

Caso CPA No. 2018-56

EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, FIRMADO EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2006 Y ENTRADO EN VIGOR EL 15 DE MAYO DE 2012

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, REVISADO EN 2013 (el “Reglamento CNUDMI”)

- entre -

- 1. ALBERTO CARRIZOSA GELZIS**
- 2. FELIPE CARRIZOSA GELZIS**
- 3. ENRIQUE CARRIZOSA GELZIS**

(los “Demandantes”)

- y -

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con los Demandantes, las “Partes”)

ORDEN PROCESAL NO. 2

Presentación de los Testigos y Peritos de los Demandantes en la Audiencia sobre Jurisdicción

Tribunal

Sr. John Beechey CBE (Árbitro Presidente)
Prof. Franco Ferrari
Sr. Christer Söderlund

Asistente del Tribunal

Sr. Niccolò Landi

Registro

Corte Permanente de Arbitraje

6 de abril de 2020

I. Antecedentes

1. El 20 de marzo de 2020, los Demandantes presentaron su notificación de testigos y peritos para su interrogatorio en la Audiencia sobre Jurisdicción programada para la semana que comienza el 27 de julio de 2020 (la “**Audiencia**”), indicando, entre otras cuestiones, lo siguiente:

Los Demandantes desean interrogar respectivamente (incluyendo, de ser necesario, re-interrogatorio) y contrainterrogar a todos y cada uno de los testigos y peritos presentados en el procedimiento por las Partes y que hayan presentado una declaración de testigo y/o un informe pericial u opinión legal en el presente procedimiento. (traducción del Tribunal)
2. El mismo día, la Demandada: (i) instó a los Demandantes a que presentaran en la Audiencia a la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia para su interrogatorio; y (ii) solicitaron “que el Tribunal rechace el intento de los Demandantes de llamar a sus propios testigos y peritos para su interrogatorio en la audiencia” (traducción del Tribunal).
3. Mediante correo electrónico de la misma fecha, los Demandantes solicitaron autorización para: (i) llamar a comparecer en la Audiencia a los testigos y peritos referidos en su comunicación anterior del mismo día; y (ii) “abundar en las razones para permitir la presencia de sus peritos y testigos” (traducción del Tribunal).
4. El 24 de marzo de 2020, con la venia del Tribunal, los Demandantes presentaron su Escrito suplementario en apoyo de su solicitud de presentación de los testigos y peritos de los Demandantes en la Audiencia (el “**Escrito Suplementario de los Demandantes**”).
5. El 30 de marzo de 2020, con la venia del Tribunal, la Demandada presentó su Respuesta al escrito de los Demandantes sobre el interrogatorio de los testigos y peritos de los Demandantes (la “**Respuesta de la Demandada**”).

II. La solicitud de los Demandantes para presentar a sus testigos y peritos en la Audiencia

6. Los Demandantes han solicitado autorización para interrogar “a cada testigo y perito presentado en el procedimiento por las Partes”¹. Estos incluyen a:
 - (i) Los propios Demandantes, los Sres. Alberto, Felipe y Enrique Carrizosa Gelzis, y su madre, la Sra. Astrida Benita Carrizosa; el Prof. Loukas Mistelis, el Sr. Olin Wethington, el Prof. Jack J. Coe, la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, el Dr. Luis Fernando López Roca, el Dr. Antonio L. Argiz y el Dr. Alfonso Vargas Rincón, todos ellos presentados por los Demandantes; y
 - (ii) El Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar, contratado como perito por la Demandada.
7. Los Demandantes advierten que la Demandada solo ha presentado testimonio en respuesta al testimonio de los Dres. López Roca y Briceño y ha elegido contrainterrogar sólo a la Dra. Briceño². Según los Demandantes, al hacer esto, la Demandada ha “fracturado el testimonio y las cuestiones ante el Tribunal, resaltando la necesidad de abordar los muchos planteamientos que la Demandada simplemente ha ignorado”³.

¹ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 6, 60-61 (traducción del Tribunal).

² Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 3, 8.

³ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 4, 11-12 (traducción del Tribunal).

