdidos por Prodeco en virtud de la negativa de la Demandada a regular el uso del Canal de Acceso permitiendo que PNSA cobre tarifas justas, equitativas y no discriminatorias a todos los usuarios del canal, y por ende a restituir la igualdad en las condiciones de competitividad en el mercado exportador de carbón²²⁶.
261. Las Demandantes encargaron a la Sra. Daniela M. Bambaci y al Sr. Santiago Dellepiane de BRG la preparación del cálculo de daños para cuantificar sus pérdidas²²⁷.

(b) La Fecha de Valoración y Metodología para el Cálculo de los Daños

262. Para las Demandantes, el Tratado sólo indica la fecha de valoración aplicable para calcular la indemnización adeudada en el contexto de expropiaciones lícitas. En otras

²²⁵ Cl. Mem., ¶ 182; Anexo CL-19.

²²⁶ Cl. Mem., ¶¶ 183-184; Anexo CL-24.

²²⁷ Cl. Mem., ¶ 185.

palabras, el Tratado no establece cuál es la fecha de valoración en el contexto de incumplimientos no expropiatorios del Tratado²²⁸.

263. Las Demandantes resaltan que el 12 de junio de 2014, la Demandada notificó a Prodeco que rechazaba su solicitud para la emisión de una resolución que regulase el pago de tasas por parte de todos los usuarios del Canal de Acceso. Según las Demandantes, esta fue la fecha que dio lugar a la disputa y que, como tal, desencadenó la responsabilidad de la Demandada en virtud del Tratado. Las Demandantes alegan que, en ausencia de incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada, ésta habría sido la fecha aproximada en la que la Demandada debería haber expedido las regulaciones apropiadas mediante las cuales les requiriera a todos los usuarios del Canal de Acceso el pago de tarifas de uso, y como tal, la fecha en la que la Demandada habría calculado las tarifas aplicables sobre la base de la información disponible en ese momento²²⁹.
264. A la luz de lo que antecede, las Demandantes encargaron a BRG que evalúe los daños utilizando el 12 de junio de 2014 como la fecha de valoración (la “**Fecha de Valoración**”)²³⁰.
265. Las Demandantes señalan que la Demandada se opone a la Fecha de Valoración, alegando que ello parecería ser una táctica para exagerar su reclamación de daños. En cambio, la Demandada sugiere utilizar la fecha del laudo como la fecha de valoración para garantizar que el cálculo de los daños se base en la información disponible en ese momento²³¹.
266. Las Demandantes sostienen que, a fin de calcular la indemnización suficiente para eliminar las consecuencias de los hechos ilícitos de la Demandada, en las circunstancias de este caso es apropiado utilizar un enfoque *ex ante* y escoger el 12 de junio de 2014 como la fecha de valoración. Las Demandantes afirman que la

²²⁸ Cl. Mem., ¶ 187; Anexo C-1.

²²⁹ Cl. Mem., ¶ 188.

²³⁰ Cl. Mem., ¶ 189.

²³¹ Cl. Rep., ¶ 382.

elección de esta fecha coincide con la amplia mayoría de casos que han calculado daños que surgen del tratamiento justo y equitativo de los incumplimientos derivados de medidas tarifarias²³².

267. Además, las Demandantes afirman que, cabe destacar que la Demandada no ha realizado su propia valoración utilizando la fecha del laudo como la fecha de valoración, teniendo en cuenta el pleno conocimiento en retrospectiva. En cambio, la Demandada y su perito realizan un cálculo de daños que hace referencia en forma selectiva a eventos posteriores a la Fecha de Valoración, el cual está plagado de errores, resaltando los peligros del enfoque *ex post* propuesto²³³.
268. En primer lugar, las Demandantes alegan que el cálculo de daños realizado por la Demandada excluye erróneamente todos los daños por el período posterior a marzo de 2020, ya que, a diferencia de lo afirmado por la Demandada, Prodeco continuó exportando carbón a través del Canal de Acceso no obstante la clausura de sus minas Calenturitas y La Jagua. Además de exportar un total de 5,9 millones de toneladas de carbón en el año 2020, Prodeco también exportó carbón (producido por terceros) desde Puerto Nuevo en los años 2021 y 2022. Por lo tanto, las Demandantes alegan que, independientemente de la clausura de sus minas, Prodeco continuó exportando carbón a través del Canal de Acceso²³⁴.
269. Segundo, las Demandantes alegan que la afirmación de la Demandada según la cual la elección de las Demandantes de una Fecha de Valoración de 12 de junio de 2014 tendría como finalidad la exageración de los daños es totalmente incorrecta. Las Demandantes alegan que la utilización en este caso de un enfoque *ex ante* deriva en un cálculo más conservador de los daños²³⁵.
270. Tercero, las Demandantes señalan que el cálculo de daños de BRG se basa en la presunción de que Drummond continuará utilizando el Canal de Acceso hasta la fecha

²³² Cl. Rep., ¶ 384; Anexo CL-147; Anexo CL-143; Anexo CL-144; Anexo CL-142; Anexo CL-150; Anexo CL-145.

²³³ Cl. Rep., ¶ 385.

²³⁴ Cl. PHB, ¶ 149; Cl. Rep., ¶ 387.

²³⁵ Cl. Rep., ¶ 389.

de finalización de la Concesión en consonancia con la producción proyectada para sus minas La Loma y El Descanso, conforme a sus planes mineros de 2012. Sobre el particular, las Demandantes sostienen que no existe un fundamento en las afirmaciones de la Demandada para asumir que Drummond reducirá sus exportaciones de carbón o que se desprenderá de sus activos de carbón. En lugar de ello la prueba apunta a operaciones ampliadas en las minas de Drummond²³⁶.

271. En última instancia, las Demandantes alegan que a menudo los tribunales se basan en proyecciones determinadas en una fecha histórica, aunque las proyecciones en cuestión no coincidan exactamente con la realidad. Según las Demandantes, esto no torna al enfoque *ex ante* inapropiado en el presente caso. En cualquier caso, a diferencia de las afirmaciones de la Demandada, las Demandantes sostienen que la utilización de un enfoque *ex post* en realidad incrementaría los daños ocasionados a las Demandantes²³⁷.
272. En cuanto a la metodología utilizada para el cálculo de los daños, las Demandantes explican que BRG concluye que un enfoque de ingresos, en la forma de una versión simplificada del método de flujo de caja descontado (el “DCF”, por sus siglas en inglés), es el método más apropiado para calcular las pérdidas sufridas por Prodeco. El método DCF implica proyectar los flujos de caja futuros que habría recibido el negocio en ausencia de la conducta ilícita del gobierno, y descontarlos con efecto retroactivo a la Fecha de Valoración a una tasa que contemple los costos de oportunidad del capital²³⁸.
273. Las Demandantes alegan que el método DCF ha sido ampliamente respaldado y aplicado por los tribunales de arbitraje internacional para determinar la indemnización apropiada por violaciones a tratados de inversión²³⁹.

²³⁶ Cl. Rep., ¶¶ 392- 393.

²³⁷ Cl. Rep., ¶ 396.

²³⁸ Cl. Mem., ¶¶ 190-191; Primer Informe de BRG.

²³⁹ Cl. Mem., ¶ 191; Anexo CL-41; Anexo CL-68; Anexo CL-80.

