

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE

EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE BAJO EL
ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE LA
REPÚBLICA DE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS DE
AMÉRICA, FIRMADO EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2006
Y QUE ENTRÓ 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 de la CNUDMI")

ALBERTO CARRIZOSA GELZIS,
FELIPE CARRIZOSA GELZIS,
ENRIQUE CARRIZOSA GELZIS,
(Demandantes)

Contra
LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
Demandada

(Caso CPA N° 2018-56)

AUDIENCIA SOBRE JURISDICCIÓN

Viernes 18 diciembre de 2020

Videollamada Zoom

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sr. JOHN BEECHEY, Presidente
Prof. FRANCO FERRARI, Coárbitro
Sr. CHRISTER SÖDERLUND, Coárbitro

SECRETARÍA DE LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE:

Sr. JOSÉ LUIS ARAGÓN CARDIEL
Sr. MARKEL EGUILUZ PARTE
Sr. LUIS POPOLI

ASISTENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Sr. NICCOLÒ LANDI

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

ESTENOTIPISTAS:

Elizabeth Cicoria, TP-TC
Virgilio Dante Rinaldi, TP-TC
D-R Esteno
Colombres 566
Ciudad Autónoma de Buenos Aires,
República Argentina
(1218ABD)
info@dresteno.com.ar
www.dresteno.com.ar
(5411) 4957-0083

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

En representación de las demandantes:

Pedro J. Martínez-Fraga (Bryan Cave Leighton
Paisner)
C. Ryan Reetz (Bryan Cave Leighton Paisner)
Craig S. O'Dear (Bryan Cave Leighton Paisner)
Domenico Di Pietro (Bryan Cave Leighton
Paisner)
Satvaldiev Dilmurod (Bryan Cave Leighton
Paisner)
Rachel Chiu (Bryan Cave Leighton Paisner)
Chun Yu (Bryan Cave Leighton Paisner)
Alberto Carrizosa (Testigo)
Enrique Carrizosa (Testigo)
Felipe Carrizosa (Testigo)
Joaquín Moreno (RRM Legal)
Loukas Mistelis (Perito)
Olin Wethington (Perito)

www.dresteno.com.ar
5411-4957-0083

En representación de la demandada:

- Camilo Gómez Alzate (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)
- Ana María Ordóñez Puentes (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)
- Andrés Felipe Esteban Tovar (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)
- Giovanny Andrés Vega Barbosa (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)
- Elizabeth Prado López (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)
- María Angélica Velandia (Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado)
- Dina Maria Olmos Aponte (Fondo de Garantías de Instituciones Financieras)
- Juan Pablo Buitrago León (Superintendencia Financiera)
- Manuela Barrera Rego (Banco de la República)
- Paolo Di Rosa (Arnold & Porter Kaye Scholer LLP)
- Patricio Grané Labat (Arnold & Porter Kaye Scholer LLP)

- Katelyn Horne (Arnold & Porter Kaye Scholer LLP)
- Brian Vaca (Arnold & Porter Kaye Scholer LLP)
- Cristina Arizmendi (Arnold & Porter Kaye Scholer LLP)
- Kelby Ballena (Arnold & Porter Kaye Scholer LLP)

ÍNDICE

- Asuntos de procedimiento (Pág. 580)
- Alegato de clausura de las demandantes (Pág. 582)
- Alegato de clausura de la demandada (Pág. 678)
- Asuntos de procedimiento (Pág. 775)

1 (A la hora 15 GMT)

2 ASUNTOS DE PROCEDIMIENTO

3 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):

4 Damas y caballeros, buenos días y buenas tardes.

5 Esta es la audiencia donde escucharemos los

6 argumentos de cierre PCA Case N° 2018-56, Alberto

7 Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis,

8 Enrique Carrizosa Gelzis versus The Republic of

9 Colombia.

10 Antes de invitar a las partes a que comiencen

11 sus alegatos de clausura quisiera saber si las

12 partes tienen algo por decir.

13 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del

14 inglés): En lo que respecta a la demandante, nada

15 por decir.

16 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):

17 ¿Señor Di Rosa? ¿Señor Grané?

18 SEÑOR GRANÉ LABAT (Interpretado del inglés):

19 Buenos días, buenas tardes, señor presidente y

20 miembros del Tribunal. No tenemos ninguna

21 cuestión preliminar por mencionar en lo que hace

22 a la demandada.

1 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
2 Muy bien.

3 Nosotros tenemos una palabra, algo para
4 decirles. Espero que esto no sea controvertido. A
5 la luz de que ustedes tienen hasta dos horas cada
6 uno, nos gustaría dividir el día un tanto de
7 manera diferente. Ir hasta una hora, después
8 quince minutos de receso, comenzamos 3.15 hora de
9 Europa. Luego, seguimos hasta las cuatro menos
10 cinco, cuatro menos cuarto, y seguimos luego con
11 una pausa de media hora y luego, comienza la otra
12 parte. Bueno, eso es lo que proponemos. Si algo
13 no -- si necesitan algo diferente nos avisan. ¿De
14 acuerdo? Muy bien. Tenemos aquí la lista de
15 oradores, participantes activos según las partes
16 lo han denominado.

17 Señor Martínez-Fraga, ¿comenzará usted
18 entonces?

19 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
20 inglés): Sí, señor, yo daré el puntapié inicial.

21 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
22 Muy bien, en tal caso le doy a usted la palabra.

1 ALEGATO DE CLAUSURA DE LAS DEMANDANTES
2 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
3 inglés): Muchas gracias, señor presidente,
4 miembros del Tribunal, abogados y representantes
5 de la Republica de Colombia.

6 A pesar de la proliferación de escritos y
7 defensas en esta fase de jurisdicción nosotros
8 creemos, muy respetuosamente y con cierta
9 humildad intelectual, que las cuestiones por
10 abordar son un puñado de cuestiones. Opinamos que
11 quizás sea un tanto útil comenzar con una
12 introducción para abordar cada una de las
13 premisas jurisdiccionales e identificar desde la
14 parte -- desde el punto de vista de la
15 demandante, qué es lo que nosotros creemos, son
16 las cuestiones o las mejores cuestiones que
17 debemos abordar en esta fase de cierre del
18 arbitraje. Con suerte, esto será beneficioso para
19 todas las partes, en especial para el Tribunal.

20 Queremos comenzar con *ratione personae*. De
21 manera central a toda determinación, por
22 supuesto, se encuentra la conclusión según el

1 alcance del artículo 10.22.1, es decir, hasta
2 dónde se aplica. Las demandantes sostienen -- y
3 queremos decir que el Tribunal decidirá las
4 cuestiones en divergencia en disputa de acuerdo
5 con las reglas del derecho internacional. Este
6 acuerdo le confiere al Tribunal una orientación
7 sobre cómo interpretar la nacionalidad
8 preponderante y efectiva, porque 10.22.1 hace
9 exactamente eso. El tema es simple; 10.22.1 crea
10 una directiva al hacer -- al enviar a este
11 Tribunal a consultar el derecho público
12 internacional que aborda la formación,
13 transformación y la aplicación del criterio de
14 nacionalidad efectiva y preponderante. Entonces,
15 la discreción del Tribunal para aplicar una
16 prueba abreviada como lo sugiere la demandada
17 está limitada en gran manera.

18 En segundo lugar, el criterio de nacionalidad
19 efectiva y preponderante de manera es inaplicable
20 en este caso dado que el lugar de residencia de
21 la demandante es el Estado anfitrión, como
22 sugerimos. La residencia principal de la

1 demandante que busca el reconocimiento de la
2 nacionalidad efectiva y preponderante le evita
3 obtener esta nacionalidad -- el trato de
4 nacionalidad preponderante y efectiva, mientras
5 que aquí son los residentes del Estado anfitrión.
6 Es un hecho que, según ningún análisis, de
7 ninguna manera alguien puede reclamar una nación
8 efectiva y dominante o preponderante más allá del
9 lugar de residencia. Por supuesto que el Tribunal
10 necesitará tomar una decisión, porque como
11 veremos muy brevemente, eso es lo que sugiere la
12 demandada.

13 El Tribunal está orientado aquí, cito: "Por
14 reglas aplicables del derecho internacional", y
15 sobre qué elementos se debe -- qué elementos se
16 debe considerar para determinar la nacionalidad
17 preponderante y efectiva. Y de igual manera guía
18 al Tribunal a las reglas aplicables del derecho
19 internacional y cómo aplicar estos factores.
20 Estos temas, en nuestra opinión, son sumamente
21 pertinentes. Por supuesto, la mayoría en
22 Ballantine contra la República Dominicana incluso

1 es convincente muchos menos autoridad vinculante.
2 ¿Es la opinión separada de disenso -- de
3 discrepancia, una herramienta analítica
4 fundamentada que es mejor y que debe guiar a este
5 Tribunal?

6 Ahora bien, consideremos las cuestiones para
7 *ratione voluntatis*. Una consideración de una vía
8 sobre *ratione voluntatis* es simple, y hay alguna
9 diferencia que tiene que ver con el
10 consentimiento de los Estados parte a brindar a
11 los inversionistas de Servicios financieros según
12 el capítulo 12, derecho para arbitrar, según
13 10.7, diferencias entre Estados e inversionistas,
14 lo cual se importa de 10 a 12 del APC y de 12.1.2
15 (a) (b). ¿Es esta una cuestión en disputa?
16 Nosotros sostenemos que no lo es. El Tribunal
17 tendrá que considerar si esta cuestión solo tiene
18 que ver con el alcance.

19 En segundo lugar, ¿el artículo 10.7 incorpora
20 en el capítulo 12 el artículo 10.5, la norma de
21 trato mínimo sobre la base del significado
22 corriente del artículo 10.7. (d)? ¿Y el trato

1 justo y equitativo está incluido en el artículo
2 12, Servicios Financieros, como un derecho
3 existente que se les ofrece a los inversionistas
4 de servicios financieros más allá del -- a través
5 del artículo 10.7? Por ejemplo, debiera el
6 Tribunal considerar el texto contenido en el
7 artículo 12.4; acceso a mercado para
8 instituciones financieras, 12.5; comercio
9 transfronterizo, 12.10.4; excepciones y 12.11;
10 transparencia y administración de ciertas
11 medidas. Como capítulos que les brindan a los
12 inversionistas de Servicios Financieros derechos
13 sustantivos para el trato justo y equitativo. Las
14 cuatro disposiciones establecen que las partes
15 contratantes dieron su consentimiento a ofrecer a
16 los inversionistas de Servicios financieros
17 derechos a trato justo y equitativo. El artículo
18 12.1.2 (b) limita la ejecutabilidad de las
19 disposiciones sustantivas del capítulo 12 de
20 acuerdo con los derechos de solución de
21 controversias entre Estados inversionistas. Solo
22 en relación con los artículos 10.7 y 10.8 debiera

1 el Tribunal interpretar los derechos sustantivos
2 dispuestos en el capítulo 12 para los
3 inversionistas en ese capítulo como algo que no
4 es ejecutable de acuerdo con estas diferencias --
5 solución de diferencias entre inversionistas y
6 Estados. ¿Es el capítulo 12 del APC algo que debe
7 interpretarse a partir de la fecha en que se
8 firmó? El 22 de noviembre de 2012 es la fecha en
9 la cual entró en vigor, por supuesto, 15 de mayo
10 de 2012, y la fecha en la cual el TLCAN entró en
11 vigor, el 1° de enero de 1994. Es decir, ¿son
12 estas fechas pertinentes para la interpretación?
13 Ahora bien, los Estados Unidos ha presentado un
14 documento como parte no contendiente que, en gran
15 medida, no entra en conflicto con la postura de
16 la demandada según diferentes cuestiones legales
17 que tienen que ver con la interpretación del APC.
18 Colombia afirma que la superposición en estas
19 cuestiones jurídicas constituye un acuerdo sobre
20 la parte de los Estados firmantes al APC que deja
21 de lado cómo las partes tendrían la intención de
22 interpretar este tratado a partir de la fecha de

1 entrada de vigor de la plantilla del TLCAN y la
2 firma del APC y la entrada en vigor APC.

3 Existe un acuerdo de esta manera en este caso
4 y puede el Tribunal preservar el debido proceso
5 de manera simultánea, también decidir este tema
6 para determinar el en la cual el capítulo 12 y
7 los inversionistas del mismo recibieron derechos
8 ejecutables para la solución de controversias con
9 los Estados más allá de lo que tiene que ver con
10 10. 7. Debiera el Tribunal considerar el
11 testimonio de la declaración pericial y del
12 negociador principal de los Estados Unidos. Es
13 decir, debiera el Tribunal considerar pruebas
14 contemporáneas con la entrada en vigor del TLCAN,
15 como, por ejemplo, las audiencias ante el
16 Congreso y también sobre el capítulo 14 del TLCAN
17 ante el Comité de Diputados sobre finanzas
18 bancarias y también el informe del Comité de
19 Spaak, que tiene que ver con el informe de
20 política y servicios. Los artículos 12.18.2
21 cuando se interpretan junto con el artículo
22 12.1.2 (b) establecen, o de alguna otra manera

sugieren, que si no fuese por los artículos 10.7 y 10.8 todas las disposiciones sustantivas contenidas en el capítulo 12 se remiten al arbitraje entre Estados. Por supuesto, esto es una pregunta esencial que vamos a analizar en detalle.

El artículo 12.19, diferencias de inversión en servicios financieros, y 12.19, diferencias de inversión en servicios financieros cuando se interpreta junto con el artículo 12.1.2 (b) sugiere o establece que, además de los artículos 10.7 y 10.8, el capítulo 12 tiene criterios de protección para el tratamiento que son ejecutables de acuerdo con los derechos de procedimiento para la solución de diferencias entre Estados e inversores.

Yo creo que este es un tema muy importante y sumamente fácil de obviar, tanto en el análisis del TBI como de las protecciones comerciales en el marco de los tratados, pero yo diría que se trata de una cuestión sumamente importante desde el punto de vista de la demandante para esta

determinación y hay diferentes puntos en este caso.

PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés): Señor Martínez-Fraga: no vemos ninguna diapositiva.

SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del inglés): ...

PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés): Pero si usted nos quiere mostrar algo, lo tenemos que poner en pantalla.

SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del inglés): Muy bien. Quiero que el Tribunal considere lo siguiente, y es una pregunta simple: ¿cuál es el derecho que se aplica a un reclamo que se presenta, según 12.2.1 (b), ¿cuál es el derecho que se aplica? El artículo 10.4, nota al pie 2, trato de nación más favorecida limita el alcance 12.3, nación más favorecida y la contraparte del capítulo 12, este es otro tema.

A ver si podemos ver la siguiente diapositiva. Veamos ahora el tema de *ratione voluntatis*. El análisis de *ratione temporis* es claro en lo que

hace a las cuestiones que estructuran las diferencias entre las partes. Por supuesto, el Tribunal necesita determinar dos preguntas básicas: en primer lugar, ¿surgió el reclamo mientras estaba en vigor el tratado? *Ratione temporis*. Esto, por supuesto, es el concepto de la temporalidad de la aplicación de los tratados. La demandante hizo referencia a una medida que es posterior a la entrada en vigor del APC lo cual daría lugar a un quebrantamiento de la APC; la segunda cuestión que tiene que ver con *ratione temporis* es si el reclamo se presentó oportunamente, por supuesto. Esta segunda cuestión descansa el grado en el cual el artículo 12.3 es lo suficientemente amplio en su alcance para aumentar el período de prescripción de tres años, un derecho existente de tres a cinco años para ofrecer a los inversionistas de servicios financieros según el APC entre Colombia y Estados Unidos el mismo período de prescripción de 5 años que Colombia le ofrece a los inversionistas suizos según el TBI entre Colombia y Suiza,

artículo 11.5. Y aquí tenemos una diapositiva.

Y el auto del 25 de junio de 2014 que le niega al Consejo de Estado y a los accionistas de Granahorrar la petición de anulación de la Corte Constitucional del 26 de mayo de 2011 en lo que hace a su sentencia y la restauración de la sentencia definitiva del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007, una medida de Estado que postdata la entrada en vigor del APC que podría dar lugar a un quebrantamiento del derecho internacional según este tratado. Es decir, ¿cuál es la fuerza o el peso que tiene la medida de Estado del 25 de junio de 2014? ¿Es realmente una medida estatal? ¿Son estas medidas, son estas páginas, 93 páginas, suficientes para poner punto final a la labor judicial? ¿Tiene esta orden efecto alguno posible, efecto, de hecho, de manera hipotética, en la sentencia del 1 de noviembre de 2007 del Consejo de Estado o la sentencia del 26 de mayo del 2011 de la Corte Constitucional? ¿Puede alegarse que esta medida de Estado constituye un quebrantamiento del

1 tratado? Y estas son las cuestiones importantes
2 que creo que surgen aquí.

3 Las demandantes le están pidiendo al Tribunal
4 que aplique el derecho internacional a una
5 diferencia nacional que es previa a la entrada en
6 vigencia del tratado del APC. Es decir, la
7 sentencia del 26 de mayo de 2011 de la Corte
8 Constitucional. Es este reclamo, ¿puede este
9 Tribunal considerar -considerar- diferencias
10 previas al tratado para llegar a una sentencia y
11 considerar una supuesta medida de Estado
12 posterior al tratado que dio lugar a un
13 quebrantamiento del tratado? Repito: ¿puede este
14 Tribunal considerar diferencias internas previas
15 al tratado para fundamentar su sentencia en una
16 supuesta medida que es posterior a la entrada en
17 vigor del tratado que se dice que quebranta el
18 tratado? Este es un tema esencial en nuestra
19 opinión y creemos que esto está abordado de
20 manera uniforme sin desviación alguna, pero es un
21 tema de paso de vía esencial.

22 ¿Hay un criterio doble que establezca que una

1 supuesta medida del Estado que quebranta el
2 tratado en primer lugar debe dar lugar a un
3 cambio fundamental de la situación y, en segundo
4 lugar, en sí misma ser ejecutable, accionable de
5 manera independiente? Este es el criterio que la
6 demandada cita en el caso Spence contra Costa
7 Rica y en los otros tres casos, pero nosotros
8 decimos que no existe en este caso. Pero incluso
9 si hay -- nosotros creemos que se cumpliría esta
10 meta, pero de hecho este término, "status quo",
11 no aparece en todo el caso de Spence.

12 En tal caso, si este criterio -- este
13 criterio está reflejado en el texto del APC con
14 Colombia. Esto es importante porque una de las
15 cuestiones que con mucha frecuencia vemos es
16 cuando perdemos de vista el hecho que primero
17 estamos vinculados por el texto del tratado y que
18 la jurisprudencia no puede ofrecer este texto
19 adicional. No podemos tomar esta jurisprudencia e
20 importarla en el tratado.

21 Por supuesto, tenemos también un tema que se
22 analiza en el texto del tratado. ¿Cuál es el

1 significado de la palabra disputa controversia?
2 Que según el artículo 11.5 del TBI entre Colombia
3 y Suiza. Nosotros creemos que este es un tema
4 sumamente importante: cuál es la definición de
5 disputa o controversia en el artículo 11.5 del
6 TBI entre Colombia y Suiza. Este es un tema que
7 nos abre la puerta a la consideración, así como
8 las otras cuestiones que fueron identificadas:
9 ¿Cuál es? Por ejemplo, el derecho que se aplica a
10 un procedimiento según el artículo 12.1.2, según
11 10.7. Entonces, ¿cuál es el significado de
12 controversia según el artículo 11.5 del TBI entre
13 Colombia y Suiza?

14 Entonces, veamos *ratione materiae*. La
15 inversión de las demandantes en las acciones de
16 Granahorrar junto con los derechos que de ella se
17 emanan tienen la capacidad, la facultad de
18 recibir protección según el APC a pesar de la
19 transformación de esa inversión de la demandada
20 en diferentes formas debido a la acción del
21 Estado.

22 Permítame repetir: la inversión de las

1 demandantes en las acciones de Granahorrar junto
2 con los derechos que emanan de esa inversión, una
3 parte que tiene derechos a protección según el
4 APC a pesar de la transformación de la demandada
5 de esa inversión en diferentes formas debido a la
6 acción de Estado.

7 ¿Hay algún fundamento para denegar la
8 protección a las demandantes según el APC debido
9 a un supuesto incumplimiento de la normativa de
10 registro de la inversión extranjera de Colombia?
11 Esto es algo que mencionó la demandada y, una vez
12 más, hago hincapié, con gran rigor.