8. Primero, los Demandantes sostienen que el testimonio de los Demandantes y su madre es central para la cuestión de si la nacionalidad estadounidense de los Demandantes es “dominante y efectiva”, un asunto que está sustentado en un test cualitativo que incluye una lista no exhaustiva de factores tales como “cómo” y “por qué” se obtuvo el estatus de doble nacionalidad, la residencia, los vínculos financieros y otras consideraciones culturales y de otro tipo⁴. A juicio de los Demandantes, el Tribunal no podría conocer y evaluar las respuestas de los testigos y peritos a los alegatos fácticos realizados por la Demandada o solicitar aclaraciones relativas a su testimonio sobre cada uno de los factores anteriores sobre la sola base del expediente escrito⁵.
9. Segundo, los Demandantes caracterizan la prueba del Sr. Wethington y de los Profs. Mistelis y Coe como relevante para “la identificación del verdadero ámbito de aplicación y objetivos del APC EE.UU.-Colombia, incluyendo, *inter alia*, las protecciones jurisdiccionales y protecciones sustantivas disponibles para los inversores en el sector financiero”⁶. Observan que el testimonio del Sr. Wethington concierne su servicio como negociador jefe del TLCAN/NAFTA (del cual, según los Demandantes, extrae su estructura, enfoque y lenguaje del APC EE.UU.-Colombia)⁷, mientras que los Profs. Mistelis y Coe han presentado testimonio, respectivamente, sobre la práctica en tratados relativa al ámbito de aplicación de las cláusulas NMF⁸ y la “insuficiencia de un análisis de ‘significado textual’ de las disposiciones del APC relevantes para el ámbito y cobertura del Capítulo 12”⁹. Los Demandantes dicen que la Demandada ha elegido responder a todo este testimonio con alegatos de sus abogados y nada más¹⁰. Consideran que eso es insuficiente, porque: (i) el objeto, contexto y propósito de un tratado, como criterios hermenéuticos, son fácticos por naturaleza¹¹; e (ii) ignora el testimonio sobre práctica, redacción y estructura de tratados¹².
10. Tercero, los Demandantes buscan respaldarse en las opiniones de cuatro peritos¹³, cuyo testimonio, afirman, aborda la cuestión de si hay una muestra *prima facie* de incumplimiento por parte de la Demandada¹⁴. El Prof. Coe trata “los principios y estándares legales que rigen las interacciones de inversores extranjeros con los sistemas judiciales nacionales” y su aplicación en el presente caso. Los Demandantes sugieren que debería concedérsele una oportunidad para abordar los argumentos expuestos por los abogados con posterioridad a la presentación de su informe pericial¹⁵. El Prof. López Roca examina los procedimientos judiciales centrales del caso y las acciones gubernamentales que dieron lugar a los mismos, que son asuntos que serán discutidos por el perito de la Demandada, el Dr. Ibáñez, en la Audiencia¹⁶. El Dr. Vargas Rincón, un antiguo miembro del

⁴ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 15-16 (traducción del Tribunal).

⁵ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 18-19.

⁶ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 22-23 (traducción del Tribunal).

⁷ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 25-26.

⁸ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 28-29.

⁹ Escrito Suplementario de los Demandantes, párr. 30 (traducción del Tribunal).

¹⁰ Escrito Suplementario de los Demandantes, párr. 32.

¹¹ Escrito Suplementario de los Demandantes, párr. 33.

¹² Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 34-35.

¹³ Incluyendo a la Dra. Briceño, quien ha sido llamada a testificar por la Demandada y no está por tanto incluida en la Solicitud de los Demandantes.

¹⁴ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 37-53.

¹⁵ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 40-42 (traducción del Tribunal).

¹⁶ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 45-49.

Consejo de Estado colombiano, ha presentado testimonio relativo al Consejo, el ámbito de su jurisdicción y sus acciones en conexión con este caso¹⁷.

11. Finalmente, los Demandantes han presentado un informe pericial de daños del Dr. Argiz “para cumplir con los requisitos jurisdiccionales básicos con relación a daños,” estando dicho perito en posición de ofrecer aclaraciones al Tribunal en la Audiencia si ello fuera requerido¹⁸.