(2) Cálculo de los Daños Derivados de los Incumplimientos de la Demandada

274. Al realizar sus cálculos de daños, las Demandantes señalan que BRG utiliza una versión simplificada del método DCF, el cual sólo valora el impacto causado por los incumplimientos de la Demandada en los componentes de los flujos de caja que se han visto afectados en forma directa o indirecta por dichos incumplimientos. Específicamente, las Demandantes señalan que BRG utiliza una información histórica hasta la Fecha de Valoración y las previsiones que se basan en la mejor información disponible y en las expectativas razonables del mercado a la Fecha de Valoración para el período comprendido a partir de la Fecha de Valoración en adelante²⁴⁰.
275. Para calcular los daños derivados de los incumplimientos de la Demandada, las Demandantes afirman que BRG calcula los daños sobre la base de la diferencia entre: (i) los flujos de caja de Prodeco en un escenario en el que la Demandada habría establecido una tarifa para el uso del Canal de Acceso sufragada en forma equitativa por todos los usuarios del Canal de Acceso (en proporción a los volúmenes de carbón que transportan) que generaría los montos suficientes para que PNSA recupere sus inversiones y los costos de mantenimiento asociados con el Canal de Acceso, con inclusión de una rentabilidad razonable (siendo la misma rentabilidad que se incluye en el modelo de tarifas reguladas existente de PNSA que fuera aprobado por la Demandada) (las “**Inversiones Totales**”) (este escenario, el “**Escenario Contra fáctico**”); y (ii) los flujos de caja de Prodeco en el escenario real previstos a la Fecha de Valoración, en el que sólo se obliga a Prodeco a pagar todos los montos exigidos por PNSA para recuperar sus Inversiones Totales (el “**Escenario Real**”)²⁴¹.
276. Con el fin de modelar el Escenario Contra fáctico, las Demandantes señalan que en primer lugar BRG calcula la tarifa por el uso del Canal de Acceso necesaria para generar los flujos de caja que le permitirían a PNSA recuperar sus Inversiones Totales. A tal efecto, BRG asume que un marco para el cálculo de la tarifa por el uso

²⁴⁰ Cl. Mem., ¶¶ 192-193; Primer Informe de BRG, ¶¶ 46-48.

²⁴¹ Cl. Mem., ¶ 194; Primer Informe de BRG, ¶¶ 11, 50-52, 60.

del Canal de Acceso, similar al modelo de tarifa regulada de Puerto Nuevo estaba en vigor a la Fecha de Valoración. Sobre esa base, BRG calcula una tarifa por el uso del Canal de Acceso que daría lugar a los flujos de caja anuales durante toda la Concesión de Puerto Nuevo necesarios para permitirle a PNSA recuperar sus Inversiones Totales. El resultado de ello es una tarifa por el uso del Canal de Acceso de USD 0,18 por tonelada de carbón transportada a través del canal²⁴².

277. Las Demandantes impugnan la afirmación de la Demandada según la cual ellas no eligieron la tasa de rentabilidad apropiada para calcular las tarifas en el Escenario Contra fáctico. Según las Demandantes, al establecer la tarifa para el uso del Canal de Acceso en el Escenario Contra fáctico, BRG se basa en la metodología utilizada por las autoridades del gobierno colombiano de conformidad con las regulaciones colombianas (concretamente, la Resolución 723 de 1993) a los fines de la aprobación de las tarifas reguladas existentes en relación con Puerto Nuevo. Esas tarifas existentes fueron calculadas mediante la aplicación de una tasa interna de retorno de 14,63 %. Por lo tanto, las Demandantes alegan que es razonable suponer que las autoridades colombianas habrían fijado la tarifa por el uso del Canal de Acceso de una manera coherente, utilizando una tasa de 14,63 %. No existen motivos para suponer que Colombia se habría apartado de ese claro precedente²⁴³.
278. Las Demandantes también afirman que BRG calculó entonces los pagos de las tarifas que realizaría cada usuario del Canal de Acceso sobre la base de los volúmenes de carbón que preveían transportar a la fecha de Valoración. Sobre la base de este cálculo, Drummond pagaría un 72 por ciento del total del ingreso en concepto de tarifa por el uso del Canal de Acceso²⁴⁴.

²⁴² Cl. Mem., ¶¶ 195-196; Primer Informe de BRG, ¶¶ 13, 50, 54-56.

²⁴³ Cl. Rep., ¶¶ 397- 399.

²⁴⁴ Cl. Mem., ¶ 197; Primer Informe de BRG, ¶¶ 58- 59.

279. En el Escenario Real, Prodeco es el único exportador de carbón que realiza pagos dirigidos a las Inversiones Totales de PNSA ya que Drummond no ha abonado ninguna tarifa por el uso del Canal de Acceso²⁴⁵.
280. En cuanto al cálculo de los daños generados a Prodeco, las Demandantes explican que, puesto que los daños nominales a Prodeco habrían sido generados en diferentes momentos, a fin de valorar los daños a la Fecha de Valoración, los flujos de caja proyectados adicionales deben ser descontados con efecto retroactivo a la Fecha de Valoración utilizando una tasa que refleje el valor del dinero en el tiempo y el costo de oportunidad del capital²⁴⁶.
281. A tal efecto, las Demandantes observan que BRG utiliza el costo promedio ponderado de capital (el “WACC”, por sus siglas en inglés) de una compañía que enfrente un riesgo similar a aquellos asumidos por Prodeco para llevar a cabo sus actividades en Colombia. A fin de realizar una estimación del WACC aplicable a la actividad de Prodeco en Colombia, BRG utiliza la metodología del Modelo Internacional de Valoración de Activos de Capital, y arriba a una cifra de WACC del 8,08 por ciento²⁴⁷.
282. Conforme a esta metodología, los componentes principales del WACC son la tasa libre de riesgo, la prima de riesgo del mercado y la beta, y la prima de riesgo país, según se describe a continuación:
- (1) La tasa libre de riesgo tiene en cuenta el valor del dinero en el tiempo según ha sido calculada por BRG, sobre la base de un retorno promedio a 12 meses a partir de la Fecha de Valoración de un Bono del Tesoro de los EE. UU., como del 2,7 por ciento.

²⁴⁵ Cl. Mem., ¶ 198; Primer Informe de BRG, ¶¶ 60.

²⁴⁶ Cl. Mem., ¶¶ 199-200; Primer Informe de BRG, ¶¶ 61-64, 77.

²⁴⁷ Cl. Mem., ¶¶ 201-203; Primer Informe de BRG, ¶¶ 77-98.

- (2) La prima de riesgo de mercado (el precio del riesgo) es la diferencia entre la tasa de retorno prevista sobre la “cartera de mercados” y la tasa libre de riesgo. BRG estima la prima de riesgo de mercado en un 4,62 por ciento.
- (3) La prima de riesgo de mercado es ponderada mediante el coeficiente beta, que mide la exposición de los títulos (o la exposición de un grupo de títulos) al riesgo general de mercado. Una beta de títulos comúnmente es calculada retrotrayendo la rentabilidad del título frente a la rentabilidad de la cartera de mercados. BRG estima para las inversiones de las Demandantes en Colombia una beta de 1,05.
- (4) La prima de riesgo país es la rentabilidad gradual exigida por los inversionistas de una inversión en un país o lugar donde la inversión se encuentre expuesta a un riesgo mayor que en una economía más estable. Un enfoque estándar para medir el riesgo país global es el enfoque de la deuda soberana, cuya medición a menudo es efectuada a través del Índice de Bonos de Mercados Emergentes de JP Morgan (el “EMBI”, por sus siglas en inglés). BRG utiliza el EMBI promedio histórico a un año de Colombia a partir de la Fecha de Valoración, que equivale a 1,74 por ciento²⁴⁸.

283. Las Demandantes señalan que BRG descuenta los flujos de caja netos futuros proyectados con efecto retroactivo a la Fecha de Valoración utilizando el WACC de 8,08 por ciento y arriba a un monto de USD 40,3 millones en concepto de daños sufridos por Prodeco derivados de las violaciones al Tratado por parte de la Demandada²⁴⁹.
284. Las Demandantes impugnan la afirmación de la Demandada según la cual BRG descuenta erróneamente los flujos de caja de Prodeco, los cuales según la Demandada se estiman en términos reales, utilizando el WACC estimado de Prodeco en términos nominales. Para la Demandada, ello es incorrecto ya que los flujos de caja expresados en términos reales no tienen en cuenta la inflación prevista, mientras que el WACC

²⁴⁸ Cl. Mem., ¶ 202; Primer Informe de BRG, ¶¶ 77, 80, 83-93.

²⁴⁹ Cl. PHB, ¶ 177; Cl. Rep., ¶ 420; Segundo Informe de BRG, ¶¶ 10, 22.

expresado en términos nominales sí lo hace. Las Demandantes alegan que las críticas de la Demandada carecen de fundamento, ya que los flujos de caja de Prodeco, en realidad, son estimados en términos nominales, del mismo modo que el WACC nominal²⁵⁰.