13 *Ratione personae*. Y ahora vamos a comenzar
14 con el análisis post introducción. La última vez
15 que hablamos sobre este tema las demandantes
16 mencionaron que entre los entendidos prácticos y
17 teóricos de las demandantes y la de la demandada
18 del derecho que se aplica de manera más
19 preponderante, había muchas diferencias con
20 respecto a *ratione personae*. Hay 27 diferencias
21 fundacionales respecto de las cuales este
22 Tribunal tendrá que expedir una sentencia. Eso es

1 lo que nosotros decimos, es decir, estamos aquí
2 totalmente opuestos en nuestras opiniones. El
3 texto, el criterio de acuerdo con el tratado que
4 rige el derecho consuetudinario internacional,
5 tiene dos partes: el qué y el cómo. El cómo tiene
6 que ver con la metodología para aplicar el
7 derecho, los factores sustantivos, 10.22.1. Aquí
8 las demandantes, por supuesto, opinan que dado
9 que el artículo 10.22.1 el derecho que rige se
10 aplica y que ese artículo en parte dispone que el
11 Tribunal debe interpretar el tratado de acuerdo
12 con sus reglas del derecho internacional, las
13 leyes aplicables obligatorias del derecho
14 internacional le ofrecen al Tribunal grandes, una
15 gran orientación para hacerlo.

16 Es decir, la orientación está determinada por
17 el derecho público internacional. Entonces, la --
18 en este caso estamos hablando de algo crítico y
19 nosotros sí creemos que hay una pauta para
20 incluir, para estudiar la nacionalidad
21 preponderante y aplicable y además también esto
22 hace referencia a 10.22.1 y también las reglas

1 aplicables del derecho internacional e incorpora
2 el término "nacionalidad efectiva y
3 preponderante" y lo vemos aquí en el artículo
4 12.20, Definiciones del APC y el artículo 28. Los
5 estados signatarios además subrayan de manera muy
6 interesante. Y esto -- y también la aplicación
7 del derecho consuetudinario internacional se
8 aplica a cuestiones en disputa según el APC. No
9 es solo del derecho que rige, sino también las
10 disposiciones sobre definición que incorporan
11 nacionalidad preponderante y efectiva. Y tenemos
12 aquí esta disposición del tratado que también
13 mostramos durante nuestra apertura.

14 Ahora bien, la demandada parece estar
15 diciendo las cosas correctas, sí, en lo que hace
16 en a la naturaleza obligatoria de las reglas del
17 derecho internacional. Pero la demandada se
18 aparta de aplicar estas reglas y opina que la
19 referencia a estas reglas no constituye -y aquí
20 cito-: "orientación sobre cómo interpretar la
21 doctrina de la nacionalidad preponderante y
22 efectiva".

1 Como ustedes ven, ante ustedes tienen parte
2 de una declaración, de una afirmación al efecto y
3 aquí expresamos la confusión. Vemos la confusión
4 de la demandada donde ellos decían que las
5 demandantes habían entendido que Colombia estaba
6 aquí en desacuerdo con estas proposiciones
7 elementales y nuestro sentido es que las
8 demandantes han estado así presentando más de lo
9 que necesitaban de *ratione personae*, cuestiones
10 de *ratione personae* porque estamos de acuerdo en
11 más puntos de los que ellos tratan de probar.

12 Por supuesto, a continuación, tenemos las
13 diferencias básicas. En primer lugar, al utilizar
14 la palabra "deberá decidir cuestiones de acuerdo
15 con las reglas aplicables del derecho
16 internacional". Las demandantes consideran que el
17 Tribunal debe sopesar por igual todos los
18 factores.

19 Permítanme hacer una pausa aquí.

20 No hay doctrina que indique que un factor es
21 más importante que otro. No hay doctrina que
22 establezca una metodología para la aplicación de

1 este criterio y que establezca una jerarquía
2 entre los diferentes elementos a considerar. Esto
3 es importante.

4 Pero la demandada, por supuesto, lo ve desde
5 otro punto de vista, no solo no se expide la
6 demandada sobre este punto, sino que parece estar
7 hablando con cierto grado de confusión sobre el
8 principio muy relacionado de consideración de la
9 residencia habitual, el lugar de residencia
10 habitual.

11 Vamos a ver ahora la página 17 de la
12 presentación. Ven ahora ustedes ahora en pantalla
13 que el abogado de la demandada comparte su
14 opinión y aquí cito: "En relación con el lugar de
15 residencia permanente y habitual". Es un factor
16 que se mencionó y luego siempre se mencionó como
17 el factor primario, ¿verdad? Todo el mundo dice:
18 "Bueno, la residencia habitual no es el único
19 factor". Todos estamos de acuerdo. Pero sí es un
20 factor esencial en el que todos se concentran
21 primero. Este es el final de la primera cita.
22 Ahora pasamos a otro.

Una vez más, nosotros decimos que no hay autoridad para la proposición de que es un factor crítico o primario. Pero más adelante, durante el curso de la misma presentación, la demandada nos dice que se considera como algo no solo importante, es decir, un lugar primario de residencia, sino que nos dice que es exclusivo. O aquí cito "determinante". Pero, por supuesto, no hay autoridad para esta proposición tampoco.

En segundo lugar, tenemos aquí en pantalla lo que el derecho en realidad establece. Si ustedes se fijan el número 4, aquí dice: "Cada contacto fáctico debe ser, debe tener el mismo peso". Entonces, la demandada se equivoca al no mencionar este factor y tampoco está presentando de manera correcta el principio al decir que el lugar de residencia primario es el factor exclusivo y determinante. No lo es.

En tercer lugar, toda la vida de estos individuos se debe considerar para determinar la nacionalidad preponderante y efectiva a pesar de la importancia particular, por supuesto, que se

le debe dar a períodos específicos. Por ejemplo, cuando entró en vigor el tratado, cuando se presentó el procedimiento, cuando se aprobó el causal de acción. Estamos hablando del 25 de junio de 2014. Ustedes verán ante ustedes, lámina 21, una vez más una lámina que identifica este factor con citas. De manera destacada también la demandada no identifica que se debe considerar todo el período de vida.

En cuarto lugar, ustedes también ven aquí en pantalla que la ausencia de un abuso fraudulento de proceso o elección conveniente del tratado es importante. Y, una vez más, con una cita pertinente a la autoridad. Y la demandada ignoró este factor.

En quinto lugar, el análisis es cualitativo y no cuantitativo. Se nos dijo que esto lo inventamos, pero aquí tienen la lámina. Y cuando dijimos aquí que la cuestión tiene que ir más allá de un ejercicio contable minucioso, si alguien vive, por ejemplo, en Colombia, sí, va a la tienda en Colombia, y también maneja el

automóvil por las calles colombianas. Pero no es así en este caso. La demandada opina que no hay una diferencia de este tipo.

En sexto lugar, el contexto fáctico de hecho pertinente no se ha agotado, mucho menos limitado. Y hay también doctrina en torno a cada una de estas proposiciones. Entonces, 10.22.1 determina el derecho aplicable sobre estos puntos.

Una vez más hemos ofrecido citas. Una vez más la demandada no está de acuerdo e ignora simplemente o niega que los factores a tener en cuenta no son exhaustivos.

En lo que hace a los elementos de hecho del qué, las demandantes sostienen que el perfil de doble nacionalidad debe ser considerado desde una perspectiva de política de los tratados. Nosotros escribimos mucho inicialmente sobre esto, analizamos también cuestiones de ciudadanía premigratoria efectiva preponderante y también estatutos que captan, leyes y que norman que captan y vuelven a captar esto. Diferentes

factores que tuvimos en cuenta y toda una cuestión de política que subyace a la fundamentación de por qué existe este criterio y un objetivo que el Estado de los signatarios debe sí buscar la protección que se les confiere a dobles nacionales que tienen así una nacionalidad efectiva y preponderante que les permite la protección bajo los tratados y hay un motivo para ello, no es algo causal. Y, entonces, le pedimos al Tribunal que considere esto, que considere si estos son los individuos que fueron analizados y que fueron buscados por la implementación de estas políticas. Obviamente, también atención médica, la presentación impositiva. Estos son los factores que deben tenerse en cuenta. Ustedes pueden ver también estos factores enumerados como 8, 9 y 10 aquí en pantalla ante ustedes.

El testimonio ante el Tribunal es que las tres demandantes presentan sus impuestos en los Estados Unidos y por supuesto que también pagan impuestos en Colombia. Esto quedó muy en claro. Pero piensen, piensen, ¿cuánto los ayuda?

1 Verdaderamente alguien que tiene vínculos muy
2 estrechos con Estados Unidos y que no reside allí
3 permanentemente, voluntariamente optaría por la
4 carga y la obligación de pagar impuestos a cambio
5 de no perder su ciudadanía. Piénsenlo. Hay una
6 gran diferencia. ¿Cuántas personas dirían:
7 "Bueno, vivo en Colombia soy colombiano por qué
8 tengo que seguir manteniendo la ciudadanía
9 estadounidense si me obliga a pagar impuestos"?
10 Esto no tendría ningún sentido. "Y podemos ir
11 allí, de cualquier manera, así que para qué". Así
12 que esto tiene algún peso. Este factor tiene que
13 considerarse. Principalmente, debido a que es un
14 factor de larga data.

15 Bueno, es un factor que siempre existió. Hay
16 que -- siempre existió. Hay que ver todo el tema,
17 todo el entorno y nos da una base fáctica, según
18 la cual podemos inferir la legitimidad y el
19 carácter genuino de la situación.

20 Tienen ustedes aquí la declaración del señor
21 Carrizosa en la audiencia. Es la declaración
22 de Alberto Carrizosa durante el interrogatorio

1 directo en cuanto al tema de haberse inscripto
2 voluntariamente para prestar servicios en las
3 Fuerzas Armadas de Estados Unidos, en el servicio
4 selectivo.

5 En séptimo lugar, ¿esta doble nacionalidad
6 qué se considera a nivel subjetivo? Este es otro
7 factor que tiene que considerarse. Lo dijimos en
8 la apertura. Vemos que este factor aparece en
9 pantalla. El Tribunal recordará que se estableció
10 esto como cuestión de derecho, es decir, qué es
11 lo que piensa una persona en su carácter de
12 nacional con nacionalidad efectiva y dominante
13 como un elemento importante.

14 El Tribunal debe asignarle factor o no
15 asignarle factor a esta realidad y puede inferir
16 que estas son personas que mienten, personas que
17 no dicen las cosas como son, y la demandada omite
18 toda referencia a este factor y dice simplemente
19 que no existe.

20 En octavo lugar ¿cómo es que el doble
21 nacional se presenta ante el mundo? Este también
22 es un factor. Y hay mucho testimonio respecto de

1 esto, testimonio de importancia.

2 Y, por supuesto, Colombia indicó que cuando
3 ustedes se presentaron ante la CIDH ustedes se
4 presentaron como colombianos. Estados Unidos no
5 es signatario de esos tratados. Estados Unidos
6 tiene esa falta de membresía y Colombia tiene
7 ciertas reservas.

8 En noveno lugar, las demandantes declararon
9 que viajan con el pasaporte estadounidense y lo
10 han hecho durante toda su vida. Dicen que casi
11 nunca lo hacen por una cuestión de rapidez.

12 Y aquí tenemos el contrainterrogatorio del
13 señor Carrizosa respecto de este tema. Lo tenemos
14 en pantalla. Recordarán ustedes este
15 contrainterrogatorio. Tenemos la página 259 en
16 pantalla. El señor Enrique Carrizosa declaró
17 respecto de este tema, señor presidente y
18 miembros del Tribunal, y lo voy a leer. Dice lo
19 siguiente: "Digo que por lo menos hasta inicios
20 de este año, en general, era más fácil viajar
21 internacionalmente con un pasaporte
22 estadounidense que con uno colombiano, porque no

1 había tantos requisitos de visado, por ejemplo."
2 Y la pregunta del señor Di Rosa era esa y él le
3 pregunta si estaba él de acuerdo con ello. Y la
4 respuesta es: "Si entiendo su pregunta, decidí
5 trabajar -- decidí viajar con un pasaporte
6 estadounidense no solamente porque es fácil sino
7 porque es que así me identifico. Es algo que
8 tiene que ver con un país extranjero. Así me
9 identifico, me identifico como un estadounidense
10 que viaja en el extranjero. No es simplemente
11 porque sea fácil." Escucharon ustedes la
12 declaración y el Tribunal podrá evaluar la
13 credibilidad o la fiabilidad del testigo. Pero
14 esto tiene que ver con las protecciones del
15 Tratado y el Tribunal deberá decidir en ese
16 sentido.

17 En décimo lugar, ¿cómo es u por qué es que se
18 obtuvo la nacionalidad? La demandada también
19 ignora o socava este argumento, quizás ni
20 siquiera tampoco lo menciona. Y este factor está
21 aquí en pantalla con una cita de la doctrina y
22 jurisprudencia correspondiente. Tenemos aquí el

1 caso Diba contra la República de Irán. Dice: "La
2 sinceridad de la opción de la alianza nacional
3 que ellos reclaman debe efectuarse." Y la
4 demandada ignora este factor.

5 En el onceavo lugar, dónde tiene el mayor
6 patrimonio personal el doble nacional. Esto es de
7 importancia. El testimonio de la demandante está
8 más allá de todo reproche. Se cumple totalmente
9 la carga de la prueba en cuanto a la
10 jurisdicción. Así que, ninguno de los tres
11 testificó en el directo ni en el
12 contrainterrogatorio que la parte principal de
13 sus activos físicos está en otro lugar que no sea
14 Estados Unidos y que tienen todo esto en una
15 empresa de Delaware. Aquí tenemos la página
16 correspondiente del contrainterrogatorio.

17 Verán ustedes el contrainterrogatorio
18 respecto de este punto, la transcripción en la
19 página correspondiente, 275, y aquí tenemos el
20 contrainterrogatorio de Felipe Carrizosa en las
21 páginas 339 de la transcripción.

22 Y en doceavo lugar, las demandantes viven en

1 Colombia, no niegan vivir en Colombia y trabajar
2 en el negocio familiar en Colombia. Esto es
3 ciento por ciento cierto, por supuesto. Un
4 elemento esencial de este análisis tiene que ver
5 con factores que tienen que considerarse y que
6 deben considerarse incluso las razones planteadas
7 para vivir en Colombia. El lugar de residencia no
8 es un factor dispositivo. Se entiende que este
9 factor debe ser considerado como de igual
10 jerarquía que las que tienen las otras
11 proposiciones que son objeto de análisis. Y aquí
12 tenemos en pantalla la diapositiva
13 correspondiente.

14 Se habló de temas muy interesantes en el
15 interrogatorio de Alberto Carrizosa, se preguntó:
16 "¿En Bogotá usted vive en una casa o en un
17 departamento?". Respuesta: "En un departamento".
18 "¿Usted es propietario de ese apartamento?", se
19 le preguntó. Respuesta: "No".

20 Y número trece, están los vínculos culturales.
21 Se le preguntó a Felipe Carrizosa si vivía en una
22 casa o en un apartamento en Bogotá. Respondió que

1 vivía en un apartamento en Bogotá. Se le preguntó
2 si lo alquilaba o era prioritario del
3 apartamento. La respuesta es: "¿En el que vivo en
4 este momento? Bueno, es un apartamento que
5 pertenece a las empresas".

6 Número 13, los vínculos sociales, culturales,
7 tradiciones, vacaciones, estilo de vida. Todo
8 esto es parte de este factor. En pantalla verán
9 ustedes este factor con las citas
10 correspondientes a la jurisprudencia que ya hemos
11 citado que es pertinente también. En pantalla
12 aparece educación, lugar de residencia y vínculos
13 financieros. También el patrimonio, los activos,
14 también allí se ven las citas de la
15 jurisprudencia correspondiente.

16 La demandada trata de calificar esta cultura
17 y estos días festivos diciendo que si un festivo
18 como, por ejemplo, el día de brujas no se celebra
19 en Estados Unidos, sino que se celebra en
20 Colombia, entonces el carácter genuino de esta
21 proposición debe cuestionarse. Y se interrogó a
22 los testigos en este sentido. Aquí tenemos la

1 declaración de Enrique Carrizosa. Se le preguntó:
2 "¿Usted sabía que Colombia ha dicho que desde
3 2004 usted ha pasado la mayor parte de sus días
4 de Acción de Gracias y de sus días de Brujas en
5 Colombia? ¿Usted lo sabe?" La respuesta: "Sí, es
6 cierto, el Día de Brujas no es un festivo
7 nacional aquí ni en Estados Unidos. Viajar
8 internacionalmente para Halloween sería ridículo
9 y nos cansaría muchísimo. Entonces, la forma en
10 que celebramos esto aquí es muy estadounidense.
11 Hacemos truco o treta, vamos haciendo también una
12 casa embrujada. Ha sido algo contagioso
13 realmente. Incluso nuestros vecinos también han
14 agregado las tradiciones del día de Acción de
15 Brujas -- El Día de Brujas."

16 Los tres demandantes también han declarado de
17 forma amplia y notable respecto de este tema y el
18 Tribunal puede evaluar su fiabilidad. Aquí
19 tenemos el testimonio de Enrique Carrizosa.

20 Y número 14 la educación es un factor
21 revelador. Las tres demandantes principalmente
22 recibieron su educación en Estados Unidos. La

1 educación limitada que recibieron en Colombia fue
2 una escuela estadounidense que se llamaba Colegio
3 Nueva Granada también conocido anteriormente como
4 el Colegio Angloamericano. Es una escuela
5 americana en Colombia.

6 Número 15, por supuesto, la estructura
7 familiar es una consideración igualmente
8 elocuente que está totalmente vinculada con la
9 afinidad cultural, el idioma y la educación. En
10 el contrainterrogatorio supimos que aparte de las
11 proposiciones contenidas en las declaraciones
12 testimoniales respecto de esta categoría, que la
13 hija de Carrizosa, Felipe Carrizosa, fue admitida
14 a Boston University y él y Alberto dijeron que
15 sus hijos son ciudadanos estadounidenses y que
16 están siendo criados principalmente como
17 estadounidenses. Enrique y Felipe declararon en
18 este sentido.

19 Número 16, vínculos financieros, retiro y
20 planeamiento de la jubilación. También la
21 demandada no mencionó estas cuestiones. Estas son
22 categorías discernibles. Las tres demandantes han

1 indicado que han planificado su patrimonio para
2 retirarse en Estados Unidos.

3 El testimonio fue brindado respecto de las
4 medidas societarias que se tomaron para hacer una
5 transición del control de los negocios familiares
6 a un directorio profesional para darle a las
7 demandantes la flexibilidad de jubilarse y de
8 vivir en Estados Unidos y no en Colombia. Las
9 declaraciones no pueden impugnarse en forma
10 significativa.

11 Número 17, la participación en la vida
12 política y pública, la votación en elecciones,
13 también son estos elementos esenciales en la
14 matriz social de la persona.

15 Vemos en pantalla la información. Tenemos
16 aquí una diapositiva que identifica este factor
17 con la cita correspondiente a la doctrina y
18 jurisprudencia. Indico al Tribunal el
19 contrainterrogatorio de Enrique Carrizosa.

20 Tenemos aquí la página 242 de la
21 transcripción. Recordarán que este fue un
22 intercambio muy interesante con la asesoría

1 jurídica del abogado. Aquí se le indicó que
2 mirase al párrafo 40, y dice: "Estoy registrado
3 para votar en elecciones presidenciales en
4 Estados Unidos." Yo le pregunto: "¿Eso es
5 cierto?" La respuesta es: "Sí." Pregunta: "¿Usted
6 sabía que Colombia no había encontrado ningún
7 tipo de registro de votación de usted en
8 Florida?" Respuesta: "Sí, porque yo estoy
9 registrado para votar en Illinois. Yo viví en
10 Illinois antes de mudarme a Colombia."

11 Y aquí tenemos el contrainterrogatorio de
12 Felipe Carrizosa, página 330 de la transcripción.
13 Y esto me parece de utilidad. Pregunta: "¿Votó
14 usted en las presidenciales estadounidenses que
15 se celebraron el mes pasado?" Respuesta: "No, no
16 he votado en Estados Unidos. Principalmente
17 pienso que la democracia en Estados Unidos no se
18 encuentra en peligro. Creo que en Colombia ha
19 habido candidatos que implican algún tipo de
20 peligro. Por lo tanto, pensé que tenía que
21 participar en las elecciones colombianas,
22 pensando siempre en el negocio de la familia."