III. La posición de la Demandada

12. La Demandada alega que los Demandantes han sido incapaces de proporcionar una justificación válida para la presencia de sus propios testigos y peritos (aparte de la Dra. Briceño) para testificar en la Audiencia¹⁹ y a quienes, en cualquier caso, no tienen un derecho inherente a interrogar²⁰.
13. Primero, la Demandada se remite a las secciones 7.4 y 7.5 de la Orden Procesal No. 1, las cuales disponen que:

7.4 Antes de cualquier audiencia y dentro del plazo establecido en el calendario procesal, el Tribunal o una de las Partes podrán requerir a la otra Parte que presente en la audiencia para su interrogatorio y contra-interrogatorio a cualquier testigo o perito cuya declaración hubiera sido presentada junto con los alegatos escritos. En caso de que una Parte desee presentar a cualquiera de sus testigos o peritos para su interrogatorio en la audiencia sin que este haya sido llamado por el Tribunal o la otra Parte, deberá solicitar la autorización del Tribunal.

7.5 Cada Parte será responsable de convocar a cada testigo a comparecer a la audiencia que corresponda, salvo que la otra Parte haya renunciado a interrogar a dicho testigo y que el Tribunal no haya ordenado su comparecencia, en cuyo caso el testigo pertinente no comparecerá a la audiencia como testigo.

14. La Demandada interpreta las disposiciones anteriores como un manifiesto de que: (i) la regla en el presente procedimiento es que un testigo o perito sólo comparecerá en la audiencia como testigo si es llamado por el Tribunal o la otra Parte; y (ii) una Parte puede solicitar una excepción a esta regla por defecto²¹. Por tanto, la imposición de la sección 7.5 no violaría ninguno de los derechos al debido proceso de los Demandantes²². La Demandada estima también que los Demandantes no habían tenido en cuenta las disposiciones anteriores cuando presentaron su comunicación inicial del 20 de marzo de 2020, y que solo “remodelaron” posteriormente su notificación como una solicitud en su Escrito Suplementario²³.
15. A juicio de la Demandada, los Demandantes están intentando crear una tercera oportunidad para presentar testimonio tras la presentación de su Memorial y Réplica sobre Jurisdicción²⁴, así como para tratar el fondo de sus pretensiones durante una audiencia jurisdiccional²⁵. En este sentido, la Demandada advierte que no ha presentado ninguna objeción al efecto de que los Demandantes no hayan interpuesto una pretensión *prima facie* bajo el Tratado. Dicha concesión hace que el

¹⁷ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 50-53.

¹⁸ Escrito Suplementario de los Demandantes, párrs. 54-55 (traducción del Tribunal).

¹⁹ Respuesta de la Demandada, párr. 1.

²⁰ Respuesta de la Demandada, párr. 3.

²¹ Respuesta de la Demandada, párr. 7.

²² Respuesta de la Demandada, párr. 8.

²³ Respuesta de la Demandada, párr. 3 (traducción del Tribunal).

²⁴ Respuesta de la Demandada, párrs. 10-11, 15.

²⁵ Respuesta de la Demandada, párr. 12.

testimonio sobre el fondo del Prof. Coe, el Dr. López Roca, el Dr. Vargas Rincón y el Dr. Argiz sea innecesario en esta etapa del procedimiento²⁶.

16. Finalmente, la Demandada rechaza la afirmación de los Demandantes de que pretende restringir la consideración por el Tribunal de cuestiones relativas a tratados a un enfoque “sin prueba, sin testigos, y posiblemente de lectura única”. Señala los “amplios medios de prueba y autoridades legales” presentados en apoyo de su interpretación del APC EE.UU.-Colombia²⁷.