(3) Las Demandantes Tienen Derecho a Intereses Compuestos Calculados a Una Tasa Comercial que Garantice una Reparación Íntegra

(a) Los Intereses Anteriores y Posteriores al Laudo Son Necessarios para Garantizar una Reparación Íntegra

285. Las Demandantes alegan que tienen derecho a intereses compuestos calculados a una tasa comercial que garantice una reparación íntegra. Las Demandantes sostienen que la indemnización por demora en el pago o interés es un componente de la reparación íntegra en virtud del derecho internacional consuetudinario. Las Demandantes sostienen que la obligación de reparación por parte de un Estado surge inmediatamente después de que sus acciones ilícitas hayan causado un perjuicio, y en la medida en que el pago se encuentre demorado, el demandante pierde la oportunidad de invertir la indemnización. Además, las Demandantes señalan que, conforme a los Artículos de la CDI en los casos en que se otorguen intereses, deberían comenzar a computarse “desde la fecha en la que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se cumpliera con la obligación de pagar” [Traducción del Tribunal]. Las Demandantes alegan que esto abarca tanto a los intereses anteriores al laudo como a los posteriores²⁵¹.
286. Las Demandantes afirman que, dado que este pago de intereses es un elemento integral de reparación, el propósito del otorgamiento de intereses es el mismo que el del otorgamiento de daños por el incumplimiento de una obligación internacional: el interés otorgado debería colocar a la víctima en la misma posición económico en la que se habría encontrado si el Estado no hubiera actuado en forma ilícita²⁵².

²⁵⁰ Cl. Rep., ¶ 401.

²⁵¹ Cl. Mem., ¶ 206; Anexo CL-19; Anexo CL-27; Anexo CL-29; Anexo CL-30; Anexo CL-31; Anexo CL-46; Anexo CL-49.

²⁵² Cl. Mem., ¶ 207; Anexo CL-19; Anexo CL-25; Anexo CL-27; Anexo CL-35; Anexo CL-48.

287. Por lo tanto, las Demandantes alegan que el requisito de la reparación íntegra debe informar todos los aspectos de un otorgamiento de intereses, incluida la tasa de interés apropiada, si el interés debería ser simple o compuesto y la periodicidad de la capitalización²⁵³.

(b) Los Intereses Anteriores y Posteriores al Laudo Deberían Otorgarse a Una Tasa Comercial

288. Las Demandantes manifiestan que, en relación con la expropiación lícita, el Artículo 6 del Tratado expresa que la compensación debe incluir intereses a una tasa comercial, tal como se señala a continuación:

*El monto de compensación deberá incluir intereses a una tasa comercial normal desde la fecha de desposesión hasta la fecha de pago, deberá ser acordado en una moneda libre de conversión, deberá ser pagado sin demora y ser libremente transferible*²⁵⁴.

289. Las Demandantes señalan que al interpretar dicha disposición del Artículo 6 del Tratado, el Tribunal en el caso *Glencore International y CI Prodeco c. Colombia* sostuvo que “a pesar de que la regla se refiere a la expropiación, por analogía, puede extenderse a la compensación por incumplimientos de otras disposiciones del TBI”²⁵⁵.
290. En este marco, las Demandantes encargaron a BRG que identificara una tasa comercial normal con la cual ajustar los daños sufridos por Prodeco a partir de la Fecha de Valoración. Las Demandantes señalan que BRG concluyó que el costo de la deuda de Prodeco, el cual estima en 5,57 por ciento, es una tasa comercialmente razonable²⁵⁶.
291. Las Demandantes alegan que la Demandada afirma escuetamente que el Tribunal debería otorgar intereses anteriores y posteriores al laudo a una tasa libre de riesgo equivalente al rendimiento de los bonos del Tesoro de los EE. UU. a un año, por el

²⁵³ Cl. Mem., ¶ 208; Anexo CL-48.

²⁵⁴ Cl. Mem., ¶ 209; Anexo C-1.

²⁵⁵ Cl. Mem., ¶ 210; Anexo CL-90.

²⁵⁶ Cl. Mem., ¶ 211; Primer Informe de BRG, ¶ 65.

mero hecho de que otros tribunales lo han hecho. Las Demandantes señalan que la Demandada no explica el motivo por el cual el otorgamiento de una tasa de interés libre de riesgo es coherente con el principio de reparación íntegra o es una “tasa comercial normal”. Por los motivos que se expondrán *infra*, las Demandantes afirman que no lo es²⁵⁷.

292. En primer lugar, las Demandantes alegan que no se obtendría una reparación íntegra mediante una tasa libre de riesgo ya que el costo de deuda de Prodeco es significativamente más alto que el costo de deuda de los Estados Unidos reflejado en los bonos del Tesoro de los EE. UU. a un año²⁵⁸.
293. Segundo, las Demandantes afirman que la tasa libre de riesgo propuesta por la Demandada es incompatible con el Artículo 6 del Tratado. En opinión de las Demandantes, no existe fundamento para suponer que el interés aplicable a la indemnización que involucre una conducta ilícita del Estado receptor debería ser diferente, y de hecho menor, al interés aplicable en caso de expropiación lícita²⁵⁹.
294. Además, las Demandantes afirman que el argumento alternativo de la Demandada según el cual el costo de deuda de Prodeco no es una “tasa comercial normal” de interés ya que es específica de una compañía que opera en el sector minero del carbón, y por lo tanto diferente al costo de los préstamos de los inversionistas en otros sectores de la economía colombiana, también es erróneo. Las Demandantes sostienen que, debido a su propia naturaleza, los daños causados a los diferentes inversionistas por los incumplimientos del Tratado por parte de la Demandada serán diferentes; por lo tanto, debe interpretarse que el Artículo 6 tiene en cuenta esas diferencias²⁶⁰.
295. Tercero, las Demandantes resaltan que existe una falta de respaldo a la tasa de interés propuesta por la Demandada. De hecho, sólo uno de los siete laudos citados por la Demandada en sustento de su posición, en realidad otorgó intereses anteriores y

²⁵⁷ Cl. Rep., ¶ 407.

²⁵⁸ Cl. Rep., ¶ 408; Segundo Informe de BRG, ¶ 92.

²⁵⁹ Cl. Rep., ¶ 409; Anexo C-1.

²⁶⁰ Cl. Rep., ¶ 411.

posteriores al laudo a una tasa igual al rendimiento de los bonos del Tesoro de los EE. UU.²⁶¹.

296. En última instancia, las Demandantes sostienen que la Demandada alega incorrectamente que Prodeco no ha probado que su costo de endeudamiento real sea de 5,57 %. Según las Demandantes, los estados financieros de Prodeco demuestran con claridad que pidió prestado dinero a su línea de crédito con el Banco Barclays a una tasa LIBOR más el 4 %, la cual en el período relevante era casi equivalente al cálculo de los costos de endeudamiento de BRG de 5,57%²⁶².

(c) *El Interés Debería Ser Compuesto para Garantizar una Reparación Íntegra*

297. Además, las Demandantes alegan que la única manera para indemnizar íntegramente a Glencore y Prodeco es componer la tasa de interés anterior al laudo y la tasa de interés posterior al laudo²⁶³. Las Demandantes sostienen que los tribunales frecuentemente han señalado que el interés compuesto es necesario para dar efecto a la regla de la reparación íntegra. Esto es así porque el interés compuesto garantiza que un Estado demandado no obtenga un beneficio imprevisto como resultado de su incumplimiento, ya que la capitalización reconoce el valor del tiempo de las pérdidas de las Demandantes. Además, “*refleja la realidad económica en los tiempos modernos*” en los que “[e]l valor tiempo del dinero en economías de libre mercado es medido en interés compuesto”²⁶⁴. [Traducción del Tribunal]
298. Sobre esta base, las Demandantes sostienen que el interés otorgado a Glencore y Prodeco debería estar sujeto a una capitalización razonable. En opinión de las Demandantes, la periodicidad apropiada de la capitalización en este caso es anual, como tradicionalmente lo sostiene la jurisprudencia en materia de inversiones²⁶⁵.

²⁶¹ Cl. Rep., ¶ 412; Anexo RL-142.

²⁶² Cl. Rep., ¶ 414; Anexo BRG-72.

²⁶³ Cl. Mem., ¶ 212; Anexo CL-48; Anexo CL-45.

²⁶⁴ Cl. Mem., ¶ 213; Anexo CL-44; Anexo CL-50; Anexo CL-55; Anexo CL-47; Anexo CL-46; Anexo CL-49; Anexo CL-70; Anexo CL-72; Anexo CL-48; Anexo CL-53; Anexo CL-62.