1 Con esto cierro la cita.

2 Como se explicó, en los párrafos 801 a 815 de
3 la réplica de la réplica de la demandante, el
4 análisis cualitativo de Micula contra Rumania es
5 instructivo. El Tribunal allí determinó que los
6 planes de retiro de las demandantes, los fondos
7 de pensión en un lugar voluntario, el lugar de
8 los activos personales y los vínculos familiares
9 a Suiza dejaban con menos importancia el lugar
10 físico de residencia que era el Estado anfitrión,
11 Rumania.

12 Aquí tenemos el criterio de la demandada. Dice
13 que el criterio es muy diferente. Es un criterio
14 que nosotros llamamos uno dividido por cuatro. La
15 demandada utiliza el lugar habitual y de
16 permanencia y de residencia y lo divide por
17 cuatro: ubicación de la residencia habitual,
18 centro de las vidas políticas, personales,
19 sociales y familiares, y también centro de la
20 vida económica y, cuatro, los temas que tienen
21 que ver con cómo se identifican con la
22 nacionalidad. Así que, entonces si una persona

1 vive en el Estado anfitrión, dice que este
2 criterio es carácter y consecuencia...

3 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
4 No lo escuchamos bien.

5 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
6 inglés): Discúlpeme. Sí, señor presidente.

7 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
8 Perdón, señor Martínez-Fraga se le fue el sonido
9 unos segundos. Usted dijo que -- habló de los
10 cuatro, de los cuatro puntos y después se congeló
11 un momento.

12 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
13 inglés): Quizás eso haya sido. Bueno, señor
14 presidente. El criterio no es un criterio que
15 pueda cumplirse.

16 Si la parte que alega o procura la
17 nacionalidad dominante y efectiva de otro Estado,
18 diferente del Estado anfitrión vive en el Estado
19 anfitrión, así que es un criterio que no puede
20 tener un elemento estructural. Tres de los cuatro
21 elementos son muy difíciles de cumplir.

22 Cuando una persona vive principalmente en el

1 Estado anfitrión. Pero ese no es el criterio, esa
2 no es la ley, esa no es la intención ni la
3 política que tiene que ver con la nacionalidad
4 efectiva y dominante y la doctrina
5 correspondiente. Este criterio abreviado prestado
6 por Colombia invita al Tribunal a hacer caso
7 omiso a la interpretación del tratado según el
8 10.22.1, derecho aplicable, en el marco del
9 derecho consuetudinario internacional. Y
10 simplemente lo invita a poner un enfoque
11 discrecional y ad hoc, y concentrarse solamente
12 en uno de los factores. Es decir, le solicita que
13 tenga este enfoque ad hoc de un único factor.
14 Esta proposición en realidad no es sostenible y
15 por supuesto es incorrecta.

16 En el caso Ballantine contra República
17 Dominicana el Laudo de la mayoría del Tribunal
18 ignora el 10.22.1 del DR-CAFTA. Tenemos una
19 disposición similar en el APC similar a este
20 artículo y es el 10.22.1. El voto separado es
21 bastante más cierto que el cómo y el qué del
22 criterio de nacionalidad efectivo y dominante

1 prescripto por el derecho consuetudinario
2 internacional. Y allí se observa en ese caso. "Un
3 examen holístico de la residencia habitual de la
4 señora Ballantine durante su vida, el centro de
5 sus intereses personales y profesionales, su vida
6 familiar y sus vínculos administrativos con
7 Estados Unidos indican que según el derecho
8 consuetudinario internacional la nacionalidad
9 dominante y efectiva de la señora Ballantine es
10 la estadounidense. Los vínculos económicos de la
11 señora Ballantine con la República Dominicana y
12 las estrechas razones de su ciudadanía dominicana
13 son solamente dos de los factores pertinentes que
14 deben considerarse en este análisis." Fin de
15 cita. Aquí tenemos el voto disidente parcial de
16 la señora Cheek en los párrafos 18 a 29 de la
17 decisión sobre jurisdicción.

18 Estos imperativos estrechos similares que
19 indican que las demandantes viven en Colombia
20 respaldan la nacionalidad efectiva y dominante de
21 las demandantes y esa es la nacionalidad
22 estadounidense.

1 Y pasemos ahora al tema de racione voluntatis,
2 señor presidente, miembros del Tribunal.

3 (Pausa.)

4 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
5 inglés): Parece que hay un problema de sonido.

6 Bien, pasamos entonces al tema de racione
7 voluntatis. Las demandantes cumplen con el
8 requisito de racione voluntatis en materia de
9 competencia.

10 No está controvertido que el artículo 12.1.2
11 (b) del APC le brinda a los inversores de
12 Servicios Financieros del capítulo 12 los
13 derechos procesales para presentar reclamos en el
14 sistema de arbitraje entre inversionistas y
15 Estados. Esto es muy importante también. Tampoco
16 está controvertido porque no puede controvertirse
17 que los inversores de Servicios Financieros del
18 capítulo 12 pueden presentar reclamaciones
19 directas en el sistema de arbitraje entre
20 inversionistas y Estados, sobre la base de varios
21 elementos. Por ejemplo, el 10.7 y el 10.8. Un
22 tema básico es el que queda. El texto del 12.1.2

(b) restringe o es más bien una exclusión, como se dijo ayer, que evita que los inversores de servicios financieros puedan ejecutar sus derechos procesales según el arbitraje inversionista-Estado importado del capítulo 10 al capítulo 12 en la Sección B del capítulo 10.

En pantalla tienen ustedes el capítulo 12, artículo 12.2, Trato Nacional.

(Pausa.)

SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del inglés): En pantalla tienen ustedes el capítulo 12.2 del trato nacional. No hemos hablado en este arbitraje respecto de esta cláusula de trato nacional. Pero debido a que el presidente Beechey hizo una pregunta ayer, creo que es importante plantear estas cuestiones y vamos a examinarlas con más rigor y más detalle.

Lo planteo porque esta disposición es estructuralmente y sustancialmente bastante similar al artículo 10.3, trato nacional, que es la contraparte que se encuentra en el capítulo de inversión. La diferencia principal entre las dos

cláusulas, entre la 12.2 y la 10.3 hacen referencia a instituciones financieras y también a proveedores de servicios financieros transfronterizos. Estos elementos están presentes en la 12.2. Ambas cláusulas tienen el mismo propósito. Esto es importante, es decir, brindar a los Estados signatarios una obligación de protección en materia de trato.

Lo voy a reiterar. Ambas cláusulas tienen un propósito fundacional. Es decir, brindan a los Estados signatarios una obligación. Y la pregunta, entonces, es: ¿quién tiene el derecho o quién se beneficia? Y ese es el corolario de esa obligación. El beneficiario de esa obligación, en el contexto del 12.2 son los inversores específicos y las inversiones específicas que tiene el derecho de recibir esa protección. El tema inicial respecto de si el 12.2, junto con otras disposiciones del capítulo 12, como la 12.3 y el 12.4, y el 12.5 y el 12.6 y el 12.10.1.4 y, el 12.11, y cito algunos, los que son más notables y salientes en cuanto a características

estructurales del capítulo 12, brindan a los inversores y a sus inversiones los derechos pero quedan con derechos no ejecutables en virtud del arbitraje inversionista-Estado porque el 12.1.2 (b) limita la ejecutabilidad del capítulo a solamente el 10.7 y el 10.8.

Señor presidente: veo que solamente me quedan cinco minutos para que termine esta hora. Y quizás podríamos hacer un receso porque quiero presentarle al Tribunal respuesta a la pregunta que se ha brindado y cómo es que nosotros la hemos analizado.

PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés): Bien, en ese caso, vamos a empezar a las 15:10 hora de Europa.

SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del inglés): Sí, muy bien, señor presidente.

(Pausa para el café.)

PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés): Muy bien, señor Martínez-Fraga creo que ya

estamos listos.

SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del inglés): Muchas gracias, señor presidente y señores miembros del Tribunal.

Al concluir el contrainterrogatorio del señor Wethington el presidente Beechey le hizo una consulta analítica al señor Wethington para ayudar a entender si los estados signatarios solamente aceptaron ofrecer derechos para la solución de controversias entre inversionistas y Estado según -- a los inversionistas del capítulo 12 con respecto exclusivamente a los capítulos de 10.7 y 10.8, con lo cual excluirían así todas las normas de protección de tratamiento del capítulo 12 que explícitamente de manera textual hace referencia a los inversionistas como los tenedores de estos derechos. Citaré de la transcripción: día 3, páginas 433 y 434: "Presidente (Beechey): usted está en la página correcta 16, en este momento. Gracias, en realidad se encuentra en la página 12.9.17, artículo 12.18. Si usted se fija allí dice...", y

1 aquí cito, "Sección A 18. Solución de
2 controversias del capítulo 21: se aplica según
3 está modificado por este artículo a la solución
4 de controversias que surjan de este capítulo".
5 Una vez más, ahora, es razonable o apropiado
6 interpretar, por mi parte, que a valor nominal
7 esto sugeriría que, si todo es igual, ese es el
8 procedimiento para la solución de controversias
9 que se debe adoptar en el caso de este capítulo
10 específico del APC".

11 Permítame leerlo una vez más: "Gracias. Usted
12 se encuentra en la página 12.9, artículo 12.18, y
13 si usted se fija, allí dice: Sección A, solución
14 de controversias del capítulo 21. Se aplica según
15 está modificado por este capítulo a la solución
16 de controversias que surjan de este capítulo.
17 Ahora bien, es razonable o apropiado interpretar
18 por mi parte que a valor nominal ello sugeriría
19 que dada la igualdad de condiciones el
20 procedimiento de solución de controversias mismas
21 que será adoptado este caso -- ese es el
22 procedimiento de solución de controversias que se

1 debe adoptar en este caso".

2 El testigo dice: "Es entre Estados,
3 presidente". "Sí, por eso, por eso le estoy
4 haciendo la pregunta, porque dice que se
5 aplica...", y aquí cito, "como (se) está modificado
6 por este artículo a la solución de controversias
7 que surgen en el marco de este capítulo". Fin de
8 cita. "Estoy buscando conciliar cómo yo
9 interpreto eso si está correcto. Es decir, con el
10 texto de 12.1.2 (b) que dispone -lo lamento-
11 (utilizar) la expresión una salvedad, una
12 excepción para la solución de controversias entre
13 inversores y Estados. Porque usted tiene razón:
14 el capítulo 21 aborda en gran amplitud la forma
15 en la cual los Estados partes resuelven las
16 controversias". Fin de cita del presidente
17 Beechey.

18 Siete observaciones aquí tienen lugar y tal
19 vez sean útiles.

20 En primer lugar, el artículo 12.18, solución
21 de controversias, y específicamente el 12.18.1
22 dispone que cuando una parte al APC reclama que

1 ha surgido una diferencia a las disposiciones del
2 capítulo 21 se debe aplicar el artículo 12.18
3 completamente. Por supuesto, no menciona la
4 palabra "reclamos de inversionistas" o "solución
5 de controversias entre inversionistas y Estado",
6 u otras disposiciones conexas. Por ello se
7 desprende que el artículo 12.18.1 no sirve para
8 reemplazar o para calificar la importación de la
9 Sección B del capítulo 10 ahora contenida en el
10 artículo 12.1.2. Las dos disposiciones, artículos
11 12.18 y 12.1.2 (b) son paralelas. Sirven para --
12 sirven dos objetivos diferentes.

13 En segundo lugar, el artículo 12.18.1 de
14 hecho no contiene ningún texto modificadorio de
15 otras disposiciones del capítulo 12. Y por
16 cierto, no contiene ninguna cualificación para
17 nada que tiene que ver con la solución de
18 controversias entre inversionistas y Estado.

19 En tercer lugar, el capítulo 12 tiene dos
20 mecanismos explícitos y diferentes textualmente
21 para la solución de controversias. En primer
22 lugar, uno para reclamo de partes, Estados

1 firmantes, y, dos, un segundo para reclamos de
2 inversores por daños compensatorios. Operan de
3 manera separada y de ninguna manera se superponen
4 o intersectan. Vamos a mostrar en pantalla
5 12.19.1.

6 En cuarto lugar, de manera destacada...

7 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
8 Antes de hacerlo, no estoy seguro que esto
9 responda el tema que nos preocupa. Me estoy
10 fijando en 12.18.1 que dice: "La sección 8,
11 solución de controversias o capítulo 21 de la
12 solución de controversia se aplica según las
13 modificaciones de este artículo." Es decir, el
14 artículo 12.18 a la solución de controversia que
15 surge al amparo de este tratado. Según leo, yo
16 pregunté que esto parece aplicarse a la solución
17 de controversia que surge en este capítulo, es
18 decir, el capítulo 12. Si lo interpretamos de
19 esta manera, me pregunto si uno se debería fijar
20 en artículo 12.1.2 (b), si usted quiere como una
21 excepción a la regla general que lo vemos en
22 12.18.1, eso es lo que yo quise decir. No sé si

1 esto -- lo que usted dijo responde a mi pregunta.

2 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
3 inglés): No, tal vez no responda a la pregunta
4 según le entiendo ahora o le entiendo por primera
5 vez. Pero concentrémonos en cómo usted enmarcó
6 esta pregunta. Esta es una manera de analizarla.
7 En este caso 12.18 dispone -- esto es 12.8 y esta
8 es la metodología para 12.18 y 12.1.2 (b), es una
9 excepción a todo este mecanismo que vemos en
10 12.18. Esta es una manera de analizarlo, pero
11 estoy tratando de decir que se trata de fines
12 separados y parece que el -- las aspiraciones son
13 diferentes. Yo quería decir que 12.19 que le
14 sigue a 12.18 y no de manera insignificante tal
15 vez nos ayude con esta pregunta, que es: ¿qué es
16 lo que nos enseña 12.19? porque 12.19 claramente
17 no es una disposición entre Estados, parece tener
18 que ver con el arbitraje entre inversionistas y
19 Estados.

20 Hay algunas características en 12.19 que me
21 gustaría mencionar al Tribunal si ustedes piensan
22 que es necesario, de lo contrario, puedo pasar a

1 otra cosa. Pero me pareció una pregunta esencial.
2 Esta pregunta, ya sea si uno lo entienda o no, lo
3 de vuelta, se centra en un tema -- en una
4 pregunta relacionada: ¿cuál es el mecanismo para
5 la solución de controversias del capítulo 12?
6 Creo que la respuesta de buena fe según 12.19 y
7 punto 18, y 12.1.2 (b) es que hay dos; una que
8 tiene que ver para compensatorios -- daños
9 compensatorios. Pero si usted está de acuerdo con
10 estas disposiciones, luego, tenemos otras
11 preguntas que son realmente fascinantes, y es:
12 ¿cuál es la ley que debería aplicarse -- el
13 derecho que debería aplicarse a este
14 procedimiento? ¿Cómo las disposiciones
15 sustantivas en el lenguaje corriente de estas
16 disposiciones se aplican a este procedimiento? Y
17 tenemos un enfoque que concilie la disponibilidad
18 de estos derechos sustantivos con el
19 inversionista.

20 Esto es lo que yo estaba tratando --
21 interpretando, es decir, una pregunta realmente
22 importante para analizar todas estas preguntas

1 que, en mi opinión, están vinculadas y solamente
2 tenemos la visión superficial que 12.1.2 (b) dice
3 lo que dice, 10.7 y 10.8 están allí, y luego -no
4 se dice- pero 12.12 queda fuera. Pero esto nos
5 lleva a la pregunta: ¿qué es lo que hacemos con
6 estas protecciones? Las protecciones para la
7 protección del trato. ¿Qué es lo que hacemos con
8 12.19? ¿Cómo 12.1.2 (b) y 18 y 19 tiene -- se
9 relacionan y que es lo que podemos hacer con
10 todas estas normas de protección que parecen
11 tener salvedades específicas o disposiciones que
12 tienen que ver con los inversionistas? ¿Qué
13 hacemos? ¿Miramos para el otro lado?
14 ¿Olvidémonos? Entonces, es aquí lo que queríamos
15 decir. Cuando uno se fija en Fireman's Funds
16 tiene obiter dicta, es útil; sí, pero no hay que
17 fijarse -- pero esto es algo diferente para otro
18 momento. Tal vez podemos -- ¿puedo seguir con
19 este análisis?

20 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
21 Sí, por favor.

22 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del

1 inglés): 12.19 capta las diferencias de inversión
2 en Servicios financieros y sigue inmediatamente
3 en secuencia al artículo 12.18. A diferencia del
4 artículo 12.19, diferencia de inversión en
5 Servicios Financieros hace referencia
6 específicamente a un inversionista de una parte
7 que presenta un reclamo para arbitraje según la
8 sección B del capítulo 10, es decir, solución de
9 controversias entre inversionistas y Estados. La
10 demandada invoca el artículo 12.10 como defensa -
11 - las siguientes disposiciones se deben aplicar.
12 Nosotros sentimos que este texto es sumamente
13 interesante, elocuente. Nos lleva a analizar, nos
14 invita a analizar de manera destacada las
15 diferencias que tienen que ver con los
16 inversionistas de Servicios Financieros y
17 aquellos derechos sustantivos del capítulo 12 que
18 tiene que ver con las inversiones en Servicios
19 Financieros, se tratan de manera separada y
20 diferencia del 12.18 y el procedimiento arbitral
21 entre Estados.

22 También es importante destacar que el artículo

1 12.19.1 no restringe de ninguna manera -aquí cito
2 un reclamo paraarbitral según la sección B del
3 capítulo 10-, es decir, solución de controversias
4 entre inversionistas y Estado. En realidad, hace
5 referencia a la aplicación del artículo 12.10,
6 Excepciones, y de manera comprensible como algo
7 que es invocado posiblemente por un Estado
8 anfitrión en este procedimiento.

9 Por supuesto, estas son las medidas, el
10 capítulo de las medidas prudenciales y es una
11 defensa realmente crítica, pero ahora estamos
12 analizando algo que me parece fascinante dentro
13 de este capítulo. Estamos viendo ahora un
14 capítulo 12 que tiene una disposición sustantiva
15 que se aplica a un procedimiento de Estado
16 inversionista, no un procedimiento entre Estados,
17 y yo creo que esto es importante. ¿Por qué?
18 Porque 12.19 no confiere un derecho especial ni
19 estatus a 12.10, asume que 12.10 se aplica y de
20 aquí mi identificación de lo que nosotros
21 denominamos un "tema umbral".

22 ¿Cuál es el derecho que se aplica a un

1 procedimiento según 12.1.2 (b)? Un tema que ni se
2 soñó en el caso Fireman's Fund. A diferencia de
3 la interpretación de la demandada del artículo
4 12.1.2 (b) como algo que torna todas las
5 disposiciones del capítulo 12 sin valor alguno y
6 sin tener en cuenta también las referencias
7 explícitas a los inversionistas y sus derechos a
8 los demandantes, invitan aquí al Tribunal a
9 interpretar todas las disposiciones como algo que
10 tiene un objeto y efecto práctico.

11 Citamos Eureka contra Polonia. Yo creo que es
12 importante y ha sido importante observar que
13 12.19 no limite ni hace a ninguna limitación en
14 los reclamos que pueden ser presentados según el
15 capítulo 12.19. No tiene ninguna excepción
16 textual en lo que hace a la aplicación potencial
17 de la defensa prudencial a las disposiciones
18 sustantivas del capítulo 12 sexto. De igual
19 manera, también se desprende de esto que los
20 inversionistas del servicios financiero según el
21 capítulo 12 pueden presentar reclamos, defensas y
22 defensas afirmativas que surgen de las

1 disposiciones de no evitar lo que se dispone en
2 los artículos 12.10.1 y 12.10.4, séptimo, y por
3 supuesto el equilibrio de derecho en las
4 obligaciones entre las protecciones que los
5 artículos 12.10 ofrecen a los regulados de los
6 Estado parte y el derecho de que 12.10.1 y
7 12.10.4 conceden al inversionista la protección
8 contra ejercicios excesivos de soberanía
9 regulatorio que serían contrarios a esto si los
10 inversionistas no tuviesen el derecho de hacer
11 cumplir las limitaciones de no evitar las
12 regulaciones del Estado.