IV. Análisis

17. El Tribunal se remite primero a la alegación de la Demandada de que la comunicación inicial de los Demandantes del 20 de marzo de 2020 no constituyó una solicitud de autorización para llamar a sus propios testigos y peritos de conformidad con la sección 7.4 de la Orden Procesal No. 1. Dicha disposición exige que una Parte que desee presentar en la audiencia a cualquiera de sus testigos o peritos que ni el Tribunal ni la otra Parte haya llamado solicite la autorización del Tribunal. El Tribunal observa que la segunda comunicación de los Demandantes del 20 de marzo de 2020 constituyó una clara solicitud de autorización, incluso si la primera no lo hubiera sido, y difícilmente podría decirse que la Demandada sufriría algún perjuicio si el Tribunal fuera a considerar dicha solicitud.
18. Por tanto, la cuestión a decidir por el Tribunal es si, habiéndose solicitado autorización válidamente y habiéndose presentado una objeción, debería concederse la autorización.
19. De entrada, el Tribunal advierte que las Partes están de acuerdo en que los Dres. Briceño e Ibáñez deberían ser interrogados en la Audiencia. La solicitud de autorización de los Demandantes para presentar a sus testigos y peritos en la Audiencia se limita por lo tanto a aquellos testigos y peritos a quienes la Demandada no ha llamado a testificar, es decir, los Sres. Alberto, Felipe y Enrique Carrizosa Gelzis, la Sra. Astrida Benita Carrizosa (testigos); y, como peritos, el Prof. Mistelis, el Sr. Wethington, el Prof. Coe, el Dr. López Roca, el Dr. Argiz y el Dr. Vargas Rincón.
20. La sección 7.4 de la Orden Procesal No. 1 es clara en cuanto a que una Parte puede decidir, a su discreción, si solicitar que la otra Parte presente a uno de sus testigos o peritos en la Audiencia. A su vez, los artículos 4.7 y 5.6 de las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de 2010 (las “**Reglas de la IBA**”) confirman que una decisión de no llamar a un testigo o perito no genera una presunción de conformidad con el contenido de la declaración o informe es correcto. Está claro, por tanto, que la Demandada está legitimada a negarse a llamar a los individuos antes mencionados para su interrogatorio y no tiene que aportar justificación alguna para hacerlo.
21. No obstante, el Tribunal no acepta la aserción de la Demandada de que “la regla del presente procedimiento es que un testigo o perito comparecerá en la audiencia como testigo únicamente si él o ella es llamado por el Tribunal o la Parte contraria”²⁸. Esta tesis ignora la disposición expresa contenida en la sección 7.4 de la Orden Procesal No. 1 que permite a una Parte solicitar autorización para presentar a sus propios testigos y peritos. Dicha disposición es coherente con el artículo 8.1 de las Reglas de la IBA, en cual dispone, en su parte relevante, lo siguiente:

²⁶ Respuesta de la Demandada, párr. 13.

²⁷ Respuesta de la Demandada, párrs. 14-15 (traducción del Tribunal).

²⁸ Respuesta de la Demandada, párr. 7.

Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte deberá informar al Tribunal Arbitral y a las otras Partes acerca de los testigos cuya comparecencia solicita. Cada testigo (término que incluye, a los efectos de este Artículo, a los testigos sobre los hechos y a cualquier perito), deberá, sujeto a lo dispuesto en el Artículo 8.2, prestar testimonio en la Audiencia Probatoria si su comparecencia fue requerida por cualquiera de las Partes o por el Tribunal Arbitral.