²⁶⁵ Cl. Mem., ¶ 214; Anexo CL-39; Anexo CL-65; Anexo CL-81.

299. Según las Demandantes, los argumentos de la Demandada según los cuales el interés no debería ser compuesto porque el otorgamiento de un interés compuesto no es un principio del derecho internacional y el que señala que la legislación colombiana prohibiría la capitalización de intereses no son convincentes. Específicamente, las Demandantes alegan que este caso se rige por el derecho internacional y no por la legislación colombiana. El derecho internacional exige que se aplique el principio de reparación íntegra. Las Demandantes también señalan que, en 2013, el fallecido Juez Crawford, quien fuera el Relator Especial para los Artículos de la CDI, reconoció la evolución de la jurisprudencia y que se entendía que el interés compuesto es necesario para garantizar una reparación íntegra. Las Demandantes afirman que, de hecho, el interés compuesto habitualmente es otorgado por los tribunales internacionales respecto de los intereses anteriores y posteriores al laudo, y el interés compuesto ya no es la excepción a la regla²⁶⁶.
300. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, las Demandantes señalan que los daños totales, utilizando una tasa de interés igual al costo de deuda de Prodeco de 5,57 % compuesto anualmente, equivale a USD 62,8 millones²⁶⁷.

(4) El Laudo Debería ser Neto de Todos los Impuestos Colombianos Aplicables

301. Según las Demandantes, el monto de USD 62,8 millones ha sido preparado neto de impuestos colombianos. En consecuencia, cualquier impuesto de la Demandada sobre el laudo final en este arbitraje derivaría en que Glencore y Prodeco efectivamente tributasesen dos veces por la misma renta, y socavaría el propósito del laudo. Para las Demandantes, este principio ha sido recientemente confirmado por el tribunal en *Glencore International y CI Prodeco c. Colombia* y varios otros tribunales han adoptado el mismo enfoque, precisamente para garantizar una indemnización íntegra por los incumplimientos del Estado receptor. Por lo tanto, las Demandantes alegan

²⁶⁶ Cl. Rep., ¶¶ 416-419; Anexo CL-136; Anexo CL-65; Anexo CL-74; Anexo CL-60; Anexo CL-39; Anexo CL-65; Anexo CL-81; Anexo CL-49.

²⁶⁷ Cl. Rep., ¶ 420; Segundo Informe de BRG, ¶¶ 20-22.

que cualquier laudo que se emita en este arbitraje debería ser neto de todos los impuestos colombianos aplicables²⁶⁸.

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

(1) La Reclamación de Daños de las Demandantes No Cumple con el Derecho Internacional y es Exagerada

302. Según la Demandada, las Demandantes plantearon un caso frívolo, basado en una situación anticompetitiva entre Drummond y Prodeco que presumen que existe y que les ha causado perjuicio. En concreto, la Demandada sostiene que la reclamación de daños de las Demandantes es frívola de dos maneras²⁶⁹.
303. En primer lugar, la Demandada asevera que el perito de daños de las Demandantes, BRG, no verificó si realmente existió una asimetría competitiva entre Prodeco y Drummond, a pesar de haber estado dicha asimetría en el centro de los argumentos de las Demandantes. En su lugar, toda la cuantificación de daños de BRG se funda en una presunta asimetría, malinterpretando el expediente probatorio. La Demandada aduce que debe realizarse un análisis holístico de las estructuras de costos de los actores pertinentes del mercado antes de sacar cualquier conclusión en cuanto a si se alteró la competencia. Asimismo, la Demandada advierte que ni las Demandantes ni BRG realizaron dicho análisis²⁷⁰.
304. En segundo lugar, la Demandada alega que, aun asumiendo que Prodeco sufriera una desventaja en los costos en relación con Drummond, el valor económico de ese perjuicio se compensa totalmente con el beneficio para las Demandantes de la zona de menor tributación de PNSA. La Demandada advierte que, sobre la base de los cálculos de BRG, las Demandantes sostienen que la presunta prohibición ilícita de la Demandada de que PNSA cobrase una tarifa a todos los usuarios del Canal de Acceso les ha ocasionado un perjuicio calculado en USD 40,3 millones. Sin embargo, conforme al Contrato de Concesión, PNSA se beneficia de una zona de menor

²⁶⁸ Cl. Mem., ¶¶ 217-218; Anexo CL-90; Anexo CL-83; Anexo CL-73; Anexo CL-85; Anexo CL-46.

²⁶⁹ Res. PHB, ¶ 112.

²⁷⁰ Res. PHB, ¶ 113.

tributación que brinda beneficios económicos a las Demandantes que ascienden, al menos, a USD 85 millones al 12 de junio de 2014. La Demandada resalta que ni las Demandantes ni BRG han siquiera intentado abordar este hecho²⁷¹.

305. En vista de lo anterior, la Demandada alega que las Demandantes no han demostrado, con certeza, la existencia del perjuicio por el cual solicitan indemnización. Para la Demandada, esto es determinante para su reclamación de daños. Asimismo, la Demandada sostiene que la reclamación de las Demandantes tampoco reúne los requisitos fundamentales del derecho internacional para el otorgamiento de daños y, por ende, debería desestimarse. En particular, la Demandada afirma que las Demandantes no han demostrado que la presunta conducta ilícita de la Demandada haya sido la causa directa y próxima de los daños personales que sufriera cada una de ellas. A mayor abundamiento, la Demandada argumenta que la cuantificación de daños de las Demandantes se basa en una aplicación incorrecta del estándar de reparación íntegra, y es defectuosa²⁷².
306. En primer lugar, la Demandada aduce que, aun en el supuesto de que el Tribunal resolviera que la prohibición de la Demandada de que PNSA cobrase una tarifa por el uso del Canal de Acceso fue ilícita, esto resultaría insuficiente para concluir que las Demandantes tendrían derecho a percibir la indemnización de USD 40,3 millones que reclaman en concepto de daños. La Demandada afirma que es un principio jurídico fundamental que las Demandantes deben primero demostrar que las presuntas violaciones al Tratado por parte de la Demandada han sido la causa directa y próxima de los perjuicios por los que solicitan indemnización en este procedimiento. La Demandada sostiene que el hecho de que las Demandantes y BRG se funden ciegamente en una presunta asimetría competitiva no cumple con esa investigación de causalidad²⁷³.

²⁷¹ Res. PHB, ¶ 114; Primer Informe de Oxera, ¶¶ 1.28, 2.21.

²⁷² Res. PHB, ¶ 115.

²⁷³ Res. PHB, ¶ 116; Anexo RL-122.

307. Asimismo, la Demandada alega que, en cualquier caso, Prodeco hizo libremente que su filial PNSA celebrara el Contrato de Concesión, a sabiendas de que asumiría los costos y riesgos relacionados con la construcción y operación del Canal de Acceso, y que toda recuperación de la inversión correspondiente se llevaría a cabo por medio de las tarifas cobradas por los servicios portuarios. La Demandada aduce que el aporte de Prodeco al acaecimiento de los daños que alega haber sufrido debe reflejarse mediante la reducción, en un 75 %, del monto de daños que el Tribunal adjudique a las Demandantes²⁷⁴.
308. En segundo lugar, la Demandada asevera que el Tratado y el derecho internacional requieren que las Demandantes demuestren que cada una de ellas sufrió daños personales como resultado de la presunta conducta ilícita de la Demandada. La Demandada alega que las Demandantes no pueden cumplir con su carga de la prueba²⁷⁵.
309. En cuanto a PNSA, la Demandada señala que el argumento principal de las Demandantes se fundó en un cálculo indemnizatorio al 12 de junio de 2014, únicamente sobre la base de información y proyecciones disponibles en esa fecha (es decir, un enfoque *ex ante*). La Demandada alega que, según el enfoque *ex ante* de las Demandantes, PNSA no sufrió ningún daño ya que está recuperando sus Inversiones Totales a través de las tarifas que les cobra a los usuarios de Puerto Nuevo²⁷⁶.
310. En cuanto a Prodeco, la Demandada señala que las Demandantes alegan que se vio perjudicada por el hecho de no tener permitido PNSA cobrar una tarifa a todos los usuarios del Canal de Acceso, ya que es el único usuario que aporta, mediante el pago de tarifas portuarias a PNSA, para la recuperación de las Inversiones Totales. La Demandada subraya que, si bien las Demandantes son las que saben, con mayor precisión, cuánto pagó supuestamente Prodeco a PNSA por el uso del Canal de Acceso, las Demandantes no dieron a conocer ese monto y, en cambio, instruyeron a

²⁷⁴ Res. PHB, ¶ 116.