13 Y, por supuesto, aquí nos centramos a través
14 de la pregunta del presidente Beechey, en el
15 artículo 12.1.2 (b), y 12.18 así como 12.19. Y
16 esto revela un sistema, un mecanismo de solución
17 de controversias paralelo que separadamente busca
18 ofrecer un alivio microeconómico a los
19 inversionistas en forma de daños compensatorios
20 recuperables, no solamente el capítulo 14 también
21 el mantenimiento macroeconómico del tratado de
22 forma completa. De hecho, el procedimiento

1 establecido en 12.19 culmina en todo este
2 procedimiento. Si ustedes siguen 12.19 y lo leen
3 hasta el final, o hacen una pausa e imaginan un
4 caso y trabajan así en los diferentes aspectos de
5 12.19, llega en un procedimiento un arbitral
6 entre Estado e inversionista. Es comprensible.
7 Una segunda manera de abordar lo que nosotros
8 consideramos que fue la consulta del presidente
9 Beechey desde una perspectiva diferente sería
10 también abordar la pregunta de cuál es el derecho
11 que se aplicaría a un reclamo presentado por un
12 inversionista de servicios financieros, un
13 inversionista del capítulo 12 por la expropiación
14 de acuerdo con el artículo 10.7 contenido en el
15 artículo 12.1.2 (b), cuál es el derecho aplicable.
16 Y así es el alcance del consentimiento en el
17 artículo 12.1.2 (b) con respecto a la sección (b)
18 del capítulo 10. A

19 Algo que se limita solo a los artículos 10.7 y
20 10.8. Analicemos esto en mayor detalle asumiendo
21 que un inversionista de servicios financieros o
22 un inversionista del capítulo 12 presenta un

1 reclamo por expropiación de acuerdo con el
2 artículo 10.7. Entonces, el derecho aplicable al
3 reclamo del artículo 10.7, sostiene las
4 demandantes, es el derecho contenido en las
5 disposiciones sustantivas establecidas en el
6 capítulo 12, y aquí cito: "Y reglas de derecho
7 internacional aplicables." De acuerdo con el
8 artículo 10.22.1 del derecho que se aplica. En
9 consecuencia, si analizamos esta situación
10 hipotética en mayor detalle, el Estado demandado,
11 según este reclamo del capítulo 12 para la
12 solución entre inversionistas y Estados tiene
13 derecho, por ejemplo, según el artículo 10.7, a
14 hacer referencia a las excepciones por medidas
15 prudenciales que se contienen en los artículos
16 10.1 excepciones y 10, 12.10.2, 12.10.3 y 12.10.
17 4. ¿Y qué es lo que ocurre en este ejemplo? Las
18 medidas prudenciales sustantivas como excepciones
19 contenidas en el artículo 10.12 se pueden
20 mencionar como defensa al artículo 10.7 y reclamo
21 por expropiación que los inversionistas de
22 servicios financieros del capítulo 12 han

1 presentado en contra del Estado anfitrión.

2 Podría mencionarse directamente, de acuerdo
3 con el artículo 12.1.2 (b) o de acuerdo con el
4 artículo 12.19. En términos simples, el Estado
5 anfitrión tiene el derecho, en este caso -
6 digamos- Colombia tiene el derecho a presentar
7 una defensa por medidas prudenciales según el
8 artículo 12.10 porque el artículo 12.10 es el
9 derecho que se aplica a un reclamo por
10 expropiación del artículo 10.7 presentado de
11 acuerdo con el capítulo 12. Pero esto no es todo,
12 la demandante afirma que el reclamo por
13 expropiación según el artículo 10.7 puede surgir
14 defensas afirmativas a las potenciales defensas
15 de medidas prudenciales de la demanda y así
16 también aprovechando el artículo 12.10.1, y aquí
17 cito: "Donde estas medidas..." -estoy hablando de
18 las medidas regulatorias-"... donde estas medidas
19 no se adaptan o no siguen las disposiciones de
20 este acuerdo mencionadas en este párrafo no se
21 utilizarán como medios para evitar los
22 compromisos o las obligaciones de las partes

1 según estas disposiciones, artículo 12.10.4." Y
2 esta es la cuarta sección. Voy a citar:
3 "(inaudible) requisito de que aquellas medidas no
4 se apliquen de forma que constituya un mecanismo
5 de discriminación injustificable o arbitraria
6 entre países en donde prevalecen condiciones
7 similares o una restricción oculta respecto de
8 los servicios financieros comerciales
9 transfronterizos o instituciones financieras."

10 Tenemos aquí este derecho que se le da al
11 inversor en servicios financieros. El Tribunal
12 recordará que el artículo 12.19 sobre
13 controversias de inversión en servicios
14 financieros no dispone que el 12.10 tenga ningún
15 tipo de base normativa para la aplicación.
16 Solamente supone que el 12.10 se aplicaría a un
17 procedimiento de solución controversias
18 inversionistas y Estados según el 12.1.2 (b).

19 Hemos intentado, quizás no con mucho éxito,
20 abordar la pregunta del profesor Beechey y la
21 explicación no es distinta de lo que se
22 identificó en la apertura como la quinta

1 diferencia entre las demandantes y las
2 demandadas, que es que los Estados signatarios
3 acordaron y consintieron darles a los inversores
4 en servicios financieros derecho ejecutable más
5 allá de los del 10.7, el 10.8.

6 Vamos a pasar a la última parte de nuestros
7 argumentos sobre *ratione voluntatis*. Aquí tenemos
8 las excepciones que han sido planteadas en
9 materia de *ratione voluntatis*. Deben ser
10 abordadas. Pensamos que las hemos abordado en
11 nuestra apertura, pero para actuar en forma
12 completa queremos decir que aparte de basarse la
13 demandada en la presentación de la parte no
14 contendiente de los Estados Unidos que concluye
15 que, independientemente del sentido corriente del
16 10.7.1 (a) y (b), dice que las partes no han
17 consentido al arbitraje en cuanto al capítulo 12
18 en materia de trato justo y equitativo. Vamos a
19 decir que las demandantes indican que incluso
20 suponiendo la importación del 10.7 y del 10.8
21 esto limita a las demandantes al ejercicio de los
22 derechos de controversias inversionista-Estado

1 solamente a esas dos disposiciones. Las
2 demandantes entonces tendrían que consentir
3 arbitrar el trato justo y equitativo incluso sin
4 tener derecho a la 12.3, nación más favorecida.

5 Vamos a poner aquí el 10.7 (a) y (b). Los
6 elementos de expropiación y compensación son muy
7 sustancialmente particulares. Hablamos también de
8 la cláusula de debido proceso que nos incluye el
9 artículo 10.5, y también que dice: "Según el
10 debido proceso legal y el artículo 10. 5." El
11 artículo 10.5, que es el nivel mínimo de trato,
12 dice: "Cada una de las partes les dará a las
13 inversiones cubiertas un tratamiento de acuerdo
14 con el derecho consuetudinario internacional,
15 incluso trato justo y equitativo y la protección
16 y seguridad plenas." Ayer se habló de esto.
17 Estados Unidos lo habló, pero no indicó el qué.
18 Sabemos que el trato justo y equitativo se
19 aplica, pero no sabemos por qué, y nosotros
20 decimos que, en todas las cuestiones, no
21 solamente las cuestiones jurídicas sino en la
22 vida, el por qué es más importante que el qué. El

1 10.5.2 (a) justamente dentro de su texto utiliza
2 el mismo texto para mayor certeza. Eso es lo que
3 dice, es el texto que se encuentra en la nota al
4 pie 2 del 10.4 de nación más favorecida, para
5 decir que la obligación del párrafo 1 dice: "El
6 trato justo y equitativo incluye la obligación de
7 no denegar justicia en procedimientos
8 administrativos, civiles o penales de acuerdo con
9 el principio del debido proceso que se encuentra
10 en los sistemas jurídicos del mundo."

11 El 10. 5, nivel mínimo de trato, expresamente
12 y textualmente es parte del 10.7, y el 10.7 queda
13 incorporado en el artículo 12.1.2 (a) y (b).
14 Entonces, lo que debe seguirse es que las partes
15 consintieron a que se presente la solución de
16 controversias entre inversionistas y Estado en
17 virtud del capítulo 12 de trato justo y
18 equitativo, y el Departamento de Justicia como
19 parte del estándar mínimo en virtud del 10.5.
20 Entonces, las partes no consintieron en tener a
21 los inversores de servicios financieros en cuanto
22 a la presentación de reclamos arbitrales y,

1 entonces, solicitamos la incorporación del 10.5
2 al 10.7.1(d). Eso es lo que pide la otra parte.
3 Pero esta proposición no es sostenible y no es
4 justificable.

5 El segundo tema que la demandada también ha
6 abordado y es conceptualmente imposible de
7 salvar, tiene que ver con la importación del
8 artículo 10.4, nota al pie 12, del capítulo 12.
9 Hemos hecho referencia a este principio como el
10 -- la nota al pie 2 del artículo 10. 4, que se
11 transfiere de un lugar a otro. Esto tiene que ver
12 cómo es que esta nota al pie 2 de cláusula de
13 nación más favorecida se contiene en el capítulo
14 de inversión, artículo 10.4 y cómo limita esto
15 los derechos de la demandante a ejercer el amplio
16 alcance de la 12.3 para importar un tratamiento
17 más favorable del TBI entre Colombia y Suiza que
18 permitiría que se pase de un período prescriptivo
19 de tres años a un período que agrega dos años
20 más. Y también que les da a los inversores de
21 servicios financieros del capítulo 12, un
22 tratamiento igualitario, es decir, un período

1 prescriptivo de cinco años.

2 Aquí tenemos la nota al pie 2 del 10.4. Y
3 dice: "Por supuesto, tiene el lenguaje que
4 establecen las cuestiones y también sus
5 limitaciones". Y los argumentos de la demandada
6 no son claros. En la página 126 y 127 de la
7 contestación de la demandada sobre jurisdicción y
8 en la página 152, nota al pie 714 de la respuesta
9 de la demandada sobre jurisdicción, se abordan
10 estos temas.

11 Queremos ver cómo ellos presentaron los
12 argumentos y no cómo nosotros los caracterizamos
13 o los reformulados. No hay nada como lo real.
14 Según puede ver la demandante, la demandada dice
15 que la calificación de la nota al pie 2 en la
16 cláusula 10. 4 debe ser interpretada como que es
17 parte del 12.1.2 (b) porque fueron las partes del
18 tratado las que tuvieron la intención de que la
19 limitación de la nota al pie 2 se aplique al
20 artículo 12.3. Esta proposición, por supuesto, no
21 es sostenible por varias razones. La razón más
22 simple y más evidente es que la nota al pie 2 del

1 10.4, independientemente de cuánto intente uno
2 hacerlo, no se menciona para nada en el 12.1.2(a)
3 y (b). El Tribunal ha visto muchas veces ya esta
4 disposición. Y ya indicamos que el artículo
5 12.1.2 (b) solamente incorpora del capítulo 10,
6 en la Sección B, los artículos 10.7, 10.8, 10.12
7 y 10.14. Y por supuesto esta nota al pie 2 no
8 está allí, entonces no puede incorporarse. Eso
9 básicamente no es factible.

10 Vamos a ver aquí en pantalla la 10.2.

11 Aparte de pedirle al Tribunal que lea todo
12 este lenguaje calificante del artículo, la
13 demandada también invita al Tribunal a que haga
14 caso omiso a los elementos imperativos del 12.2.1
15 y el -- perdón del 10.2.1 y del 10.2.3. Si hay un
16 conflicto entre el 10 y el 12, puede resolverse a
17 favor del 12, y si hay algún conflicto entre el
18 10 y otro artículo, debe resolverse a favor de
19 todos los demás. Entonces, limitar el 12.3
20 implicaría entonces también una cierta
21 limitación. Existiría un conflicto y el capítulo
22 12 entonces prevalecería.

1 La demandada también alega, pero
2 solamente de forma concluyente, y por supuesto
3 tiene que desaparecer esta nota al pie, que el
4 alcance del artículo 12.3 está limitado por su
5 contraparte, el artículo 10.4, y entonces tiene
6 un alcance menor o igual.

7 El argumento se aplica tanto a las cuestiones
8 de *ratione voluntatis* y de *ratione temporis*. Y
9 esta proposición no es sostenible. Las partes
10 tuvieron la intención de que la palabra "trato"
11 dentro del 12.3 sea más amplia que aquella del
12 10.4.

13 Aparte de la proposición de la nota al pie
14 del 10. 4 que está contenida en el capítulo 12,
15 la demandada alega sin éxito que la 12.3 no es
16 más amplia que su contraparte 10.4 nota al pie 2.
17 Y, por lo tanto, debe ser interpretada como tal.

18 El argumento también le pide al Tribunal que
19 haga caso omiso, primero, al sentido corriente
20 del texto del 10.4 y el 12.3. Y, 2 a la práctica
21 de los tratados de las partes, y 3 a la mayoría
22 de los laudos que indican que las disposiciones

1 de cláusula de nación más favorecida, al menos
2 que sean restrictivas específicamente como en el
3 caso del 10.4.2, deben extenderse en sus derechos
4 procesales a cuestiones de solución de
5 controversias entre inversionistas y Estado.

6 El término "trato" también se aplica a al
7 texto de los artículos 10.4.1 y 10.4.2 respecto
8 del establecimiento, adquisición. Y esa
9 calificación es importante. También se habla de
10 estas cuestiones. Pero en el capítulo
11 correspondiente, contraparte, no está este texto.
12 Entonces, no puede incluirse el artículo 10.4 al
13 artículo 12.3. No puede de ninguna forma hacerse
14 eso porque el texto es distinto, totalmente
15 distinto entre los dos artículos.

16 La ausencia completa de este lenguaje
17 calificante y también las otras proposiciones
18 sobre la base de un análisis desde el sentido
19 corriente, establecen en forma notable que la
20 palabra "trato "es más amplia en el capítulo 12.3
21 que en el 10.4. La cláusula de nación más
22 favorecida no tiene este tipo de lenguaje. La

1 ausencia de esto es algo que debe tenerse en
2 cuenta y respalda el análisis de sentido
3 corriente y sugiere que el artículo 12.3 tiene
4 que un alcance más amplio que su contraparte.

5 También notamos que las estructuras entre la
6 APC y el TBI contextualizan la calificación de la
7 nota al pie 2 del 10.4. Este es otro tema que
8 totalmente ignora la demandada.

9 Hay que ver el ámbito del 12.3. El APC tiene
10 tres cláusulas de nación más favorecida y tres
11 artículos de trato nacional. Cada uno en lugares
12 separados y todo análisis de las cláusulas de
13 nación más favorecida, que es de pertinencia
14 aquí, debe verse en el capítulo en que se
15 encuentra.

16 No podemos hacer un ejercicio imaginario de
17 este TBI. Es claro que la restricción de la nota
18 al pie 2 del 10.4 entra en conflicto con el 12.3.
19 Además, es obvio que el capítulo 12 ya tiene una
20 disposición de nación más favorecida y, por esta
21 razón adicional, toda restricción del alcance del
22 10.4 y también el texto del 10.4 en sí deben

1 percibirse como autónomas y solamente limitadas a
2 las inversiones e inversionistas del capítulo 10.

3 Entonces, no puede decirse que los Estados
4 signatarios no consintieron al capítulo 12,
5 artículo 12.3, como algo restrictivo.

6 Vemos aquí las excepciones técnicas, así las
7 llamamos. Primero, la bifurcación, ya hablamos en
8 nuestra apertura. Esto no debería haber sido
9 planteado para nada. Hablamos del TBI entre
10 Colombia y Suiza y el Tribunal ha visto que se ha
11 hablado mucho de que este TBI no se aplica, pero
12 la defensa de la bifurcación cronológicamente
13 simplemente no encaja en estas situaciones, por
14 como lo indicamos nosotros en nuestra apertura.

15 Y no voy a abordar este tema, pero, ¿cómo es
16 que la demandada puede decir que hubo una
17 bifurcación ante un Tribunal colombiano se puede
18 aplicar si el APC no entró en vigor si no está el
19 15 de mayo de 2012? Así que no había necesidad
20 alguna de una forma alternativa cuando, en 2007,
21 el Consejo de Estado declaró a favor de los
22 accionistas de Granahorrar.

1 La cronología no está de ninguna forma
2 controvertida y las demandantes estaban en un
3 litigio en 2007, hubo una sentencia, después se
4 fue ante la Corte Constitucional, y todo terminó
5 el 25 de junio de 2014, y después estamos aquí.
6 Así que no hay foro alternativo para nada. No hay
7 ninguna forma de que esto funcione.

8 El tema de consulta y negociación es otra
9 excepción técnica que tampoco tiene ningún tipo
10 de sentido. Les dimos la oportunidad de
11 solucionar este caso hace tres años. No la
12 aceptaron. Lo pusimos por escrito. Ahora dicen
13 que el texto inicialmente era permisivo. Después
14 hablan de la palabra "deben "en español y la
15 palabra "deben" es algo así como la palabra
16 "prueba". Lo que significa en español "deben" es
17 "debería" también o "es preciso que".

18 Cuando se utiliza la palabra "deberá", en
19 español siempre hay un lenguaje calificante, un
20 texto calificante. Pero todo esto está basado en
21 la contraparte del TLCAN.

22 También se dice allí "debería", en inglés

1 "should", así que, si este es un tema
2 jurisdiccional, bueno, yo no lo sé. Pero es un
3 tema bilateral. Ambos deben hacerlo y hace tres
4 años les pedimos si lo podían hacer, dijeron que
5 no. Dijeron que yo iban a interactuar con
6 nosotros, que iban a ir directamente a la CPA.
7 Después nosotros tratamos de hablar con ellos
8 hace un año en nuestros escritos. Esto tiene que
9 ser bilateral, las excepciones planteadas son
10 frívolas y, por supuesto, hay toda una casuística
11 que identifica el tema de las consultas y
12 negociación. Todo esto es frívolo. No se le puede
13 privar a un Tribunal de jurisdicción. Pero esta
14 excepción es realmente muy tonta.

15 También tenemos el requisito de notificación
16 de intención, que es una excepción técnica en la
17 que se basa la demandada. No es justiciable, no
18 debería haber sido planteada. Hay tres razones
19 por las cuales fracasa esa excepción. Primero, el
20 artículo 11 del TBI entre Colombia y Suiza no
21 tiene este tipo de requisito. Y, segundo, no hay
22 ninguno texto en el 10.16.2 del APC que sugiera

1 que la notificación de intención tiene carácter
2 de jurisdiccional. Esta disposición, al igual que
3 la disposición de consulta y negociación, tiene
4 por intención hacer que la demandante tenga
5 información de una potencial reclamación. Y que
6 esto después llegue a discusiones. Y la idea no
7 es crear esta cuestión de tercero. El Tribunal en
8 Chemtura contra Canadá citó el párrafo 65 de la
9 réplica, y resolvió que la notificación de
10 intención no puede ser ejecutada cuando: 1, se
11 establece que las partes tienen conocimiento de
12 la controversia antes de la presentación de la
13 solicitud de arbitraje y ahí deberían terminar
14 las cosas; y, segundo, cuando no hay evidencia de
15 una intención bilateral de arreglar la
16 controversia; y, tres, cuando la no ejecución no
17 perjudica a la demandada.

18 Es de notar que el 10.16.2 del APC se basa en
19 el 11.19 del TLCAN. Esto ya ha sido objeto de
20 arbitraje y entre otros elementos se ha pasado --
21 se ha visto en el Tribunal del caso B-Mex contra
22 México, que se ha citado esto en los casos 672-

674 de la réplica de la demandante. Dice que, el Tribunal en este caso dijo que la notificación de intención no condiciona el consentimiento de la demandada al arbitraje y también que la falta de dictado de una notificación de intención no le priva al Tribunal de jurisdicción respecto de ellas. Así que aquí vemos cuál es el punto de la notificación de intención.

Y el tema de la renuncia. Esta excepción es un tema bastante extraño. El -- este tema técnico no está dentro del artículo 11 del TBI entre Colombia y Suiza y deberíamos terminar las cosas. Pero el artículo 10.18.2(b), aún si fuera aplicable, algunas de las condiciones de la renuncia no están presentes. El objeto de una defensa de renuncia es evitar la doble recuperación y tener identidad de reclamos, identidad de daños compensatorios. Estos elementos no se encuentran satisfechos y, como dijimos en la apertura aún y como también indicamos en el marco del CIDH, aún si uno pidiese el Taj Mahal, ni siquiera podría uno

pedir estas cosas porque no es conceptualmente posible. Esa defensa no puede ser accionable ni tampoco puede ser ejecutable antes de la audiencia sobre el fondo. La doctrina y la jurisprudencia es sumamente clara al respecto. Y estamos ahora en la fase jurisdiccional, así que eso no se aplica para nada. Y, como dijimos en nuestros escritos, nosotros llegaríamos a la renuncia si se llegase a esa cuestión.