22. Ninguna de las disposiciones citadas sugiere que la comparecencia de un testigo o perito sea una cuestión que compete únicamente a la parte contraria a aquella que ha presentado el testimonio en cuestión. La sección 7.5 de la Orden Procesal No. 1 tampoco despliega el efecto de absolver a una parte de su obligación de convocar a un testigo o perito a comparecer a la audiencia simplemente porque la parte contraria haya renunciado a su derecho a interrogar; el testigo o perito debe comparecer si el Tribunal así lo ordena.
23. En cuanto a la regla que rige si ha de ordenarse la comparecencia de un testigo o perito, el Tribunal no puede aceptar la aseveración de la Demandada de que los Demandantes deben demostrar que concurren “circunstancias excepcionales o una necesidad imperiosa de que el Tribunal permita a los Demandantes llamar a comparecer a sus testigos y peritos”²⁹. El Tribunal recuerda que dispone de un amplio margen de discreción, en virtud del artículo 28.2 del Reglamento de la CNUDMI, para fijar el modo en que los testigos y peritos podrán ser interrogados, a la luz de todas las circunstancias pertinentes. Asimismo, en virtud del artículo 17.1 del Reglamento CNUDMI, el Tribunal, al ejercer su discreción, “dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios” y procurará “llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”.
24. Al determinar a cuáles de los testigos y peritos de los Demandantes debe permitirse comparecer ante el Tribunal, el Tribunal toma en consideración el acuerdo de las Partes de que la inminente audiencia se dedique exclusivamente a cuestiones jurisdiccionales³⁰. En consonancia con el acuerdo de las Partes, el Tribunal se inclina por limitar la comparecencia de testigos y peritos en la Audiencia a aquellos que hayan presentado testimonio por escrito que trate cuestiones jurisdiccionales clave. Cuando un testigo o perito haya presentado testimonio que trate cuestiones tangenciales a la jurisdicción del Tribunal, o que vayan más allá de la misma, el Tribunal considera que contrastar su testimonio en la Audiencia no sería en pro de la justicia y la eficiencia, y por ello su comparecencia debería ser rechazada.
25. Aplicando estas consideraciones al presente caso, el Tribunal constata en primer lugar que el testimonio de los Sres. Alberto, Felipe y Enrique Carrizosa Gelzis concierne, *inter alia*, su ciudadanía, educación, carrera y otra información de carácter biográfico, cuestiones todas ellas relevantes, con carácter *prima facie*, para la determinación de la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal. En consecuencia, el Tribunal considera que su comparecencia en la Audiencia estaría justificada, pero en el claro entendimiento de que su testimonio oral estará limitado a cuestiones relevantes para la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal. Las restantes cuestiones sobre las que los Demandantes han presentado testimonio por escrito, tales como las acciones de los órganos de la Demandada que dieron lugar a esta disputa, se encuentran vinculadas al fondo. Por ello, resulta preferible abordarlas sobre la base del expediente escrito por el momento.

²⁹ Comunicación de la Demandada del 20 de marzo de 2020, párr. 4.

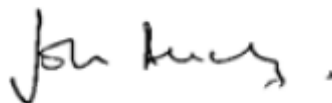
³⁰ Véanse Comunicaciones de las Partes del 8 de diciembre de 2018.

26. Asimismo, el Tribunal considera que el testimonio del Sr. Wethington y el Prof. Mistelis, relativo a cuestiones de interpretación de tratados, guarda relación con las cuestiones jurisdiccionales que serán consideradas en la Audiencia. En consecuencia, contrastar su testimonio en la Audiencia resulta justificable.
27. El Tribunal constata que la Demandada ha confirmado que no ha presentado una objeción relativa a si los Demandantes han presentado una muestra *prima facie* de incumplimiento³¹. Siendo este el caso, el Tribunal concluye que el testimonio de los Profs. Coe y Cohen, que es relativo a cuestiones vinculadas con el fondo, no necesita ser abordado en la Audiencia.
28. Sobre la base de que no constituye un medio de prueba relevante y sustancial para la resolución de las objeciones jurisdiccionales planteadas por la Demandada que el Tribunal debe abordar en la Audiencia, el Tribunal rechaza la solicitud de los Demandantes de autorización para llamar a la Sra. Astrida Benita Carrizosa, el Dr. López Roca, el Dr. Argiz y el Dr. Vargas Rincón a testificar en la Audiencia. El testimonio por escrito presentado por estos individuos no guarda relación suficiente con las objeciones jurisdiccionales de la Demandada para justificar que se les interroge en la Audiencia.

V. Decisión

29. Por las razones expuestas, el Tribunal concede autorización a los Demandantes a llamar a comparecer a:
 - (i) Los Sres. Alberto, Felipe y Enrique Carrizosa Gelzis, pero sobre cuestiones estrictamente relacionadas con la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal, de modo exclusivo;
 - (ii) El Sr. Olin Wethington; y
 - (iii) El Prof. Loukas Mistelis.
30. El Tribunal ordena y reitera que el testimonio de cualquier testigo o perito a quienes los Demandantes llamen a testificar en la Audiencia deberá limitarse estrictamente a las cuestiones jurisdiccionales a ser abordadas por el Tribunal.

Sede del Arbitraje: Londres, Reino Unido



Sr. John Beechey CBE
(Árbitro Presidente)

En nombre y representación del Tribunal

³¹ Respuesta de la Demandada, párr. 13; Respuesta sobre Jurisdicción, párrs. 155-157.