²⁷⁵ Res. PHB, ¶ 117; Anexo C-1; Anexo CL-82.

²⁷⁶ Res. PHB, ¶ 118; Res. Rej., ¶¶ 597-602; Res. Mem., ¶ 436.

BRG que lo calculara. Para ello, BRG calculó el monto de la tarifa que, en el Escenario Contrafáctico, Drummond habría pagado presuntamente por el uso del Canal de Acceso y concluyó que el pago en exceso (y, por lo tanto, la pérdida) de Prodeco equivaldría al pago insuficiente de Drummond. La Demandada alega que esta metodología es poco confiable y defectuosa, ya que no refleja cuánto pagó Prodeco realmente de más (si, de hecho, Prodeco pagó de más, en lugar de sufrir un perjuicio puramente hipotético)²⁷⁷.

311. En cuanto a Glencore, la Demandada aduce que no sufrió ningún daño distinto al daño que supuestamente sufrieron sus filiales. En otras palabras, Glencore no resultó personalmente perjudicada de modo alguno²⁷⁸.
312. En tercer y último lugar, la Demandada señala que las Demandantes instruyeron a BRG que calculara los daños que sufrió Prodeco al 12 de junio de 2014, basándose en el supuesto de que, en esa fecha, la Demandada habría implementado un mecanismo que permitiría a PNSA cobrar una tarifa a todos los usuarios del Canal de Acceso. La Demandada alega que esta metodología *ex ante* es defectuosa por, al menos, cuatro motivos²⁷⁹.
313. Primero, explica la Demandada, la metodología de las Demandantes se basa en una aplicación incorrecta intencional del estándar de reparación íntegra. Según la Demandada, la mejor manera de alcanzar el objetivo de reparación íntegra que estableció la CPJI en el asunto relativo a la *Fábrica de Chorzów* es considerando datos reales, en lugar de basarse en proyecciones generadas hace muchos años, en especial, cuando tales proyecciones han resultado poco confiables. Por lo tanto, en consonancia con el estándar de reparación íntegra, las Demandantes deberían haber instruido a BRG que realizara una valoración a una fecha cercana al laudo y que tomara en cuenta toda la información disponible hasta esa fecha²⁸⁰.

²⁷⁷ Res. PHB, ¶ 120.

²⁷⁸ Res. PHB, ¶ 121.

²⁷⁹ Res. PHB, ¶ 122.

²⁸⁰ Res. PHB, ¶¶ 123-124; Res. Rej., ¶ 660; Res. Mem., ¶ 479; Anexo CL-24; Anexo RL-134; Anexo RL-216; Anexo CL-69.

314. La Demandada asevera que las Demandantes no hicieron eso. Al contrario, las Demandantes instruyeron a BRG que realizara una valoración al 12 de junio de 2014, calculando los daños hasta el fin del período de la concesión. Para la Demandada, el efecto de esta instrucción es una exageración del monto indemnizatorio reclamado, ignorando intencionalmente el hecho de que Prodeco ha dejado de extraer carbón de Calenturitas y La Jagua en el mes de marzo de 2020, y ha cedido ambas minas al Estado por motivos ajenos a la presente disputa. Por eso, la Demandada alega que el enfoque de BRG es tan especulativo y poco confiable que hace que Prodeco reclame indemnización con respecto a un período de tiempo durante el cual no ha sufrido ni sufrirá ningún perjuicio²⁸¹.
315. Segundo, la Demandada señala que las Demandantes instruyeron a BRG que asumiera, a los efectos de su cálculo indemnizatorio, que la Demandada habría implementado un mecanismo tarifario que permitiría a PNSA cobrar por el uso del Canal de Acceso. La Demandada alega que no existen pruebas de que la Demandada habría procedido de tal modo, aun suponiendo que existiese una situación anticompetitiva entre Prodeco y Drummond y requiriese una solución. Al contrario, la Demandada consideró y rechazó esta opción en reiteradas ocasiones. En su lugar, podrían haberse implementado otras alternativas para remediar la presunta situación anticompetitiva²⁸².
316. Tercero, la Demandada resalta que la piedra angular del cálculo indemnizatorio de BRG es el supuesto de que la tarifa que PNSA podría cobrar a los usuarios del Canal de Acceso se fijaría de modo de otorgar a PNSA una rentabilidad de 14,63 % sobre sus Inversiones Totales. La Demandada aduce que no hay motivos para suponer que PNSA podría percibir dicha rentabilidad. En particular, la Demandada arguye que el hecho de que, en el año 2013, el ente regulador colombiano considerara que la rentabilidad propuesta de 14,63 % de PNSA era apropiada para fijar las tarifas reguladas no significa y no debería significar automáticamente que la misma tasa de

²⁸¹ Res. PHB, ¶ 125.

²⁸² Res. PHB, ¶ 126.

rentabilidad sea el punto de partida apropiado para calcular la tarifa contrafáctica del Canal de Acceso²⁸³.

317. Cuarto, la Demandada alega que los cálculos de BRG incorporan datos poco confiables con respecto tanto a los gastos de capital (CAPEX) como a los gastos operativos (OPEX) correspondientes al Canal de Acceso, con el mismo objetivo de inflar aún más la indemnización pretendida. A modo de ejemplo, los CAPEX en los que se basa BRG incluyen un monto de más de USD 18 millones, que corresponden a los “costos KINA”, una categoría de costos para los que no se brindó ninguna justificación. De igual modo, las cifras de OPEX de BRG provienen de un presunto “modelo de negocios” de 2013, que es una tabla de una página de Excel con cifras predefinidas, y montos de costos incompletos y selectivos cuya moneda ni siquiera se especifica. La Demandada sostiene que ni las Demandantes ni BRG han brindado ni una explicación ni un contexto adicionales que dotaran de valor probatorio al denominado plan de negocios de 2013²⁸⁴.
318. Habida cuenta de lo expuesto *supra*, la Demandada alega que la reclamación de las Demandantes no cumple los requisitos del derecho internacional para el otorgamiento de una indemnización por daños, dado que se basa en una metodología defectuosa y utiliza datos completamente especulativos²⁸⁵.

(2) La Reclamación de Intereses de las Demandantes es Contradicatoria con el Derecho Internacional y con el Derecho Colombiano, y Exagerada

319. La Demandada asevera, asimismo, que la reclamación de intereses de las Demandantes es contradictoria con el derecho internacional y con el derecho colombiano, y exagerada. En este sentido, la Demandada, en primer lugar, alega que, si el Tribunal otorgase intereses sobre cualquier monto indemnizatorio de las Demandantes, tales intereses deberían ser a una tasa libre de riesgo equivalente al rendimiento de 1 año de las Letras del Tesoro de los EE. UU., criterio adoptado por

²⁸³ Res. PHB, ¶ 128.

²⁸⁴ Res. PHB, ¶ 130.

²⁸⁵ Res. PHB, ¶ 131.

numerosos tribunales. A mayor abundamiento, la Demandada cuestiona el argumento de las Demandantes de que una tasa libre de riesgo no alcanzaría la reparación íntegra, ya que el otorgamiento de intereses a una tasa inferior al costo de deuda de Prodeco no compensaría el costo de oportunidad de endeudamiento de las Demandantes. Según la Demandada, las Demandantes ni siquiera han alegado (y mucho menos demostrado) que, como parte del perjuicio que les causó, en forma directa, la presunta conducta ilícita de la Demandada, Prodeco se habría visto obligada a solicitar un préstamo de fondos²⁸⁶.