Quiero hablar un poquito, muy poquito, brevemente, de las pruebas en este caso. La demandada no tiene respuesta al -- la declaración del señor Wethington. Y en 1993 hubo audiencias ante la Cámara de Diputados en materia del Comité de Finanzas y Banca y los hechos relativos a la disponibilidad de los derechos de la solución de controversias inversionista-Estado respecto del tratado se encuentran en el capítulo 14 del TLCAN. Todas las pruebas respecto de estos puntos tienen que tenerse en cuenta.

Hay dos elementos del contrainterrogatorio que deben ser abordado con mucha atención.

Primero, con excepción de algunas desviaciones menores, el interrogatorio se centró en intentar que el señor Wethington diga que la importación de las disposiciones sustantivas del capítulo 11 al capítulo 14 del TLCAN en el artículo 14.01 no indican afirmativamente que, además de la incorporación del capítulo 11 en cuanto a la norma de protección de trato, el texto de la importación no establece afirmativamente que las disposiciones de protección del trato del capítulo 14 pueden hacerse ejecutables tras la importación al capítulo 11.

También se le presentó un contrafáctico que la importación de derechos de un capítulo es el equivalente conceptual y lingüístico de una salvedad de derechos de un capítulo diferente.

Un segundo objetivo tampoco estuvo con su fin cumplido. La contraparte le dijo al señor Wethington -- trató de sacar del señor Wethington una manifestación de que las partes del TLCAN habían acordado que los arbitrajes Estado-inversionista que, según el capítulo de

inversiones financieras, se aplicaba solamente a las protecciones (invocadas) en el capítulo 11. El señor Wethington no estuvo de acuerdo con esto.

Se habló de una reversión de la postura de Estados Unidos respecto del testimonio en septiembre de 1993, hace 27 años. No hay indicación alguna respecto de la postura de México ni de Canadá al respecto.

Segundo, en el caso Fireman's Fund, Estados Unidos cuando hizo su presentación no abordó el tema del arbitraje inversionista-Estado ni tampoco el capítulo de servicios financieros del TLCAN. Ni siquiera se habló de esa cuestión. Solamente habló de una empresa de banca que es una institución financiera según el derecho estadounidense.

La postura canadiense también hizo referencia al caso de Fireman's Fund. Pero hay que tener en cuenta dos oraciones en el párrafo 16. Primero, como norma general, las controversias según el capítulo 14 están sujetas a las disposiciones de

1 resolución de controversias Estado-Estado del
2 capítulo 20 con la modificación del 14.14. Esto
3 es incorrecto. Aún en este arbitraje las
4 demandadas han reconocido que, por lo menos, las
5 reclamaciones de expropiación o violaciones de
6 transferencias son objeto de la solución de
7 controversias entre inversionistas y Estado.
8 Canadá no brinda ningún tipo de apoyo a esta
9 manifestación.

10 La segunda oración respecto de la cual
11 declara el señor Wethington, hace una perífrasis
12 del 14.01.2 del TLCAN y la cronología de que el
13 equipo negociador del APC hubiese dado cuenta del
14 obiter dictum de Fireman's Fund, simplemente no
15 funciona aquí. Aunque el APC entró en vigor en
16 2012 y ya había sido finalizado y firmado al 22
17 de noviembre de 2016, el Laudo de Fireman's Fund
18 se dictó el 17 de julio de ese mismo año. Y la
19 decisión respecto de la cuestión preliminar en
20 ese caso se dictó el 17 de julio de 2003. Durante
21 todo este período, Estados Unidos participó
22 activamente en la negociación de una amplia gama

1 de acuerdos comerciales, acuerdos de libre
2 comercio. Incluso, el de Corea del Sur, el de
3 Perú, el de Australia y el de los países de
4 CAFTA-DR, el de Marruecos también y el de Omán, y
5 también otros países.

6 Hemos hablado ya del tema de *ratione*
7 *voluntatis*. Voy a pasar ahora la palabra al señor
8 Reetz que va a hablar del próximo tema. Un
9 momento, por favor.

10 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
11 Buenas tardes, señor Reetz, aproximadamente le
12 quedan unos 20 minutos.

13 SEÑOR REETZ (Interpretado del inglés):
14 Gracias. Señor presidente, miembros del Tribunal,
15 trataré de ser muy breve, por lo menos, según mis
16 estándares. Respecto del tema de la jurisdicción
17 *ratione materiae*, básicamente hay dos preguntas
18 que tiene que considerar el Tribunal. Primero, si
19 las inversiones de la demandante en Granahorrar
20 junto con los derechos correspondientes tienen la
21 protección del APC independientemente de la
22 transformación de la demandada de esa inversión

1 en diferentes acciones del Estado. Y también
2 tenemos diferentes presentaciones que
3 caracterizan la inversión. Pero la demandante ha
4 presentado una serie de hechos jurisdiccionales.

5 Las demandantes invirtieron en acciones de un
6 banco y esa inversión tuvo varias
7 transformaciones debido a las acciones del
8 Estado. No queremos que el Tribunal ponga el
9 carro entre los bueyes y haga una determinación
10 de responsabilidad en esta etapa jurisdiccional.
11 Pero la transformación fue debido a las acciones
12 del Estado y esto realmente están basado en los
13 casos Saipem y Mondev que ya indicamos. Esta es
14 una forma clásica de inversión, inversión en
15 acciones. Y si vemos las características de una
16 inversión que se encuentran en el 10.2(a), esta
17 inversión se transforma en una sentencia, y,
18 entonces, hay un compromiso de capital. Hubo una
19 exposición al riesgo y si las instituciones de
20 Colombia hubiesen funcionado adecuadamente, las
21 demandantes tenían la posibilidad de obtener un
22 beneficio, independientemente de los cambios en

1 sus experiencias.

2 Las inversiones de las demandantes en
3 acciones les dieron derechos que aún tienen, que
4 son incidentales a esa inversión que se hizo y
5 que tenían hasta el 25 de junio de 2015.

6 El caso de Saipem y el caso Mondev los conoce
7 ya el Tribunal. Una vez que existe una inversión
8 esa inversión está protegida durante toda la
9 vida, aunque las acciones del Estado cambien sus
10 formas.

11 Esto es así por razones políticas obvias; la
12 demandada trata de distinguirlas porque no
13 contienen los tratados una nota al pie respecto
14 de sentencias como las que existe en el APC. Esta
15 es una distinción sin una diferencia. Esta no es
16 la proposición en la que se basan los casos.

17 Entonces, lo que hay que ver es si los
18 derechos de las inversiones son objeto de
19 protección incluso después de que esas
20 inversiones fueron transformadas por acciones del
21 Estado.

22 Vamos a hablar un poco de la nota al pie en

1 materia de sentencias. Esta nota al pie no
2 desnaturaliza las inversiones de las demandantes
3 ni tampoco las pone fuera de la protección del
4 tratado. Y lo importante es que las inversiones,
5 dicen ellos, no fueron una -- no fueron una
6 acción del Estado. Y, entonces, hay que tener en
7 cuenta la sentencia del Consejo de Estado. Y
8 cuando vemos el contexto de esta nota al pie 15
9 sobre las sentencias esto nos muestra que se
10 entiende mejor si uno brinda un análisis de esta
11 sentencia en forma aislada.

12 Pero esto, por supuesto, no es una inversión.
13 Mirándola aisladamente la sentencia no es una
14 inversión. Pero lo que la demandante le pide al
15 Tribunal que haga es que indique que el tratado
16 no brinde ningún tipo protección respecto de
17 sentencias, independientemente de cómo es que
18 esas sentencias se dictaron. Esto va en contra de
19 los hechos y también socava las consideraciones
20 de políticas de Saipem y de Mondev.

21 Si nos fijamos en la definición de inversión
22 el 10.2 que está aquí incorporado esto nos dice

1 que nosotros no podemos tener aquí la instrucción
2 que nos da la demandada. Y aquí claramente
3 tenemos diferentes derechos contractuales,
4 propiedad intelectual y otros derechos que vemos
5 en e), f) y g), y no hay una política coherente
6 que respalde este resultado en el cual estos
7 derechos, los derechos de las inversiones, los
8 que han sido quebrantados sean ratificados por un
9 Tribunal y dejen de estar protegidos por el
10 tratado, dejen de ser una inversión como
11 resultado cuando un auto o una sentencia confirma
12 el interés jurídico que constituye una inversión
13 la incorporación de ese interés en el auto o la
14 sentencia no debe privar a la inversión de su
15 situación bajo este tratado. Ni Colombia, ni los
16 Estados Unidos han citado ningún trabajo con --
17 de doctrina en tal sentido y, de hecho,
18 realmente, esto confunde porque Colombia también
19 sostiene, como lo ven aquí en la transcripción
20 193 que la sentencia 2007, había dejado de
21 existir en esa fecha crítica.

22 Entonces, según la opinión de Colombia de la

1 jurisprudencia interna que está disputada e
2 incompleta la nota al pie de la sentencia en sus
3 propios términos no se aplicaría de ninguna
4 manera. Colombia tiene un argumento final sobre
5 *ratione materiae*.

6 Una segunda pregunta para el Tribunal y dicen
7 que la demandante no tiene acceso a protección
8 porque se hizo en quebrantamiento del régimen --
9 del régimen regulatorio. Esto es fraude. Y dado
10 que no tenemos tiempo los remito a las páginas
11 534 a 603 de la réplica de la demandante.
12 Entonces se dice que las inversiones tienen que
13 cumplir el derecho interno. Entonces, también de
14 las normas que se aplican en ausencia del tratado
15 en tal efecto; también esto privaría a la
16 inversión de protección de un tratado y esto
17 sería proporcional.

18 Quiero hablar brevemente sobre un punto que
19 fue mencionado por lo que dijo los Estados Unidos
20 el día martes y tiene que ver con el tema de un
21 acuerdo subsiguiente. Como ustedes ven aquí en
22 pantalla iba a hablar también de "por mayor

1 certeza", pero el tema de un acuerdo subsiguiente
2 entre las partes del tratado Estados Unidos y
3 Colombia no ha sido mencionado en ninguno de los
4 cuatro memoriales presentados por las partes ante
5 este Tribunal. De hecho, y podemos volver a
6 pantalla, el tema fue mencionado por primera vez
7 por Colombia el 15 de mayo Monde de 2020 en sus
8 comentarios escritos a las presentaciones de los
9 Estados Unidos dos semanas antes.

10 Entonces, todo esto tiene que ver con la
11 (dúplica) y no hubo otra oportunidad para que las
12 demandantes presentasen sus escritos después de
13 que primero se mencionó esta pregunta del acuerdo
14 subsiguiente. Entonces, las autoridades, la
15 doctrina no consta en actas y como resultado si
16 el Tribunal fuese a considerar la afirmación de
17 Colombia que hay una convención posterior, un
18 acuerdo subsiguiente según el artículo 31,
19 párrafo 3 del Convenio de Viena sobre el derecho
20 de los tratados. Una vez más, la demandante sería
21 perjudicada dado que se está citando doctrina que
22 no está incluida en este expediente. Y para

1 mostrarles una gran diferencia, el martes por la
 2 mañana Estados Unidos citó por primera vez tres
 3 casos que no existen tampoco en el expediente de
 4 este caso Mobil Investments, Bilcon, y
 5 Canadian Cattle, y esto no está en el caso. Y
 6 esto lo hizo -- decidió citar esto después que el
 7 Tribunal haya tomado su decisión al respecto, sus
 8 dictámenes.

9 De esta manera, la demandante se objeta,
 10 objeta, a la consideración de cualquier tema de
 11 acuerdos posteriores y si el Tribunal decide
 12 hacerlo hay que tener en cuenta un par de puntos.
 13 En primer lugar, si hubiese un acuerdo
 14 subsiguiente entre las partes según el alcance
 15 del artículo 31.3 le pedimos a los Estados Unidos
 16 que lo diga. Entonces, por lo menos, ante este
 17 Tribunal esta sería la forma más fácil del mundo.
 18 Simplemente decir tenemos un acuerdo, y esto es
 19 lo que esperamos escuchar.

20 Y ahora podemos ver aquí en pantalla. Vamos a
 21 ver que los Estados Unidos ha tenido cuidado para
 22 no decir que hay un acuerdo posterior o una

1 práctica, una doctrina posterior. Tampoco lo dijo
 2 en sus escritos el 1° de mayo este año, tampoco
 3 en sus presentaciones orales el martes por la
 4 mañana. En cambio, se presentaron estas palabras
 5 de manera hipotética. Si el Tribunal considera
 6 que estas son, que las presentaciones así lo
 7 reflejan. Un segundo comentario es que en este
 8 caso no vemos ninguna reacción que por lo general
 9 se asociaría con la formación de un acuerdo, ya
 10 sea en términos jurídicos o en lenguaje, en texto
 11 cotidiano, en especial, en lo que hace a la
 12 importancia que se le confiere a estos acuerdos.
 13 No hay motivo para creer que aquí se le daría un
 14 nivel de acuerdo subsiguiente a algo que en la
 15 vida cotidiana no sería reconocido como un
 16 acuerdo.

17 Un tercer comentario que debe considerar el
 18 Tribunal es que no hay autoridad que haya sido
 19 citada por el Tribunal. Y no estamos al tanto de
 20 ninguna autoridad que respalde el tratamiento de
 21 estas posturas tomadas por Estados Unidos y
 22 Colombia en este caso, ya sea como algo que

1 constituye práctica o acuerdo subsiguiente.

2 De hecho, cada uno de los tres casos citados
 3 por los Estados Unidos en sus presentaciones
 4 orales del día martes no están en el expediente
 5 de este caso, y tienen que ver con una larga
 6 trayectoria de presentación ante los Estados
 7 partes en muchos casos anteriores al asunto en
 8 disputa antes de que puedan ser considerados como
 9 práctica subsiguiente que establece un acuerdo.

10 Un cuarto punto es que por mera coincidencia
 11 hay un caso en el expediente que aborda este tema
 12 que es Gas Natural contra Argentina. En su
 13 decisión el Tribunal allí rechazó la proposición,
 14 perdón, esto es CLA-35. El Tribunal allí
 15 expresamente rechazó la (posición) que un
 16 argumento formulado por una parte en el contexto
 17 de un arbitraje refleja la práctica que establece
 18 un acuerdo entre las partes de un tratado dentro
 19 del significado del artículo 31.3(b). Por
 20 supuesto, esta es solo la autoridad que
 21 casualmente consta en el expediente. Y finalmente
 22 incluso cuando un acuerdo subsiguiente, una

1 práctica subsiguiente, existe se convierte en
 2 solo un elemento que debe ser tomado en cuenta
 3 por el Tribunal para realizar su tarea de
 4 interpretación según el artículo 31. Si bien el
 5 abogado de la demandada dijo en la página 155 de
 6 la transcripción de la audiencia del primer día
 7 que el acuerdo subsiguiente es algo resolutivo,
 8 no dijo que fuese vinculante. Y por supuesto hay
 9 preocupaciones específicas en lo que hace a darle
 10 tanta importancia a un artículo, a un documento
 11 de este tipo durante el curso de una audiencia. Y
 12 con esto ahora le doy la palabra les una vez más
 13 al señor Martínez-Fraga para que hable de ratiome
 14 temporis.

15 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
 16 inglés): Señor presidente, ¿me permite saber
 17 cuánto tiempo me resta?

18 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
 19 Dado que se utilizaron trece minutos, tiene 7 u 8
 20 minutos.

21 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
 22 inglés): Claro, no nos queda mucho tiempo.

1 Queremos reiterar que nosotros nos remitimos a
2 nuestros escritos en lo que hace a *ratione*
3 *temporis*. Me gustaría hablar sobre un tema
4 adicional que es el argumento de la demandada que
5 tiene que ver con la acusación de que el Tribunal
6 no tiene jurisdicción. Es una diferencia que
7 surgió del APC, dado que el APC entró en vigor
8 después. Este argumento no se basa en ningún
9 texto de la APC sino en la interpretación de la
10 demandada de un Laudo y los casos no respaldan la
11 postura de la demandada y esto se aborda en la
12 réplica de la demandante en la página 93 a 104,
13 pero aquí vemos los principales casos. Luchetti,
14 por ejemplo, citado por la demandada tiene que
15 ver con disposiciones específicamente que
16 excluyen la aplicación a diferencias que surgen
17 antes de la entrada en vigor. El APC no tiene una
18 disposición de exclusión. Y también en el caso
19 MCI Power citado por la demandada dejó en claro
20 que el criterio pertinente, ya sea si una
21 diferencia tiene que ver con el un supuesto
22 quebrantamiento del tratado después de que entró

1 en vigor.

2 El Tribunal decidió que tenía jurisdicción en
3 torno a estas diferencias que surgía después de
4 la entrada en vigor del tratado. Y aquí cito,
5 "...de manera independiente de si tenían o no una
6 relación causal o servían como fundamento de
7 acusaciones que tenían que ver con actos o
8 diferencias antes de la entrada en vigor del
9 TBI." Fin de cita.

10 En consecuencia, la -- el análisis de las
11 diferencias en la decisión de MCI Power no tiene
12 que ver diferencias en el sentido amplio
13 contempladas por Mavrommatis, Luchetti y Vieira
14 sino en el contexto de un reclamo específico que
15 una medida de Estado específico ha quebrantado el
16 tratado de inversión bilateral.

17 Un tercer argumento superficial de la
18 demandada es su esfuerzo por importar de manera
19 inadecuada una interpretación amplia de la
20 palabra "diferencia" o "controversia", al uso muy
21 específico de ese término en el tratado bilateral
22 de inversiones entre Colombia y Suiza.

1 El TBI entre Colombia y Suiza utiliza el
2 término "controversia" no para los fines de
3 excluir las controversias que comenzaron antes de
4 la entrada en vigor del tratado como en Luchetti
5 y Vieira, sino en el contexto del período de
6 prescripción aplicable. Nosotros lo vemos en el
7 artículo 11.5 del TBI entre Colombia y Suiza que
8 dispone un período de prescripción de 5 años al
9 cual se remitieron las demandantes en este caso.
10 Y cuando analizamos el tema de controversia en el
11 contexto del artículo 11 del Tratado suizo queda
12 claro que al igual que MCI Power el término hace
13 referencia a una diferencia por inversión, un
14 reclamo que un Estado parte ha quebrantado el
15 tratado en relación con una inversión, y no el
16 sentido más general del término que, según
17 Colombia, se aplica en este caso.

18 El título del artículo 11 aquí cito: "Solución
19 de diferencias entre una parte y un inversionista
20 de la otra parte" establece ya -- prepara el
21 terreno. Nos dice que el artículo solo tiene que
22 ver con diferencias entre un Estado parte, por un

1 lado, y un inversionista por el otro. Más
2 importante también el artículo 11.1 identifica
3 los tipos de reclamos que se pueden presentar a
4 este arbitraje, según este artículo. Estos son
5 reclamos por un inversionista que cito, "que una
6 medida aplicada por la otra parte es incongruente
7 con una obligación de este acuerdo", fin de cita.
8 Es decir, un reclamo de un quebrantamiento del
9 tratado. El artículo 11.2 nos dice que estos
10 asuntos, en otras palabras, reclamos de un
11 quebrantamiento del tratado son las controversias
12 que pueden ser remitidas al arbitraje
13 internacional según el artículo. Y, de hecho, el
14 artículo 11.3 específicamente hace referencia a
15 la controversia presentada a arbitraje aquí como
16 una controversia de inversión. Fin de cita.

17 Entonces, ante la falta de un reclamo que un
18 Estado ha participado en una medida que es
19 incongruente con sus obligaciones al amparo del
20 tratado no hay controversia para referirse al
21 arbitraje y tampoco puede haber una medida de
22 Estado que quebrante el tratado, por ello no hay

1 controversia según este artículo hasta que el
2 Estado ha participado de una medida impugnada
3 después de que el tratado ha entrado en vigor.

4 Las otras disposiciones del artículo 11
5 también utilizan de manera constante el término
6 controversia en el sentido de las controversias
7 entre inversionistas y Estado, por ejemplo, los
8 artículos 11.4, 11.5 y 11.6 también hacen
9 referencia a la controversia como el asunto que
10 se presenta a arbitraje no en el sentido más
11 amplio de una desavenencia de más larga data o
12 diferencia que tiene que ver con la materia. Y
13 los artículos 11.6, 11.8 y 11.2 (b), que ya no
14 están en pantalla hacen referencia a las partes -
15 - a las controversias que tienen facultades o
16 responsabilidades que no tendrían sentido si se
17 tuviese la intención de utilizar un sentido más
18 amplio de controversia.