320. En segundo lugar, la Demandada asevera que las Demandantes inflaron artificialmente el monto total de su reclamación indemnizatoria al reclamar, de manera incorrecta, intereses anteriores al laudo a una tasa con riesgo supuestamente equivalente —aunque, de hecho, superior— al costo de deuda de Prodeco. La Demandada advierte que las Demandantes aseveran que el Tribunal debería aplicar el Artículo 6 del Tratado y decretar el pago de intereses a una “tasa comercial normal”. En este sentido, las Demandantes equiparan esa tasa comercial normal al costo de deuda de Prodeco, que BRG supuestamente calcula en 5,6 %. La Demandada sostiene que la postura de las Demandantes adolece de importantes defectos, ya que no hay fundamentos para aplicar el Artículo 6 del Tratado en el presente caso, en el que las Demandantes no han planteado una reclamación por expropiación. La Demandada subraya que la única semblanza de respaldo que aportan las Demandantes para defender su postura contraria es su alegato de que el tribunal interviniente en el primer arbitraje incoado por Glencore y Prodeco contra Colombia aplicó esa disposición y la extendió por analogía. La Demandada aduce que ese tribunal excedió el ámbito de su mandato y que este Tribunal no debería hacer lo mismo. La Demandada también señala que, si bien BRG calculó el costo de deuda real de Prodeco, ese concepto no representa una tasa comercial normal sino un parámetro específico de Prodeco únicamente, que mide el costo al cual Prodeco se autofinancia en el mercado²⁸⁷.

²⁸⁶ Res. Rej., ¶¶ 689-696; Anexo CL-140; Anexo CL-74; Anexo CL-47; Anexo CL-41.

²⁸⁷ Res. Rej., ¶¶ 700-701; Anexo C-1; Anexo CL-90.

321. En tercer lugar, la Demandada argumenta que, si el Tribunal otorgara intereses, conforme al derecho internacional y al derecho colombiano, dichos intereses deberían ser simples. La Demandada afirma que las Demandantes procuraron indebidamente invertir la carga de la prueba alegando que la Demandada no ha demostrado que sería inapropiado aplicar intereses compuestos. Según la Demandada, corresponde a las Demandantes demostrar (y no lo han hecho) que los intereses compuestos resultan aplicables en las circunstancias, en cuyo defecto cabe aplicar intereses simples. Asimismo, la Demandada cuestiona el alegato de las Demandantes de que la práctica de otorgar intereses compuestos como una necesidad para cumplir con el principio de reparación íntegra es *jurisprudence constante*, y citan varios tribunales que han otorgado intereses simples en la última década²⁸⁸.
322. Además, la Demandada sostiene que, conforme al derecho colombiano, la aplicación de intereses compuestos se encuentra prohibida, punto no controvertido por las Demandantes. La Demandada asevera que varios tribunales constituidos en virtud de tratados de inversión han tenido en cuenta el derecho interno en su decisión en materia de intereses y se han rehusado a otorgar intereses compuestos si estaban prohibidos en la legislación del Estado receptor. A mayor abundamiento, la Demandada subraya que, de conformidad con el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI:

El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

En consecuencia, la Demandada aduce que no existen motivos que impidan al Tribunal tener en cuenta la prohibición del derecho colombiano con respecto a la aplicación de intereses compuestos en el presente caso²⁸⁹.

²⁸⁸ Res. Rej., ¶¶ 703-705; Anexo RL-117; Anexo CL-29; Anexo CL-65; Anexo CL-152; Anexo RL-145; Anexo RL-117.

²⁸⁹ Res. Rej., ¶¶ 706-707; Anexo RL-144; Anexo RL-146; Anexo RL-147.

323. En conclusión, la Demandada alega que las correcciones de Oxera a la metodología de BRG, sobre la base de lo anterior, son razonables y arrojan un monto indemnizatorio de aproximadamente USD 9,4 millones, más intereses a una tasa simple libre de riesgo equivalente al rendimiento de 1 año de las Letras del Tesoro de los EE. UU. La Demandada afirma que, según Oxera, este es el límite máximo de cualquier indemnización por daños que las Demandantes tienen derecho a percibir en el presente arbitraje²⁹⁰.

C. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

324. En la Sección VI.C *supra*, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la Demandada adoptó una conducta arbitraria y discriminatoria en contra de las Demandantes, en violación del estándar de tratamiento justo y equitativo conforme al Artículo 4(2) del Tratado. El Tribunal debe determinar ahora la reparación pertinente respecto de la pérdida de las Demandantes.
325. Las Partes están de acuerdo en que el estándar jurídico aplicable que debe emplear el presente Tribunal es, sin lugar a dudas, el de la reparación íntegra del perjuicio causado. Este principio, consolidado desde la decisión de la CPJI en el asunto relativo a la *Fábrica de Chorzów*, y codificado en los Artículos de la CDI, es una piedra angular del derecho internacional consuetudinario e impone la obligación de aplicarlo aun en aquellos casos en los que el tratado subyacente de la disputa no establezca, de manera expresa, obligaciones de indemnización²⁹¹.
326. El Artículo 11(1) del Tratado faculta al inversionista a solicitar resarcimiento por violaciones del Tratado si dichas violaciones causan “*algún daño o pérdida a él o a su inversión*”. Además, el Tratado define, con claridad, una fórmula indemnizatoria por expropiación lícita en el Artículo 6; no obstante, nada dice sobre cómo calcular la indemnización por violaciones no expropriatorias²⁹². De modo similar a la perspectiva del tribunal en *Glencore c. Colombia I*, este Tribunal la aborda

²⁹⁰ Res. PHB, ¶ 131.

²⁹¹ Anexo CL-24; Anexo CL-19.

²⁹² Anexo C-1.

recurriendo al derecho internacional consuetudinario y, por analogía, extendiendo la fórmula indemnizatoria correspondiente a las expropiaciones lícitas a otras violaciones del Tratado²⁹³.

327. Las normas sobre reparación por violaciones del derecho internacional se encuentran codificadas en los Artículos de la CDI. Conforme al Artículo 31, el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito debe dar lugar a una reparación íntegra. A mayor abundamiento, tal como se especifica en los Artículos 35 y 36, en aquellos casos en que no fuese posible la restitución, la indemnización es la forma de reparación preferida²⁹⁴.
328. El Tribunal considera que, en el presente caso, la restitución no es posible. Por lo tanto, debe determinar una suma de dinero a favor de las Demandantes que las colocaría en la situación en la que se habrían encontrado si el hecho internacionalmente ilícito de la Demandada nunca hubiera tenido lugar.
329. Antes de profundizar en las metodologías de cuantificación de daños propuestas por las Partes y sus respectivos cálculos indemnizatorios, es esencial que el Tribunal aborde tres cuestiones preliminares planteadas por la Demandada. *En primer lugar*, el Tribunal considera que el hecho de si los beneficios de la zona con menos tributación de PNSA compensa por completo toda desventaja de costos sufrida por Prodeco en relación con Drummond no altera la determinación del Tribunal respecto de los daños adeudados a las Demandantes como consecuencia del incumplimiento del Tratado por parte de la Demandada.
330. *En segundo lugar*, el Tribunal reconoce que las Demandantes tienen la carga de demostrar que las violaciones del Tratado por parte de la Demandada son la causa directa y próxima del perjuicio por el cual reclaman indemnización en el presente procedimiento. Tal como se explicó en la Sección VI.C, las Demandantes sufrieron un perjuicio como consecuencia de la falta por parte de la Demandada de regular la distribución equitativa de los gastos relacionados con la construcción y el

²⁹³ Anexo CL-90.

²⁹⁴ Anexo CL-19.

mantenimiento del Canal de Acceso entre sus usuarios. El Tribunal considera, con firmeza, que el perjuicio sufrido por las Demandantes es el claro resultado de las acciones de la Demandada o, más precisamente, de su inacción. Es por eso que el Tribunal resuelve que las Demandantes cumplieron de manera convincente con esta carga de la prueba.