19 Entonces, queda claro que estas referencias --
20 de estas referencias que solo las partes de la
21 inversión de la controversia, la inversión misma.
22 Es decir, el arbitraje que tiene que ver con el

1 Estado, con la medida de Estado impugnada se
2 puedan considerar partes al arbitraje. Como
3 resultado la prescripción en los artículos 11.5
4 del TBI suiza está aquí desencadenada por el
5 conocimiento del inversionista en la medida del
6 Estado que da lugar a la controversia de
7 inversión que no está relacionada con las
8 desavenencias entre entidades relacionadas. La
9 única medida del Estado en este caso es la orden
10 de la Corte Constitucional de 25 de junio de
11 2014.

12 Y para concluir quiero hablar brevemente sobre
13 una observación que hizo el señor Ordoñez en la
14 página 105. La señora Ordoñez dijo que la
15 República de Colombia el año pasado recibió
16 14.000 millones de dólares en inversiones
17 extranjeras directas. Y le agradecemos esta
18 información. La República de Colombia tiene una
19 población de 50 millones de personas y no sé si
20 esta cifra es correcto o incorrecto, pero la
21 vamos a utilizar. Esto significa que esta
22 inversión extranjera directa sería suficiente

1 para darle a cada colombiano con -- darle a cada
2 colombiano 287 dólares, lo que es equivalente al
3 salario mensual colombiano. Pero no es así, dado
4 que el 45 por ciento de la población, 45,5 por
5 ciento de la población, vive en situaciones de
6 pobreza, y según lo define Colombia el 40 por
7 ciento de su territorio nacional está en manos de
8 combatientes por la libertad. El país se
9 encuentra en una situación de emergencia. Pero no
10 está en situación de emergencia porque tenga que
11 pagar los gastos de abogados de Washington para
12 que los defiendan en casos de inversionistas
13 contra Estados, como ya nos dijo (Fernández), las
14 palabras pueden confundir y también pueden llevar
15 a pensar en activismo extremo o son eufemismos
16 por la palabra "corrupción". El motivo de los
17 problemas de Colombia es que ha
18 institucionalizado la corrupción. En especial en
19 este caso le ha robado dos veces a estas
20 personas, y los ha empujado a presentar casos
21 ante Tribunales internacionales no una vez sino
22 dos veces.

1 Muchas gracias al Tribunal, muchas gracias por
2 la atención dispensada y por haber escuchado tan
3 atentamente nuestros argumentos.

4 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
5 Muchas gracias. Gracias señor Martínez-Fraga. Me
6 gustaría decir dos cosas. En primer lugar, a
7 menos que se me haya pasado por alto no creo que
8 hayamos recibido una copia de la presentación. A
9 lo mejor no vi llegar el e-mail.

10 Lo vi de la demandada, pero no de la
11 demandante. Le agradeceremos si lo puede enviar

12 SEÑOR DI PIETRO (Interpretado del inglés): Si
13 me lo permite, señor presidente, enviamos la
14 presentación a las 8 de la mañana, hora de Miami.
15 Y también la subimos al mismo tiempo en la
16 plataforma para compartir documentos.

17 COÁRBITRO FERRARI (Interpretado del inglés):
18 Sí, la recibí.

19 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
20 Bueno, me voy a fijar una vez más. No se
21 preocupen. Lo voy a aclarar durante la pausa.

22 SEÑOR DI PIETRO (Interpretado del inglés): La

1 podemos reenviar.

2 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
3 Sí, por supuesto. Deme unos minutos y lo voy a
4 verificar durante la pausa. Yo recibí un e-mail
5 suyo. Lo voy a ver.

6 SEÑOR DI PIETRO (Interpretado del inglés): Y
7 tendría que tener un documento adjunto.

8 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
9 Muy bien, me voy a fijar una vez más. Muchas
10 gracias.

11 El segundo punto que no creo, señor Reetz lo
12 que usted dijo sobre los materiales utilizados
13 por los Estados Unidos no surgió como objeción en
14 su momento.

15 SEÑOR REETZ (Interpretado del inglés): No,
16 señor presidente. Simplemente que objetamos a
17 considerar la cuestión porque no tuvimos la
18 oportunidad de responder, en especial porque el
19 material no constaba en el expediente.

20 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
21 Bueno. Simplemente le quise decir que en ese
22 momento no se dijo nada.

1 SEÑOR REETZ (Interpretado del inglés): Sí,
2 correcto, señor presidente. En ese momento no se
3 dijo nada.

4 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
5 Muy bien. Muchas gracias. Vamos a tener una pausa
6 de 15 minutos y comenzamos a las 11:35 hora de
7 los Estados Unidos. Muchas gracias.

8 (Pausa.)

9 ALEGATO DE CLAUSURA DE LA DEMANDADA

10 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
11 Señor Grané Labat: creo que abrevié un poquito el
12 receso para las partes, pero ahora estamos listos
13 para comenzar.

14 SEÑOR GRANÉ LABAT (Interpretado del inglés):
15 Sí, señor presidente. Estamos listos para
16 proceder.

17 Muy bien, con la venia del Tribunal, señor
18 presidente, voy a invitar a la señora Ana María
19 Ordóñez en nombre de la Agencia Nacional para que
20 haga su exposición. Hablará en español.

21 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
22 Adelante.

1 SEÑORA ORDÓÑEZ: Señor presidente, señores
2 miembros del Tribunal: en nombre de la República
3 de Colombia quiero agradecer su compromiso y
4 dedicación para escuchar las claras y
5 contundentes razones que hemos expresado para
6 demostrar que este Tribunal carece de
7 jurisdicción para conocer los reclamos de los
8 demandantes. Luego de navegar entre miles de
9 páginas, reportes y testimonios, hoy podemos
10 reiterar que Colombia ha demostrado que los
11 demandantes no han acreditado cumplir con los
12 requisitos jurisdiccionales del Acuerdo de
13 Promoción Comercial entre Colombia y Estados
14 Unidos.

15 Con la venia del Tribunal, haré algunas
16 precisiones en nombre de la República de Colombia
17 antes de continuar con nuestros alegatos de
18 clausura.

19 Para la República de Colombia es por lo menos
20 reprochable que sus propios nacionales intentan
21 burlar los requisitos jurisdiccionales del
22 tratado e iniciar abusivamente un arbitraje

1 internacional para el cual no existe ni
2 jurisdicción ni mérito.

3 Colombia confía en el buen juicio de los
4 honorables miembros de este Tribunal para
5 concluir que la interpretación apropiada del
6 Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y
7 los Estados Unidos es aquella que ha sido
8 dispuesta por las partes del tratado. El
9 consentimiento del Estado no puede ser importado
10 a través de la cláusula de nación más favorecida
11 con intentos desesperados para interpretar las
12 disposiciones del tratado de manera diferente a
13 la acordada por las partes.

14 Igualmente ha quedado demostrado que los
15 demandantes no pueden ignorar las limitaciones
16 temporales que impone el tratado con
17 interpretaciones deficientes. La disputa surgió
18 una década antes de la entrada en vigor del
19 tratado. En cualquier caso pasaron más de tres
20 años desde que se tuvo conocimiento del fallo de
21 la Corte Constitucional de 2014.

22 Durante esta audiencia Colombia también logró

1 demostrar que la nacionalidad dominante de los
2 hermanos Carrizosa es la de Colombia. Los
3 hermanos Carrizosa son unos exitosos empresarios
4 colombianos que han continuado el legado de su
5 padre, el reconocido empresario colombiano Julio
6 Carrizosa Mutis. Y más allá de su afinidad por la
7 cultura, la música y las películas de Estados
8 Unidos esta semana ha quedado claro que su
9 nacionalidad dominante es la de Colombia.

10 Al escuchar a los hermanos Carrizosa varios de
11 los colombianos que seguimos esta audiencia vimos
12 reflejado el llamado sentimiento patrio o
13 nacionalismo colombiano en sus declaraciones.
14 Todos los colombianos queremos poner la bandera
15 de Colombia en la cima del monte Everest como
16 Alberto Carrizosa. Todos los colombianos nos
17 preocupamos por proteger la democracia de
18 Colombia en cada elección, como (inaudible)
19 Carrizosa. Y todos los colombianos quisiéramos
20 ser exitosos hombres de negocios en Colombia como
21 Enrique Carrizosa.

22 A pesar de lo confusa y atropellada que ha

1 sido la identificación de la supuesta inversión
2 por parte de los demandantes es claro que una
3 decisión judicial no es una inversión protegida
4 por el tratado. El sentido literal del tratado es
5 claro e innegable.

6 El término "inversión" no abarca una
7 resolución o sentencia dictada en una acción
8 judicial o administrativa. Aunque los demandantes
9 afirmen que la sentencia del Consejo de Estado
10 del 1° de noviembre de 2007 representa una
11 inversión, esta no es una inversión cualificada
12 en virtud del tratado.

13 Señor presidente, señores miembros del
14 Tribunal: para concluir aprovecho esta
15 oportunidad para respetuosamente reiterar la
16 solicitud de Colombia consistente en que este
17 Tribunal condene a los demandantes al pago del
18 100 por ciento de las costas y honorarios a los
19 que Colombia ha incurrido para responder a
20 reclamaciones tan carentes de fundamento
21 jurisdiccional y de fondo que solo pueden ser
22 calificadas de irresponsables. Colombia solicita

1 respetuosamente a este Tribunal, como otros ya lo
2 han hecho antes, que no permita que supuestos
3 inversionistas abusen de los derechos que les
4 conceden los tratados de inversión presentando
5 reclamaciones infundadas y cuya posibilidad de
6 éxito siempre fue inexistente. A continuación, y
7 con la venia del Tribunal, le cedo la palabra a
8 Patricio Grané para que continúe con los alegatos
9 de clausura de la República de Colombia. Muchas
10 gracias por su atención.

11 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
12 Muchas gracias, señora Ordóñez.

13 SEÑOR GRANÉ LABAT (Interpretado del inglés):
14 Muchas gracias, señor presidente, miembros del
15 Tribunal. Vamos a comenzar diciendo algo muy
16 claro: este caso nunca debería haber sido
17 planteado. No es que hay una sola -una sola-
18 objeción jurisdiccional sino que cualquier tipo
19 de inversor responsable o bien informado
20 inmediatamente indicaría cuáles son las razones
21 insuperables por las cuales este caso no puede
22 establecerse. Este caso nunca tenía ningún tipo

1 de oportunidad de cumplir los requisitos
2 jurisdiccionales en virtud del APC y del derecho
3 internacional público. Incluso, en las posiciones
4 planteadas ha habido cambios y estos temas no han
5 sido marginales, sino que tienen que ver con la
6 supuesta inversión, la fuente de la controversia
7 y las medidas que supuestamente constituyen un
8 incumplimiento del APC. Por ejemplo, en su
9 solicitud de arbitraje y en su memorial ellos se
10 concentraron en las medidas regulatorias de 1998
11 y en la sentencia de la Corte Constitucional de
12 2011. Colombia planteó sus objeciones y las
13 demandantes cambiaron sus argumentos. Ahora
14 tratan de basarse en el auto confirmatorio de
15 2014 posterior al tratado. Ese auto no puede
16 soportar el enorme peso que le ponen las
17 demandantes. También es fatal a los argumentos de
18 la demandante la desestimación de las otras
19 disposiciones del APC. Dicen que estas
20 disposiciones son los requisitos jurisdiccionales
21 que son simplemente opcionales y que comienzan
22 con la solicitud de intención. Siguen con su

1 insistencia de los (pronunciamientos) ante la
2 CIDH en violación de la disposición sobre
3 renuncia. También ellos no pueden identificar una
4 inversión cubierta. También desestiman el
5 principio fundamental de la no retroactividad.

6 Este caso nunca debería ser incoado. Cuando se
7 deciden cosas como el alcance del capítulo
8 correspondiente del APC, el capítulo 12, el señor
9 Wethington le pide al Tribunal que ignore el
10 sentido corriente del tratado. Por ejemplo, le
11 dice al Tribunal que cuando el 12.1.2 dice que el
12 capítulo 10 se aplica solamente en la medida en
13 que aquellos capítulos o artículos de dichos
14 capítulos sean incorporados al capítulo 12, eso
15 no significa lo que dice según el señor
16 Wethington y las demandantes. De igual modo,
17 cuando el artículo 12.1.2 (b) dice que en la
18 solución de controversias inversionista Estado
19 está incorporada y es parte del capítulo 12
20 únicamente para reclamaciones que han incumplido
21 una de las partes, y esta es la disposición de
22 indemnización y (inaudible) según el capítulo 10,

1 las demandantes dicen que no dice lo que en
2 realidad dice. Le piden al Tribunal que adopten
3 una interpretación difícil y fantástica del
4 lenguaje del tratado. Una interpretación que es
5 totalmente incorrecta. La interpretación que
6 viola el Convenio de Viena es esta
7 interpretación. Nunca debería haberse planteado
8 esta causa.

9 Las demandantes se han dado cuenta tarde que
10 han planteado aseveraciones irresponsables y
11 posiciones que no pueden adoptarse. En la
12 apertura, y hace también unos minutos, las
13 demandantes dijeron por primera vez en este
14 arbitraje y sin ningún tipo de prueba, ni
15 siquiera un ápice de prueba, dijeron que las
16 (revisiones) judiciales que son objeto de
17 impugnación en este procedimiento se lograron a
18 través de fraude y corrupción. No es
19 justificación para ese tipo de conducta que es
20 irresponsable y que no se ajusta a las
21 demandantes. De cualquier forma, las desacredita
22 a ellas más que a su país de origen, Colombia.

1 Hay una serie de razones, señores miembros
2 del Tribunal, que se les han planteados y
3 cualquiera de ellas sería suficiente para
4 desestimar este caso en su totalidad. Nosotros
5 hemos preparado estas razones y les brindamos una
6 hoja de ruta al respecto. El desafío que tiene
7 Colombia en este cierre de dos horas -- no está
8 eligiendo solamente aquellas razones más notables
9 porque todas lo son, sino que estamos tratando de
10 identificar y resumir todas las que podemos en el
11 tiempo que se nos da y, por supuesto, nos basamos
12 en nuestros escritos.

13 Con la venia del Tribunal, voy a abordar la
14 objeción *ratione temporis* de Colombia. Mi colega,
15 la señora Horne, va a hablar de *ratione*
16 *voluntatis*. Después, mi socio Paolo Di Rosa va a
17 abordar las cuestiones de competencia *ratione*
18 *materiae*, *ratione personae* y vamos a brindar
19 algunas conclusiones en nombre de Colombia.

20 Pasemos ahora al tema de la competencia
21 *ratione temporis*. Es difícil abordar esta
22 excepción sin repetirnos. Les pido disculpas. Las

1 demandantes han dicho muy poco, si es que han
2 dicho algo, para abordar esta objeción de parte
3 de Colombia. El derecho consuetudinario
4 internacional con sus principios y también la dis
5 1.3 del APC son tan fundamentales y están tan
6 bien establecidos que ni siquiera las demandantes
7 pueden hacerlos espurios.

8 De hecho, nos hemos visto muy desalentados
9 porque las demandantes no han podido seguir el
10 asesoramiento del presidente. En la conferencia
11 previa a la audiencia invitó el presidente a las
12 partes a seguir el ejemplo de Lord Sumtion y no
13 presentar los argumentos más débiles. Y, por
14 supuesto, un obstáculo jurisdiccional que tiene
15 que ver con el período de no retroactividad y
16 prescriptivo. Y, por supuesto, esto no está
17 basado en la conducta previo al tratado. Por
18 supuesto tenemos que esperar que las demandantes
19 cambiasen el *statu quo* que existía antes de que
20 el tratado entrara en vigor.

21 De igual modo, teníamos curiosidad por ver
22 cómo era que las demandantes habían alegado que

1 el auto de 2014 dio lugar a una nueva
2 controversia. Las demandantes no hicieron ninguna
3 de estas cosas. No esperábamos que la
4 presentación estuviera a la altura de la historia
5 de Lord Sumtton de la Guerra de los Cien Años,
6 pero tenemos que cubrir temas que ya hemos
7 cubierto. Tenemos pleno conocimiento que el
8 Tribunal tiene experiencia amplia en el derecho
9 público internacional y conoce el derecho
10 aplicable. Incluso el artículo 10.13 del APC y el
11 principio de no retroactividad. No hace falta ser
12 profesor en derecho público internacional para
13 que se enseñen estos temas al Tribunal, así que
14 tenemos que concentrarnos en la aplicación del
15 derecho que ustedes conocen y realizar esa
16 aplicación en los hechos de ese caso. Colombia ha
17 demostrado que las demandantes quieren que
18 Colombia sea responsable de hechos o actos o
19 situaciones que existieron antes de la entrada en
20 vigor del APC. Eso queda confirmado por el hecho
21 de que las demandantes comenzaron el arbitraje
22 identificando las medidas regulatorias del 98 y

1 la sentencia de la Corte Constitucional de 2011 y
2 dijeron que eran medidas que, presuntamente,
3 incumplían las obligaciones de Colombia en virtud
4 del APC.

5 En mi apertura, y también en nuestras
6 diapositivas, citamos más de una decena de
7 admisiones de las demandantes que dejaron en
8 claro que sus reclamaciones se basan en dichas
9 medidas. Las demandantes trataron de reformular
10 todos sus argumentos en su réplica, alegando que
11 sus reclamaciones se basaban solamente en la
12 orden de 2014. Lo hicieron, por supuesto, porque
13 esta orden de 2014 es la única medida posterior a
14 la entrada en vigor del APC. ¿Pero es suficiente
15 indicar este acto posterior al tratado, como el
16 auto de 2011, para poder hacer que esa medida y
17 la controversia estén dentro del alcance
18 temporal? Por supuesto que no, y la
19 jurisprudencia deja bien en claro esto. En
20 algunas diapositivas las demandantes indicaron
21 alguna casuística, incluso casos citados por
22 Colombia, y en la apertura dijeron que eran

1 excelentes estos casos. Le pidieron al Tribunal
2 que lean esos casos e insistieron que lo haga.
3 Colombia espera que ustedes lo hayan hecho antes
4 de deliberar y rendir el Laudo. Cuando lo hagan,
5 verán que los argumentos de la demandante y los
6 casos citados por Colombia son casos que se han
7 tratado, pero también hay que tener en cuenta el
8 principio de la no retroactividad.

9 Se citó Eurogas. Tiene que ver con los
10 requisitos temporales impuestos por el tratado de
11 inversión pertinente en ese caso. El Tribunal
12 decidió en ese caso que la situación era
13 exactamente la misma antes y después de que el
14 TBI entrara en vigor. Debido a que las decisiones
15 posteriores al tratado por parte del gobierno no
16 habían alterado sino simplemente confirmado el
17 statu quo previo al tratado, el tribunal de
18 Eurogas determinó que carecía de jurisdicción
19 racione temporis respecto de sus actos. Aunque se
20 trataba de actos post datados después de la
21 entrada en vigor del tratado. Según el tribunal,
22 decidir otra cosa sería pedirle al tribunal que

1 estableciese un razonamiento artificial y
2 legalistas para circunvalar los límites
3 temporales de la aplicación del tratado. Eurogas
4 es el caso RL-0013, párrafo 458.

5 También citamos el laudo provisional del caso
6 Spence que explicó que la reclamación que se
7 alega debe estar lo suficientemente alejada de
8 los hechos y actos previos a la entrada en vigor
9 del tratado y que deben ser incumplimientos
10 justiciables en su propio derecho, y que el
11 supuesto incumplimiento puede ser evaluado según
12 el fondo sin exigir una determinación respecto de
13 la legitimidad de la conducta previa al tratado.
14 En la apertura, y se citó creo que un párrafo en
15 donde el tribunal indica que se da valor a la
16 decisión porque era una decisión que era
17 específica en cuanto a los hechos, pero las
18 demandantes no han explicado por qué Spence no es
19 un caso que se aplica. Y no le ofrecen ningún
20 tipo de orientación al Tribunal a pesar de lo
21 indicado en el caso Spence por parte de la
22 demandante.

1 ¿Por qué es que las demandantes tienen tanto
2 interés en que el Tribunal desestime la
3 orientación de Spence, Eurogas, Corona, ST-AD,
4 Grand River y los otros casos citados por
5 Colombia? Porque saben que, si ustedes lo hacen,
6 si determinan que no tienen que examinar esas
7 decisiones ustedes no van a entender cómo es que
8 pueden aplicar el principio de no retroactividad.
9 Si ustedes siguen esa orientación y aplican el
10 principio fundamental de la no retroactividad del
11 artículo 10.1.3 del TPA determinarán ustedes que
12 la orden de 2014 estaba basada en la conducta
13 previa al tratado, no modificó el statu quo
14 previo al APC y no es ejecutable desde el punto
15 de vista independiente. Si ustedes determinan
16 esto, tendrán que concluir que los argumentos de
17 la demandante deben ser desestimados en su
18 totalidad por falta de competencia *ratione*
19 *temporis*.