331. *En tercer lugar*, el Tribunal observa que el Tratado y el derecho internacional requieren que cada Demandante demuestre la existencia de un perjuicio personal como consecuencia de las acciones ilícitas de la Demandada. En el presente caso, sin embargo, las Demandantes forman parte de una estructura societaria compleja, en la cual, si cualquiera de los eslabones de la cadena societaria sufre un perjuicio, las Demandantes pueden reclamar indemnización. En otras palabras, el factor clave es que, al menos, una Demandante haya sufrido un perjuicio.
332. En opinión del Tribunal, es evidente que PNSA no sufrió ningún perjuicio personal como resultado de la conducta discriminatoria de la Demandada. Sin embargo, no puede decirse lo mismo de Prodeco, única responsable de los costos relacionados con el mantenimiento del Canal de Acceso, y de Glencore, sociedad controlante y única propietaria de Prodeco. Por ende, el Tribunal colige que Prodeco y Glencore cumplieron con esta carga.
333. En cuanto a las metodologías de cuantificación propuestas por las Partes y sus respectivos cálculos indemnizatorios, el Tribunal manifiesta que no le convencen ninguno de los enfoques presentados por las Partes. Si bien el Tribunal considera que un enfoque *ex ante* con una fecha de valoración al 12 de junio de 2014 (es decir, la fecha que dio lugar a la disputa, esto es, cuando el Ministerio de Transporte notificó a Prodeco su Rechazo a la Petición de Prodeco por la que solicitaba una medida regulatoria que trataría la supuesta asimetría en el Canal de Acceso, tal como se indicó en la Sección V.C), no es infundado²⁹⁵, considera que un enfoque *ex post*, que incorpora toda la información disponible desde el 12 de junio de 2014 hasta la fecha del laudo, es la opción preferida. Esta preferencia surge del hecho de que una

²⁹⁵ Anexo C-57.

proyección de daños basada únicamente en la información y las expectativas razonables del mercado al 12 de junio de 2014 quizá no coincide exactamente con la realidad y podría llevar a un sobrecálculo de la indemnización reclamada.

334. En opinión del Tribunal, esto es precisamente lo que ocurrió en este caso: las Demandantes exageraron sus cálculos indemnizatorios. En consecuencia, los cálculos indemnizatorios de las Demandantes justifican la necesidad de recortes.
335. *En primer lugar*, el Tribunal considera necesario incluir la merma en las exportaciones de carbón de las Demandantes a través del Canal de Acceso con posterioridad al mes de marzo de 2020. Esta merma es incontrovertible y ocurrió después de que Prodeco dejara de extraer carbón de las minas Calenturitas y La Jagual, y cediera ambas minas al Estado.
336. *En segundo lugar*, el Tribunal considera necesario abordar la confiabilidad de varios componentes del cálculo indemnizatorio de las Demandantes, ya que se basan en supuestos especulativos que tienden a inflar la indemnización calculada. En particular, la metodología de las Demandantes supone que la Demandada habría implementado un mecanismo tarifario que, en concreto, habría permitido a PNSA cobrar impuestos por el uso del Canal de Acceso, ignorando por completo otras posibles soluciones alternativas.
337. Además, las Demandantes supusieron que dicha tarifa se habría fijado de manera de garantizar a PNSA una rentabilidad de su inversión de 14,63 %. Si bien el Tribunal reconoce el origen de esta cifra (es decir, la aprobación por parte del ente regulador colombiano de la rentabilidad de 14,63 % propuesta por PNSA para las tarifas reguladas en el año 2013), considera que no implica automáticamente que la misma tasa de rentabilidad podría extrapolarse para el escenario contrafáctico hipotético.
338. *En tercer y último lugar*, el Tribunal considera justo reducir aún más los cálculos indemnizatorios de las Demandantes teniendo en cuenta sus propias acciones. El Tribunal observa que, cuando PNSA celebró el Contrato de Concesión, era evidente que había una laguna normativa con respecto a la distribución justa de los costos

relacionados con la construcción y el mantenimiento del Canal de Acceso. Por lo tanto, por más razonables que fueran las expectativas de las Demandantes de que el Estado corrigiera esta cuestión, es obvio que asumieron un cierto grado de riesgo.

339. Habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal ajusta los daños de las Demandantes en USD 9,4 millones, con exclusión de intereses. Este monto no solo satisface el estándar de reparación íntegra, sino que además es reconocido y aceptado por la Demandada y su perito en el párrafo 323 *supra*.
340. En cuanto al otorgamiento de intereses, el Artículo 6 del Tratado dispone que la indemnización por expropiación lícita deberá incluir “*intereses a una tasa comercial normal*”²⁹⁶. Tal como se analizara *supra*, esto puede extenderse, por analogía, a la indemnización por violaciones de otros estándares del Tratado²⁹⁷.
341. El Tribunal colige que el costo de deuda de Prodeco de 5,6 % representa una tasa comercialmente razonable²⁹⁸, ya que es un fiel reflejo de la tasa LIBOR aceptada, un parámetro para el cálculo de tasas de interés variable en un entorno comercial.
342. El Tribunal, además, considera que el interés simple representa la forma adecuada de indemnización en este caso. Los motivos son dos. *En primer lugar*, el Tribunal reconoce la prohibición de los intereses compuestos en el derecho colombiano, un factor que las Demandantes no controvieren y que debe considerarse debidamente al amparo del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI²⁹⁹.
343. *En segundo lugar*, el Tribunal afirma, con vehemencia, que el mero hecho de que ciertos tribunales de arbitraje hayan otorgado intereses compuestos anteriormente no lo consagra como principio del derecho internacional sobre reparación íntegra³⁰⁰. En opinión del Tribunal, la determinación de si los intereses deben incluir la capitalización de intereses impagos debe realizarse caso por caso. En este caso en

²⁹⁶ Anexo C-1.

²⁹⁷ Anexo CL-90.

²⁹⁸ Cl. Mem., ¶¶ 209-211; Cl. Rep., ¶¶ 407-415.

²⁹⁹ Res. Rej., ¶¶ 706-707; Anexo RL-144; Anexo RL-146; Anexo RL-147.

³⁰⁰ Véanse, por ejemplo, Anexo CL-152; Anexo RL-117; Anexo RL-145.

particular, ese enfoque no se justifica, ya que sería indebidamente punitorio, dada la consideración por parte del Tribunal de la propia conducta de las Demandantes.

344. A mayor abundamiento, el Tribunal considera que los intereses comienzan a devengarse en la fecha de emisión de este Laudo (*dies a quo*) y finalizan en la fecha en que el pago se hace efectivo (*dies ad quem*). El Tribunal está firmemente convencido de que dicho enfoque no sólo es razonable en función de la culpa comparativa de las Demandantes, sino que además cumple con la función indemnizatoria inherente al otorgamiento de intereses.
345. Por último, en cuanto a la tributación de cualquier monto adjudicado, el Tratado dispone expresamente que la indemnización por expropiación debe ser “*pronta, efectiva y adecuada*”. Además, resalta que el monto de dicha indemnización “*deberá ser acordado en una moneda libre de conversión, deberá ser pagado sin demora y ser libremente transferible*”³⁰¹. El Tribunal ya ha advertido que, si bien esta regla se relaciona directamente con la expropiación, también puede aplicarse por analogía a casos sobre violaciones de otras disposiciones dentro del Tratado.
346. Ante todo, es esencial reconocer que la Demandada, al ser un Estado soberano, tiene autoridad para aplicar impuestos sobre bienes o pagos ubicados en su territorio u originados en él. Por ende, la Demandada podría reducir la indemnización que finalmente reciban las Demandantes.
347. El Tribunal, por lo tanto, considera que, en aras de garantizar la reparación íntegra por el hecho internacionalmente ilícito de la Demandada, el monto otorgado a las Demandantes por este Tribunal estará exento de impuestos colombianos. En otras palabras, la Demandada no puede deducir impuestos respecto del monto adjudicado y tendría que reembolsar a las Demandantes toda suma abonada sobre dicho monto en concepto de impuestos colombianos.
348. En síntesis, el Tribunal resuelve que las Demandantes tienen derecho a recibir una indemnización de USD 9,4 millones, más intereses simples a una tasa de 5,6 %,

³⁰¹ Anexo C-1.

devengados desde la fecha del presente Laudo hasta la fecha de pago. A mayor abundamiento, el monto otorgado a las Demandantes estará exento del pago de impuestos colombianos y la Demandada reembolsará a las Demandantes toda suma abonada en concepto de impuestos colombianos en violación de dicho principio.

VIII. COSTOS

349. La Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje establece lo que se transcribe a continuación:

El laudo será escrito y contendrá... la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.

350. Las Partes presentaron sus declaraciones sobre costos el 8 de septiembre de 2023. Ninguna de las Partes impugnó los ítems o el monto reclamado por la contraparte.

A. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

351. Las Demandantes solicitan que el Tribunal ordene a Colombia que sufrague la totalidad de los costos de las Demandantes. Específicamente, las Demandantes solicitan el reembolso de los costos que se mencionan a continuación:

- (1) El pago por Derecho de Registro del CIADI, así como los pagos anticipados para honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los gastos administrativos del CIADI.
- (2) Los honorarios de los asesores legales de las Demandantes en este arbitraje, a saber, Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, Dechamps International Law y Álvarez, Zárate & Asociados, junto con los desembolsos asociados a ellos.
- (3) Los honorarios y costos de los peritos independientes especialistas en valoración de las Demandantes, BRG.
- (4) Los honorarios y costos de los consultores que prestaron servicios en la audiencia a las Demandantes, a saber, los consultores de FTI Consulting, Inc.