20 En su apertura -no en el cierre de hoy- las
21 demandantes dijeron una y otra vez que este
22 Tribunal debe aceptar la calificación de las

1 demandantes de sus propias reclamaciones. Al
2 hacerlo, las demandantes parecen sugerir que
3 Colombia ha reconfigurado las reclamaciones de la
4 demandante. No es el caso, Colombia ha citado las
5 descripciones de la demandante de sus
6 reclamaciones en la solicitud de arbitraje, el
7 memorial, en la réplica y en los escritos ante la
8 CIDH. Las demandantes en sus últimos escritos y
9 en esta audiencia han tratado de reformular sus
10 reclamaciones. No podemos -- pero ella ahora no
11 puede dejar de lado sus escritos anteriores.
12 Todos están inequívocamente basados en el tema de
13 las medidas del 98 y de la sentencia de 2011
14 anteriores al APC.

15 En su memorial, las demandantes enumeraron 9
16 presuntas razones de por qué las medidas del 98
17 eran ilegítimas y dice 6 supuestas razones por
18 las cuales era ilegítima también la sentencia de
19 2011. Y las demandantes también indicaron una y
20 otra vez que los actos previos al tratado
21 constituían violaciones al tratado. En pantalla
22 verán ejemplos de las manifestaciones de las

1 demandantes en sus escritos que impugnan la
2 legitimidad de las medidas regulatorias del 98 y
3 de la sentencia de la Corte Constitucional de
4 2011.

5 También las demandantes presentaron un informe
6 de impuestos. Aludía a esto en mi presentación de
7 apertura. Todo este informe tiene la admisión de
8 la fuente de responsabilidad de la teoría de la
9 demandante. El Tribunal recordará que los peritos
10 en daños de las demandantes -- bueno, a ellos se
11 les pidió que evaluaran los presuntos daños
12 incurridos por la demandante como resultado de
13 las medidas del 98. Las demandantes se encuentran
14 en una situación imposible. Por un lado, están
15 tratando de convencer al Tribunal de que sus
16 argumentos no tienen que ver con la sentencia de
17 2011, pero por otro lado se dan cuenta de que la
18 única medida posterior al tratado, es decir el
19 laudo de 2014, no cambió nada. Entonces, para
20 tratar de cerrar esa brecha, alegan que la
21 sentencia de 2011 no fue definitiva y que el
22 presunto incumplimiento ocurrió cuando el auto de

1 2014 confirmó la sentencia de 2011. Eso es algo
2 equivocado en virtud del derecho colombiano y
3 también queda contradicho por los propios
4 escritos de las demandantes. El artículo 241 de
5 la Constitución colombiana dispone que: "Las
6 sentencias de la Corte Constitucional son
7 definitivas." Esto es blanco y negro. Y lo mismo
8 se aplica a la sentencia de 2011: es una
9 sentencia de la Corte Constitucional y es
10 definitiva debido al artículo 241 de la
11 Constitución. El artículo 49 del decreto 2067
12 confirma que al disponer que no hay posibilidad
13 de apelación de las sentencias de la Corte
14 Constitucional la situación es justamente esa, y
15 esto fue confirmado por Ibáñez y por las
16 sentencias de la Corte Constitucional, que
17 incluso la señora Briceño citó en su segundo
18 informe pericial. Las demandantes mismas
19 reconocen que sus litigios en los tribunales
20 colombianos quedaron cerrados debido a la
21 sentencia definitiva de la Corte Constitucional
22 de 2011 y esto se ve aquí en la cronología en

1 pantalla.

2 En efecto, cuando presentaron su petición
3 ante la CIDH en junio de 2011, más de dos años
4 antes del dictado del auto de 2014, las
5 demandantes reconocieron expresamente que habían
6 agotado todos los recursos en Colombia. Ese es un
7 requisito jurisdiccional para que ellos pudiesen
8 incoar dicha acción ante la CIDH. En pantalla ven
9 una cita de esa presentación de 2012. Las
10 demandantes hacen referencia a las medidas
11 regulatorias del 98 y a la sentencia de la Corte
12 Constitucional de 2014 y han indicado que los
13 recursos internos se habían agotado.

14 Esta admisión se reitera en presentaciones
15 subsiguientes de las demandantes ante la comisión
16 en 2016 y en 2018. Se trata del R-0119, página
17 16, para las presentaciones de 2016 y el R-0122,
18 página 13, para las de 2018.

19 La admisión de las demandantes de que, en
20 2012, después de la sentencia de 2011 de la Corte
21 Constitucional, pero antes del dictado del auto
22 de 2014, se habían agotado los recursos locales,

1 contradice totalmente los argumentos de la
2 demandante de que este arbitraje -- en este
3 arbitraje de que la sentencia de 2011 no era
4 definitiva.

5 El auto de 2014 no hizo nada para alterar las
6 situaciones fácticas o jurídicas que existían
7 previamente. Ni siquiera la demandante puede
8 negar esto. Ese auto no fue nada más que una
9 confirmación por parte de la Corte Constitucional
10 de su decisión anterior. Es decir, la sentencia
11 de 2011. Entonces, el hecho es que el statu quo
12 era el mismo antes y después de la entrada en
13 vigor del APC.

14 Y hoy escuchamos afirmaciones de la
15 demandante que les están pidiendo que asuman la
16 hipótesis que el auto de 2000 hubiese tenido una
17 decisión diferente. Es decir que hubiese sido
18 totalmente diferente. Es realmente sorprendente
19 en ese caso. Sugieren o parecen sugerir, si lo
20 entendimos correctamente, que la sentencia de
21 2011 no habría sido definitiva, inapelable. Esto
22 es lo que -- No tiene sentido y no es el análisis

1 que se debe realizar a la luz del principio de no
2 retroactividad de artículo 10.1.3, debido a los
3 hechos indisputados porque ellos tienen el auto
4 de 2014 que no modifica la sentencia previa al
5 APC 2011, y esto es lo que las demandantes siguen
6 ignorando. Pero, de cualquier manera, si la
7 sentencia hubiese tenido una decisión diferente,
8 no estaríamos hoy aquí, ¿verdad? Entonces, esta
9 situación hipotética que le presentaron no ofrece
10 ayuda alguna.

11 Para concluir, después de cuatro escritos,
12 una apertura de dos horas y media, y un cierre de
13 dos horas, las demandantes no logran decir cómo o
14 si el auto de 2014 quebrantó de manera
15 independiente el APC y en qué daños, si es que se
16 incurrió en algunos, se incurrieron como
17 resultado de esa medida y de las medidas del auto
18 de 2014, a diferencia de las medidas previas del
19 tratado que ellos siguen apuntando como la fuente
20 de responsabilidad.

21 Colombia ha demostrado que el Tribunal carece
22 de jurisdicción porque la diferencia surgió antes

1 de la entrada en vigor del APC. Estas son
2 nuestras objeciones *ratione temporis*. Y
3 determinar si una controversia surgió, depende en
4 parte del curso de la definición, en parte por
5 supuesto de la definición de una diferencia.

6 En sus escritos, Colombia aplicó la
7 definición de derecho internacional bien
8 establecida de una controversia según fue
9 establecida por la Corte Internacional de
10 Justicia en su decisión realmente por
11 antonomasia. En esta definición, una controversia
12 es un desacuerdo sobre un punto de derecho o
13 hecho, o un conflicto de opiniones, intereses u
14 opiniones legales. Esto una vez más viene de
15 *Mavrommatis*.

16 En sus escritos las demandantes sostuvieron
17 que el Tribunal debe apartarse de la definición,
18 pero no ofrecen una alternativa. El abogado de
19 las demandantes en este argumento cuestionaron la
20 definición de una controversia al artículo 11.5
21 del TBI y confieso que aquí realmente estaba ya
22 un tanto nervioso en tener que aceptar esta

1 definición, pero también me desilusionó un poco
2 porque no se ofreció una definición. Y escuchamos
3 más adelante, dos horas después, fue un intento
4 de importar una definición que no existe de la
5 diferencia o de controversia a partir del TBI
6 entre Colombia y Suiza. Y también argumentos que
7 una y otra vez hemos visto en este procedimiento.

8 Pero como hemos explicado en la
9 definición de diferencia que se aplica al APC, es
10 la que es congruente con lo presentada por la
11 Corte Internacional de Justicia. Y según esta
12 definición, lo que las demandantes han dicho como
13 definición clásica, no hay dudas que esta
14 diferencia surgió antes de la entrada en vigor
15 del APC.

16 Como hemos dicho una y otra vez. la
17 diferencia surgió a más tardar en julio de 2000,
18 donde en realidad las demandantes estaban
19 tratando de responder una demanda de los
20 tribunales colombianos en contra de las medidas
21 regulatorias de 1998 y con la presentación de
22 esta demanda, las demandantes articularon el

1 conflicto de opiniones jurídicas y los intereses
2 con el Estado colombiano.

3 En un intento por superar esto, las
4 demandantes están tratando de manera artificial
5 de desglosar su controversia. El abogado utiliza
6 la palabra de "trocear en partes", y dice que
7 esto surgió cuando se expidió el auto de 2014.
8 Pero claramente esto no es así. Como el Tribunal
9 en el caso Lucchetti explicó, el elemento crítico
10 para determinar la existencia de una o dos
11 controversias separadas es si tienen que ver con
12 la misma materia o no. RL-20, párrafo 50. Aquí
13 la materia no cambió desde la demanda en julio de
14 2000 y es la ilicitud de las medidas regulatorias
15 de 1998. Las propias afirmaciones de las
16 demandantes en sus escritos demuestran que esta
17 es una controversia única que surgió hace
18 décadas.

19 Uno de muchos ejemplos proviene del memorial
20 de las demandantes que cité en nuestra apertura,
21 pero que voy a citar una vez más debido a su
22 brevedad. En pocas palabras, las autoridades

1 regulatorias financieras expropiaron ilegalmente
2 la inversión de la demandante.

3 Están invocando una protección al amparo del
4 tratado y hacen referencia a la inversión y
5 apuntan a algo que ocurrió en 1998. En pocas
6 palabras, ese es su caso.

7 Las demandantes definen este caso como algo
8 que se basó en las medidas regulatorias de 1998 y
9 las afirmaciones de las demandantes ante la
10 Convención Interamericana de Derechos Humanos
11 también indican que fue una controversia única
12 que surgió mucho antes de que entrara en vigor el
13 APC.

14 Para recordar, la demandante presentó una
15 petición ante la Comisión Interamericana donde se
16 quejaba, reclamaba las medidas regulatorias de
17 1998 y la sentencia de la Corte Constitucional de
18 2011 y se dijo que era el derecho a adquirir la
19 propiedad privada y posteriormente se actualizó
20 esta solicitud de 2012 -- 16 para incluir el
21 reclamo bajo la orden confirmatoria de 2014.

22 Las demandantes han descrito la controversia

1 de manera acumulada en sus presentaciones ante la
2 comisión, lo hicieron en 2017, lo cual pueden ver
3 en pantalla. Y lo estamos tomando palabra por
4 palabra.

5 Y ven aquí, se hace referencia a la sentencia
6 de 2011 junto con las órdenes dónde -- los autos
7 donde se inserta la controversia. Con esto no
8 estamos de acuerdo. Esto es lo que pensamos. Ha
9 quebrantado nuestros derechos, incluyendo el
10 derecho a la propiedad privada. De igual manera,
11 también esto hace referencia a la sentencia y al
12 auto de 2014, la sentencia de 2011 y el auto de
13 2014. Para concluir, este caso, según ha sido
14 afirmado por las demandantes y no como ha sido
15 reformulado por la demandante, está fuera de la
16 jurisdicción por virtud del artículo 10.1.3 del
17 APC, porque busca concluir una instancia de
18 responsabilidad que surge de un acto o hecho que
19 tuvo en lugar antes de la entrada en vigor del
20 APC.

21 Pero hay otro motivo por el cual los reclamos
22 de la demandante deben ser desestimados

1 completamente y es que no cumplen con el periodo
2 de prescripción.

3 Aparentemente las demandantes no disputan que
4 están sujetas a un período de prescripción y
5 tampoco disputan que según el período de
6 prescripción de 3 años del APC, los reclamos de
7 las demandantes están prescritos. Si el Tribunal
8 concluye, como respetuosamente pensamos que
9 debiera hacerlo, que se aplique el período de
10 prescripción de APC, termina el caso, debe ser
11 desestimado por falta de jurisdicción *ratione*
12 *temporis*, es tan simple como esto.

13 Totalmente consciente de este obstáculo
14 jurisdiccional al caso, la falla letal del caso
15 es que las demandantes trataron de obviar el
16 período de prescripción del APC para lo cual
17 invocan la cláusula de nación más favorecida
18 según el capítulo 12, para importar un período de
19 prescripción más extenso. Pero Colombia ha
20 demostrado que el capítulo 12 de la cláusula de
21 nación más favorecida no permite a la demandante
22 obviar una condición de consentimiento como el

1 período de prescripción del APC.

2 Pero, incluso si lo hiciera y las demandantes
3 lograsen importar del TBI entre Colombia y Suiza
4 un período de prescripción más extenso de cinco
5 años, sus reclamos aún habrían prescripto.

6 Quiero dedicar solo unos momentos a
7 abordar la imposibilidad jurídica de utilizar la
8 cláusula de nación más favorecida del capítulo 12
9 para importar disposiciones de resolución de
10 controversias de otros tratados.

11 Colombia ha hablado sobre esto en extenso y
12 sabemos que el Tribunal lo conoce en gran medida
13 y también lo hemos remitido anteriormente.

14 Pero, en primer lugar, las demandantes y su
15 perito, el profesor Mistelis, afirman que las
16 cláusulas de nación más favorecida son generales
17 y se aplican a las disposiciones de solución de
18 controversias. Y, al hacerlo, la demandante le
19 pide a este Tribunal que se sume a la línea de
20 casos de Maffezini. Pero durante esta audiencia,
21 las demandantes han tratado de distanciarse de
22 Maffezini y lo hicieron en la apertura. Pero las

1 demandantes hacen referencia al caso Maffezini
2 durante sus presentaciones, así como el profesor
3 Mistelis. Nos parece que estas referencias --
4 perdón, encontramos estas referencias en la
5 diapositiva en pantalla.

6 Las demandantes, sin embargo, ignoraron u
7 omitieron deliberadamente en sus escritos el
8 hecho que el Tribunal Maffezini específicamente
9 determinó que los Estados crearon un sistema
10 altamente institucionalidad, (viciado) de
11 arbitraje que incorpora reglas de procedimiento
12 precisas, por ejemplo, con respecto al Tratado de
13 Libre Comercio de América del Norte y
14 disposiciones similares. Y, queda claro, que
15 ninguno de estos mecanismos podría ser modificado
16 por la operación de la cláusula porque se trata
17 de disposiciones muy específicas que reflejan la
18 voluntad precisa de las partes contratantes.
19 Maffezini, párrafo 63.

20 Después de haber dedicado tanto tiempo a
21 utilizar el TLCAN como guía y algunas veces como
22 sustituto del APC, las demandantes no niegan que

1 esta afirmación del Tribunal de Maffezini
2 completamente menoscaba su dependencia de
3 Maffezini y su propiedad.

4 El profesor Mistelis citó el comentario de la
5 CDI de 2015 sobre cláusula de nación más
6 favorecida en sus informes periciales, pero obvió
7 destacar ciertas conclusiones clave que tornan a
8 Maffezini inaplicable en este caso. Por ejemplo,
9 la CDI intentó utilizar la cláusula de nación más
10 favorecida para agregar otro tipo de
11 disposiciones de solución de controversias que
12 van más allá del período o la demora del litigio
13 de 18 meses y esto no se logró. Y todos sabemos
14 que este período de 18 meses no está en disputa
15 en este caso.

16 En segundo lugar, también la CDI concluyó
17 que "cuando la cláusula de nación más favorecida
18 dispone simplemente el trato que no sea menos
19 favorable con la única calificación que
20 supuestamente expande el alcance del tratamiento
21 a ser conferido, los tribunales han rechazado
22 invariablemente interpretar esta disposición como

1 que incluye la solución de controversias". Fin de
2 cita. Una vez más, aquí las demandantes no están
3 tratando de obviar una demora en el litigio de 18
4 meses y la redacción de cláusula de nación más
5 favorecida es la que describe la CDI.

6 Dado que no tengo tiempo voy a obviar la
7 nota al pie del capítulo 10 de la cláusula de
8 nación más favorecida porque las demandantes
9 dijeron que no es nada nuevo, pero están tratando
10 de obviar nuestro argumento, y están tratando de
11 rotularlo. Pero Colombia se remite a sus escritos
12 en Maffezini sobre este tema. Y también remite al
13 Tribunal a la presentación que realizó los
14 Estados Unidos como parte no contendiente en este
15 caso.

16 Miembros del Tribunal: incluso si ustedes
17 estuviesen inclinados a sumarse a la línea de
18 casos de Maffezini y la implicación del período
19 de prescripción de cinco años, a partir del TBI
20 entre Colombia y Suiza, no establecería
21 jurisdicción en este caso. Ustedes recordarán que
22 el artículo 11.5 del TBI entre Colombia y Suiza,

1 que las demandantes intentan importar al período
2 de prescripción de cinco años, y aquí cito: "a
3 partir de la fecha en que el inversionista
4 adquirió, primero debiera haber adquirido --
5 obtenido, perdón, conocimiento de los eventos que
6 dieron lugar a la controversia". Como lo hemos
7 demostrado, en sus escritos las demandantes
8 admitieron que la diferencia surgió con las
9 medidas de 1998 y como máximo en julio de 2000.
10 De ello se desprendió una serie de decisiones
11 judiciales que están vinculadas fundamentalmente
12 a la materia de la medida de 1998.

13 Incluso asumiendo de que la diferencia surgió
14 no en julio de 2000, como en realidad lo hizo,
15 sino también con la expedición de la sentencia de
16 la Corte Constitucional de 2011, el caso de la
17 demandante se debe desestimar porque esa
18 sentencia se expidió antes del período de corte
19 de cinco años, según el TBI entre Colombia y
20 Suiza. Esto concluye nuestras presentaciones
21 sobre jurisdicción *ratione temporis*.

22 Y voy a pedir brevemente, quizás en el

1 minuto que resta, que mis colegas muestren el
2 anexo que hemos creado para que el Tribunal vea
3 la hoja de ruta de las diferentes objeciones para
4 que ustedes tengan un resumen gráfico, una
5 representación de *ratione temporis*. Y esto debe
6 ser una hoja de ruta para el Tribunal, para
7 analizar nuestras objeciones a la jurisdicción.

8 No voy a poder mostrarle al Tribunal lo que
9 tenemos en este cuadro, pero refleja todo lo que
10 hemos dicho en este arbitraje en nuestros
11 escritos y esta semana en esta audiencia.

12 Con ello, y con el permiso del Tribunal, voy
13 a invitar a mi colega, la señora Horne, a hablar
14 sobre la objeción *ratione voluntatis*.

15 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
16 Muchas gracias, señor Grané.

17 Señora Horne.

18 SEÑORA HORNE (Interpretado del inglés):
19 Buenas tardes, buenas noches, una vez más señor
20 presidente, señores miembros del Tribunal.

21 Abordaré brevemente el término -- el
22 concepto de *ratione voluntatis*. Y vamos a mostrar

1 el PowerPoint en pantalla. Como ustedes
2 recordarán, a partir de mi presentación el día
3 lunes, la objeción de Colombia se divide en
4 cuatro partes. Voy a comenzar con la primera
5 parte de la objeción.

6 El Tribunal no tiene jurisdicción por los
7 reclamos de trato justo y equitativo o trato
8 nacional de la demandante porque no se concedió
9 el consentimiento para arbitrar estos reclamos
10 según el capítulo 12 del APC. Este Tribunal
11 eminente sabe muy bien, conoce muy bien, las
12 reglas consuetudinarias de la interpretación de
13 los tratados, pero también vale la pena subrayar
14 esto, debido a la persistencia de las demandantes
15 en ignorarlas. Aquí el significado corriente del
16 artículo 12.1.2(b) del APC, el contexto de esta
17 disposición y el acuerdo subsiguiente y la
18 práctica de los Estados parte demuestran que el
19 consentimiento al arbitraje según el capítulo 12
20 es limitado.