(la cual actuó como director del juicio durante la audiencia) y Evoke Legal, LLC (la cual presta servicios de representaciones gráficas y visuales).

- (5) Los costos y gastos de los viajes en los que incurrieron los testigos de las Demandantes y los representantes de la parte³⁰².
352. Los detalles de los costos de las Demandantes se exhiben en los cuadros que se incluyen *infra*, los cuales se encuentran divididos en (i) los costos irrogados en relación con la Solicitud de la Demandada en virtud de la Regla 41(5), la cual fue rechazada por el Tribunal el 22 de febrero de 2021; los costos irrogados en relación con la Solicitud de Bifurcación presentada por la Demandada, la cual fue rechazada por el Tribunal el 23 de agosto de 2021; (iii) los costos irrogados en relación con el resto del procedimiento; y (iv) los costos relativos a los honorarios y gastos del Tribunal y los cargos administrativos del CIADI³⁰³.

Solicitud Conforme a la Regla 41(5)	
Honorarios legales	USD 626.311,54
<i>Subtotal</i>	<i>USD 626.311,54</i>

Solicitud de Bifurcación	
Honorarios legales	USD 214.002,35
<i>Subtotal</i>	<i>USD 214.002,35</i>

Procedimiento Principal	
Honorarios legales	USD 8.636.132,14
Desembolsos	USD 164.156,03
Honorarios y costos de los Peritos	USD 447.099,42
Otros gastos (FTI Consulting, Inc./Evoke Legal LLC)	USD 74.551,98
<i>Subtotal</i>	<i>USD 9.321.939,57</i>

³⁰² Declaración sobre Costos de las Demandantes de fecha 8 de septiembre de 2023, ¶ 1 (“Cl. SoC”).

³⁰³ Cl. SoC, ¶ 2.

Honorarios y gastos del Tribunal y cargos administrativos del CIADI	
Pago por Derecho de Registro del CIADI	USD 25.000,00
Pagos anticipados al CIADI	USD 475.000,00
<i>Subtotal</i>	<i>USD 500.000,00</i>
TOTAL	USD 10.662.253,46

B. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

353. La Demandada solicita al Tribunal que ordene a las Demandantes:

- (1) Reembolsar a la Demandada la totalidad de los gastos y costos en los que incurriera en este arbitraje, los cuales ascienden a USD 3.922.934,70 según la declaración que se adjunta.
- (2) Pagar a la Demandada intereses simples sobre los costos a una tasa libre de riesgo, o en subsidio utilizando otra tasa comercialmente razonable, desde la fecha de emisión del laudo hasta la fecha del pago completo³⁰⁴.

354. La Demandada proporciona el desglose que se incluye a continuación³⁰⁵:

Honorarios Legales y Honorarios de Peritos	
Honorarios legales	
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado	USD 70.274,00
Dechert LLP	USD 2.659.054,51
Honorarios de peritos	
Oxera Consulting LLP	USD 659.344,19
<i>Total de Honorarios Legales y Honorarios de Peritos</i>	<i>USD 3.424.672,70</i>
Costos Administrativos	
Costos del CIADI	
Primera solicitud de fondos 2020	USD 150.000,00

³⁰⁴ Declaración sobre Costos de Colombia de fecha 8 de septiembre de 2023, ¶ 2 (“Res. SoC”).

³⁰⁵ Res. SoC, Apéndice.

Segunda solicitud de fondos 2021	USD 150.000,00
Tercera solicitud de fondos 2023	USD 175.000,00
Total de Costos Administrativos	USD 475.000,00
Gastos	
Gastos de viajes, alojamientos y comidas	
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y testigos	USD 23.262,00
Total de Gastos	USD 23.262,00
TOTAL	USD 3.922.934,70

C. LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

355. El Artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

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.

356. Ni las Reglas de Arbitraje ni el Tratado establecen un lineamiento específico relativo a la distribución de los costos y gastos. Por lo tanto, el Tribunal cuenta con una amplia discrecionalidad para determinar el modo en el que deben ser prorrstateados.
357. Guiado por la conducta procesal de las Partes dirigida a un arbitraje expeditivo y asequible y reconociendo que ambas Partes se han comportado con el decoro apropiado esperable en este tipo de procedimientos, el Tribunal decide que las Partes deben compartir los costos del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos de los árbitros, así como los cargos administrativos del CIADI y los gastos directos, por partes iguales. Asimismo, cada una de las Partes sufragará sus propios costos—es decir, los honorarios legales y los honorarios de los peritos—y los gastos relacionados con el procedimiento. Al no existir un intercambio monetario, no es necesario que se adopte una decisión sobre la cuestión relativa a los intereses.

358. Los costos del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal, los cargos administrativos del CIADI y los gastos directos, ascienden a la suma de (en USD):

Honorarios y gastos de los Árbitros	
Bernardo Cremades	534.165,28
Claus von Wobeser	252.788,36
Daniel M. Price	127.250,00
Cargos administrativos del CIADI	220.000,00
Gastos directos	159.796,05
Total	<u>1.293.999,69</u>

359. Los costos detallados *supra* se han pagado con los anticipos realizados por las Partes en partes iguales³⁰⁶. En consecuencia, la porción de los costos del arbitraje que corresponde a cada Parte asciende a USD 646.999,84.
360. En síntesis, las Partes compartirán por partes iguales los costos y gastos administrativos del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros. Además, cada una de las Partes sufragará sus propios costos y gastos en relación con este arbitraje.

IX. LAUDO

361. En virtud de lo que antecede, el Tribunal resuelve por unanimidad lo siguiente:

- (1) RECHAZA las excepciones jurisdiccionales de la Demandada y DECLARA que el Tribunal es competente para dirimir las reclamaciones de las Demandantes fundamentadas en el incumplimiento de los Artículos 4(1) y 4(2) del Tratado.
- (2) DECLARA que la falta de resolución por parte de la Demandada de la cuestión relativa al Canal de Acceso constituye una conducta arbitraria y

³⁰⁶ El saldo remanente será reintegrado a las Partes en proporción a los pagos anticipados que hicieron al CIADI.

discriminatoria en violación del estándar de tratamiento justo y equitativo en virtud del Artículo 4(2) del Tratado.

- (3) ORDENA a la Demandada indemnizar a las Demandantes la suma de USD 9,4 millones, más intereses simples a una tasa de 5,6 %, devengados desde la fecha del presente Laudo hasta la fecha de pago.
- (4) DECLARA que el pago de la suma otorgada a las Demandantes con arreglo al párrafo (3) *supra* debe ser neto de impuestos colombianos, y ORDENA a la Demandada mantener indemne a las Demandantes en lo que respecta a cualquier impuesto colombiano en incumplimiento de dicho principio.
- (5) DECLARA que las Partes deben compartir por partes iguales los costos y gastos administrativos del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros. Además, cada una de las Partes sufragará sus propios costos y gastos en relación con el procedimiento.
- (6) RECHAZA el resto de las reclamaciones, excepciones y defensas.



Sr. Daniel M. Price
Árbitro

Fecha: 19 de abril de 2024

Sr. Claus Von Wobeser
Árbitro

Fecha:

Sr. Bernardo M. Cremades
Presidente del Tribunal

Fecha:



Sr. Daniel M. Price
Árbitro

Fecha:

Sr. Claus Von Wobeser
Árbitro

Fecha: 19 de abril de 2024

Sr. Bernardo M. Cremades
Presidente del Tribunal

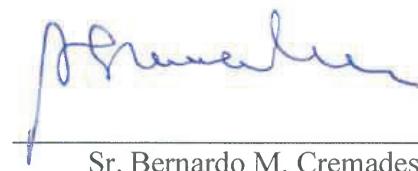
Fecha:

Sr. Daniel M. Price
Árbitro

Fecha:

Sr. Claus Von Wobeser
Árbitro

Fecha:



Sr. Bernardo M. Cremades
Presidente del Tribunal

Fecha: 19 de abril de 2024