21 Ahora bien, los términos de 12.1.2(b) son
22 inequívocos. El consentimiento al arbitraje se

1 aplica -aquí cito-: "solamente para los
2 reclamos", fin de cita. Según los artículos 10.7,
3 10.8 y 10.14. El efecto de la palabra "solamente"
4 muestra aquí en pantalla.

5 El consentimiento arbitral está limitado a
6 estos cuatro tipos de reclamos. Y no hay
7 consentimiento a arbitrar reclamos según otras
8 disposiciones del APC, ya sea del capítulo 10 o
9 del capítulo 12 mismo. El contexto de esta
10 cláusula respalda completamente este análisis. La
11 introducción del artículo 12.1.2 deja en claro
12 que los artículos de otros capítulos, incluso el
13 mecanismo para la solución de diferencias entre
14 Estados e inversores, solo se aplica en la medida
15 -y cito- "y fin de cita en que están incorporados
16 expresamente". Además, el artículo 12.18 dispone
17 contexto crítico. Esto tiene que ver con la
18 pregunta que nos hizo el Tribunal, y
19 anteriormente la demandante no la pudo responder
20 hoy. El mecanismo de solución de controversias
21 entre Estados es el mecanismo general que se
22 aplica a los reclamos según el capítulo 12. Esta

1 es la manera en la cual se deben resolver los
2 reclamos según el capítulo 12. De esta manera, no
3 son derechos sin recursos, como lo sugiere una y
4 otra vez la demandante. El artículo 12.1.2(b)
5 crea un régimen diferente, una excepción que
6 permite a los inversionistas de servicios
7 financieros presentar solo algunos reclamos,
8 reclamos según las protecciones de inversión
9 importadas del capítulo 10 al arbitraje.

10 Y aquí el artículo 10.16.1 del APC también es
11 pertinente.

12 El artículo 10.16.1 indica explícitamente que
13 los reclamos que alegan incumplimiento de las
14 protecciones del capítulo 10 están sujetos al
15 arbitraje entre inversionistas y Estados. Ustedes
16 no encontrarán esta disposición en el capítulo
17 12.

18 Ahora bien, el artículo 31.3 de la Convención
19 de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone
20 que el acuerdo subsiguiente y las prácticas de
21 los Estados parte también se deben tener en
22 cuenta.

1 La demandante por primera vez en esta
2 mañana presentó una objeción, dado que según
3 ellos dicen, sería perjudicial para la
4 demandante. Queda poco claro el fundamento de
5 esta objeción. El acuerdo subsiguiente y la
6 práctica de los Estados partes es una aplicación
7 de los términos corrientes de la Convención de
8 Viena que consta en el expediente y que refleja
9 también el derecho internacional consuetudinario
10 que por supuesto sí se aplica a esta
11 controversia, como las demandantes ya lo
12 admitieron.

13 Además, el APC dispone expresamente que
14 los Estados Unidos pueden presentarse como parte
15 no contendiente según el artículo 10.20.2. En
16 otras palabras, no hay fundamento sobre el cual
17 se podría ignorar el acuerdo subsiguiente y la
18 práctica de las partes.

19 Además, la postura de Colombia fue expresada
20 en sus observaciones en los párrafos 4 a 14 de
21 esa presentación, sobre la presentación de los
22 Estados Unidos y Colombia hizo referencia al

1 comentario de la CIDH sobre los tratados
2 posteriores y la práctica. Este comentario indica
3 en primer lugar que un acuerdo subsiguiente no
4 necesita a ser formal, sino que debe reflejar la
5 intención de aclarar el significado del tratado y
6 el entiendo común de su significado.

7 Y, en segundo lugar, que la práctica
8 subsiguiente incluye toda la conducta en la
9 aplicación de ese tratado, incluidas aquí
10 presentaciones en procedimientos jurídicos.
11 Entonces, siempre y cuando esta conducta ayude a
12 entender de manera común el tratado. Las
13 demandantes sostuvieron hoy que las
14 interpretaciones de Colombia y los Estados
15 Unidos, aquí cito: "no se contraponen". Es una
16 admisión que las partes del tratado están
17 totalmente de acuerdo. Los Estados Unidos
18 confirmaron expresamente que el artículo 12.1.2
19 (b) limita el alcance del consentimiento al
20 arbitraje. Colombia aceptó en sus escritos orales
21 y escritos el artículo 31.3, por lo tanto, se
22 aplica.

1 En sus presentaciones las demandantes
2 sostuvieron que el TLCAN se debe utilizar como
3 punto guía al interpretar el APC. El TLCAN ayuda,
4 pero no al caso de la demandante. El TLCAN tiene
5 un capítulo de servicio financiero separado. El
6 capítulo 14. Y el significado corriente de los
7 términos del TLCAN, el contexto de esos términos,
8 el objeto y fin del capítulo 14, el acuerdo
9 subsiguiente y la práctica de los Estados partes
10 del TLCAN y la jurisprudencia pertinente, todos
11 confirman que el TLCAN también limita el
12 consentimiento al arbitraje según su capítulo de
13 Servicios Financieros.

14 Como las demandantes y su perito concedieron,
15 aceptaron, el texto del artículo 1401 (2) del
16 TLCAN es prácticamente idéntico al artículo
17 12.1.2 (b) del APC y simplemente confiere el
18 consentimiento para el arbitraje únicamente de
19 reclamos particulares. El contexto del artículo
20 1401(2) del confirma su significado. La
21 diferencia según el capítulo 14 se deben
22 presentar al arbitraje entre Estados.

1 Además, el alcance amplio del consentimiento
2 al arbitraje en el capítulo de inversión separado
3 es explícito y claro. No hay contraparte en el
4 capítulo de Servicios Financieros.

5 Además, el objeto y fin del capítulo 14 del
6 TLCAN confirma el alcance del consentimiento,
7 alcance limitado. El Tribunal en Fireman's Fund
8 consideró este tema, analizó las pruebas y
9 determinó que los redactores del TLCAN sí en
10 realidad quisieron crear un régimen totalmente
11 diferente para los inversionistas de servicios
12 financieros porque a la luz de los contextos
13 financieros diferentes presentes en el país en
14 ese momento. La solución fue que los
15 inversionistas de Servicios Financieros pudiesen
16 arbitrar reclamos por expropiación pero que otros
17 reclamos estén sujetos a la resolución únicamente
18 entre los Estados. Los tres Estados partes del
19 TLCAN estuvieron de acuerdo totalmente en la
20 interpretación del artículo 1401(2). Nosotros
21 realizamos estas presentaciones durante la
22 audiencia. Canadá y México realizaron

1 presentaciones para tal fin en el arbitraje de
2 Fireman's Fund. Y el intento de leer o
3 interpretar otras palabras por parte de la
4 demandante no es efectivo, y los Estados Unidos
5 desde entonces ha avalado esta postura en este
6 arbitraje.

7 Con esto llego a la jurisprudencia
8 pertinente. El Tribunal de Fireman's Fund es el
9 único Tribunal que ha interpretado o aplicado el
10 artículo 1401(2) del TLCAN. Las demandantes han
11 afirmado que esta decisión del Tribunal de
12 Fireman's Fund implica también hacer referencia
13 al artículo 1402 que fue obiter dicta. Y ellos lo
14 mencionan en su testimonio y si bien queda claro
15 que han tergiversado el caso, si bien trataron de
16 parafrasearlo, lo que ocurrió es lo siguiente: la
17 demandante afirmó trato nacional, trato justo y
18 equitativo y reclamos por expropiación según el
19 capítulo 11 del TLCAN. México objetó que los
20 reclamos debieran ser regidos por el capítulo 14
21 porque implicaban una institución financiera. El
22 Tribunal en una decisión preliminar interpretó el

1 significado de institución financiera y sostuvo
2 que los reclamos estaban de hecho regidos por el
3 capítulo 14 del TLCAN. Como resultado el Tribunal
4 desestimó por falta de jurisdicción los reclamos
5 por trato nacional y trato justo y equitativo de
6 la demandante que escapaban al alcance del
7 consentimiento el arbitraje según el capítulo 14
8 del TLCAN.

9 La jurisdicción del Tribunal así gira en
10 torno a la interpretación del artículo 1401 (2).
11 Esto se aleja mucho de ser obiter dicta. Ahora
12 bien, la interpretación adecuada del TLCAN es
13 adecuada.

14 Pero ahora consideremos brevemente el contexto
15 histórico. En 1994 entra en vigor el TLCAN. El
16 artículo 1401 (2) dispone del consentimiento a
17 arbitraje al amparo del capítulo 14, pero
18 solamente para cuatro reclamos. En julio de 2003
19 el Tribunal en Fireman's Fund expide su decisión
20 sobre jurisdicción y sostiene que el artículo
21 1401(2) limitó el consentimiento al arbitraje
22 según el capítulo 14. Recuerden que los Estados

1 Unidos participaron y estaban totalmente al tanto
 2 de este arbitraje. Tres años después Colombia y
 3 los Estados Unidos firmaron el APC. En ese
 4 documento el artículo 12.1.2 (b) del APC utiliza
 5 un texto prácticamente idéntico al artículo 1401
 6 (2) del TLCAN. Y el APC entró en vigor en 2012.
 7 Esta cronología se contradice directamente con la
 8 teoría de las demandantes que el artículo 12.1.2
 9 (b) del APC de alguna manera tenía la intención
 10 de permitir un consentimiento amplio al
 11 arbitraje.

12 Ahora, consideremos brevemente la teoría de
 13 la demandante. Esta interpretación que a ellos
 14 conviene se basa no en el texto, no en el
 15 contexto, no en el objeto y fin, ni la práctica
 16 posterior o la jurisprudencia. En cambio, hacen
 17 referencia a lo que ellos dicen son medios
 18 complementarios de interpretación según el
 19 artículo 32. Como asunto preliminar recurrir a
 20 estos medios suplementarios no es necesario en
 21 este caso. Pero que de cualquier manera las
 22 demandantes no han identificado ninguna traba o

1 ninguna tabla que reúna las condiciones según el
 2 significado del artículo 32. Ahora bien, el
 3 Tribunal de Aerolíneas Austríacas, analizó un
 4 borrador de las disposiciones que fue
 5 intercambiado entre las partes durante las
 6 negociaciones. Nosotros no tenemos un intercambio
 7 de este tipo aquí. Entonces, lo que presentaron
 8 las demandantes son sus supuestas pruebas que
 9 vienen en dos partes. En primer lugar, las
 10 opiniones del señor Wethington y en segundo lugar
 11 el testimonio de otro funcionario de los Estados
 12 Unidos ante el Congreso de los Estados Unidos.

13 En primer lugar, el testimonio del señor
 14 Wethington que él admitió se basa en lo que él
 15 recuerda y no está respaldado por ningún
 16 documento intercambiado entre las partes del
 17 tratado durante las negociaciones del TLCAN.
 18 Además, el señor Wethington admitió que su -- una
 19 vez más que sus opiniones -- admitió esto en su
 20 primer informe. Sus opiniones son incongruentes
 21 con los textos del TLCAN, así como el APC. Él
 22 dijo en su primer informe pericial que la

1 solución de disputas entre inversionistas y
 2 Estados no está en el artículo 1402
 3 específicamente aplicables a incumplimientos de
 4 artículo 1405 y 1406. Durante su testimonio
 5 desesperadamente trató de concentrarse en lo que
 6 debería decir el TLCAN, y finalmente admitió lo
 7 mismo. En respuesta a una pregunta admitió que él
 8 no podría indicar ninguna disposición por la cual
 9 se concediera el consentimiento a arbitrar según
 10 las protecciones sustantivas del capítulo 14.

11 La segunda prueba tiene que ver con las
 12 pruebas presentadas por el señor Barry Newman
 13 ante el Congreso. Esto no es algo que se pueda
 14 sopesar según la Convención de Viena sobre el
 15 derecho de los tratados. Pero, así y todo, no
 16 respalda la interpretación de las demandantes.
 17 Ustedes verán en pantalla que hemos ofrecido el
 18 párrafo completo y las demandantes se basan solo
 19 en una información del testimonio. El párrafo
 20 comienza: "Más allá de las reglas básicas de
 21 servicios financieros el TLCAN también contiene
 22 algunas protecciones a las inversiones muy

1 importantes para los establecimientos financieros
 2 de los Estados Unidos".

3 Sigue diciendo, por ejemplo, las inversiones
 4 del TLCAN en instituciones financieras no pueden
 5 ser objeto de expropiación irrazonable por otro
 6 país del TLCAN. Quiero recordarles que la
 7 disposición de expropiación es el artículo 11.10
 8 del TLCAN que fue importado del capítulo de
 9 inversiones al capítulo de Servicios Financieros
 10 a través del artículo 1401(2). Él está hablando
 11 aquí de una protección de inversión importada.

12 Continúa, además un país del TLCAN no puede
 13 restringir la transferencia de utilidades fuera
 14 de su territorio salvo por razones prudenciales.
 15 La obligación de transferencia es el artículo
 16 1109, así que esta es otra de las protecciones
 17 del capítulo de inversión que queda importada a
 18 través del capítulo 1401(2). Continúa él, toda
 19 violación de una protección de inversiones
 20 permitirá que el inversionista inicie acciones
 21 directas en contra del país del TLCAN que fue el
 22 que realizó la ofensa por el daño financiero

1 causado por la violación. Así que, todo esto está
2 importado del capítulo inversión. El 1401(2)
3 incorpora estas protecciones y el 1401(2) también
4 dispone que esas protecciones importadas
5 solamente ellas son las que son objeto del
6 arbitraje entre inversionista y Estado. Lo que
7 este párrafo no dice es que los inversores en
8 Servicios Financieros pueden someter a arbitraje
9 reclamaciones basadas en las protecciones del
10 capítulo 14. Eso no se encontrará en esta
11 manifestación.

12 El próximo párrafo es incluso más notable.
13 Dice: "Ningún acuerdo de carácter jurídico
14 estaría completo sin el mecanismo de resolución
15 de controversias." Según el acuerdo, un país del
16 TLCAN podría remitir a un mecanismo de arreglo de
17 controversias entre gobiernos, la decisión de una
18 cuestión relativa al incumplimiento de las
19 obligaciones al amparo del acuerdo.

20 El testimonio de Newman es claro. Las
21 supuestas vulneraciones del capítulo 14 y sus
22 protecciones solamente pueden resolverse a través

1 del mecanismo de disputas entre Estados. ¿Dónde
2 nos deja todo eso? Si el Tribunal fuera a
3 determinar que el 12.1.2 (b) limita el
4 consentimiento al arbitraje podría basarse en las
5 categorías que se encuentran en pantalla.
6 Específicamente, el texto real del tratado. La
7 interpretación de la demandante solamente está
8 respaldada por los recuerdos de una persona
9 física que participó en las negociaciones del
10 TLCAN.

11 Pasaré ahora al próximo tema. Las demandantes
12 indican que pueden utilizar la cláusula de nación
13 más favorecida el capítulo 12 para importar el
14 consentimiento. Eso no es así. Como cuestión
15 preliminar y según el 12.1.2 (b) las demandantes
16 no pueden invocar y el Tribunal no tiene
17 jurisdicción para aplicar la cláusula de nación
18 más favorecida. El capítulo 12. Estados Unidos
19 confirma este punto en sus escritos. De cualquier
20 modo, aun si el Tribunal pudiese aplicar la
21 cláusula de nación más favorecida del capítulo 12
22 las demandantes no pueden utilizar dicha cláusula

1 para crear consentimiento para someter a
2 arbitraje sus reclamaciones en virtud del trato
3 justo y equitativo y trato nacional. Esto ha sido
4 confirmado por varios tribunales incluso el
5 Tribunal de Austrian Airlines que se encuentra en
6 pantalla.

7 El profesor Mistelis citó solamente un caso
8 que respalda el intento de la demandante de crear
9 un consentimiento al arbitraje. Es el caso del
10 arbitraje RosInvest, pero Mistelis dijo en el
11 contrainterrogatorio que el caso RosInvest tenía
12 que ver con la aplicación de una cláusula de
13 nación más favorecida muy diferente de la que
14 estamos tratando así. Además, ese Tribunal
15 utilizó la cláusula de nación más favorecida para
16 expandir su jurisdicción de la indemnización para
17 la expropiación a la existencia de una
18 expropiación. Esta situación es muy diferente de
19 la que tenemos aquí. Las demandantes aquí tratan
20 de crear el consentimiento para el arbitraje de
21 reclamaciones que no están relacionadas con
22 aquellas reclamaciones según la cláusula de

1 consentimiento.

2 Veamos otro aspecto de la objeción. Las
3 demandantes no pueden plantear una reclamación
4 según el trato justo y equitativo porque no hay
5 obligación de esa naturaleza que puedan invocar.
6 Como dije el martes, el capítulo 12 no incluye ni
7 incorpora una obligación de trato justo y
8 equitativo. Las demandantes parecen haber
9 concedido estos puntos. Pero ante la audiencia,
10 sin embargo, las demandantes han planteado el
11 argumento de que pueden plantear una reclamación
12 de trato justo y equitativo utilizando la
13 disposición de expropiación del 10.7. Este
14 argumento va en contra del texto del tratado y el
15 sentido común. La obligación de expropiación
16 solamente tiene que ver con expropiaciones. Las
17 demandantes no pueden presentar una reclamación
18 de trato justo y equitativo según la disposición
19 del 10.7. Colombia y Estados Unidos están
20 totalmente de acuerdo respecto del texto del APC.

21 Vamos a la cuarta parte, la última, de la
22 objeción de Colombia. Las demandantes no cumplen

1 con las tres condiciones del consentimiento según
2 el APC. Seré breve. Los requisitos del tratado
3 son claros y los hechos son innegables.

4 Las demandantes nunca presentaron una
5 notificación de intención, nunca trataron de
6 negociar antes de presentar sus reclamaciones y
7 nunca presentaron una renuncia por escrito. Estos
8 son los requisitos impuestos por el APC. Respecto
9 del requisito de la renuncia las demandantes
10 también vulneraron ese requisito siguiendo
11 adelante con un procedimiento ante la CIDH.

12 Las demandantes han presentado varias
13 categorías para distinguir este pronunciamiento
14 ante la CIDH o para que sea menos relevante. Pero
15 los argumentos del APC son muy muy claros y todos
16 ellos se encuentran en el procedimiento ante la
17 CIDH. En junio de 2012 fue cuando se inició este
18 procedimiento y las demandantes han impugnado las
19 mismas medidas que han impugnado en este
20 procedimiento. Al no haber cumplido estas
21 condiciones de consentimiento, las demandantes no
22 han logrado el consentimiento de arbitraje de

1 Colombia y todas las reclamaciones de las
2 demandantes deben ser desestimadas.

3 Antes de concluir quiero dar un paso hacia
4 atrás. Se trata de una objeción que tiene
5 múltiples partes. Esto no tiene que ver con que
6 los conceptos o argumentos de la APC sean
7 complicados. El motivo es que hay varios
8 obstáculos jurisdiccionales a las reclamaciones.
9 Lo que significa esto es que hay varias vías que
10 puede seguir este Tribunal para desestimar las
11 reclamaciones. Y básicamente voy a explorarlas.

12 Comenzaremos con la reclamación de trato
13 justo y equitativo. Es una reclamación que tiene
14 más problemas, por lo tanto, veremos muchas cosas
15 en pantalla. El capítulo 12 no incluye ni
16 incorpora una reclamación por trato justo y
17 equitativo. No hay competencia alguna allí. Las
18 demandantes no pueden presentar una reclamación
19 por trato justo y equitativo según la cláusula de
20 expropiación. No hay competencia aquí tampoco.

21 Colombia tampoco prestó su consentimiento al
22 arbitraje de reclamaciones por trato justo y

1 equitativo según el capítulo 12. No hay
2 competencia. Y aun si las demandantes pudiesen
3 invocar la cláusula de nación más favorecida,
4 esta cláusula no puede utilizarse para crear
5 consentimiento para el arbitraje cuando ese
6 consentimiento no existe en el marco de la APC.
7 Por lo tanto, no hay competencia alguna.

8 Tercero, las demandantes no cumplieron con
9 tres condiciones del consentimiento según el APC.
10 La no satisfacción de una de ellas deja sin
11 competencia a este Tribunal.

12 Las demandantes también tratan de presentar
13 una reclamación por trato nacional según el
14 capítulo 12 pero Colombia no prestó su
15 consentimiento para el arbitraje de estas
16 reclamaciones por trato nacional según el
17 capítulo 12. No hay competencia alguna. Incluso
18 si las demandantes pudiesen invocar esta cláusula
19 de nación más favorecida no pueden hacerlo. No se
20 puede utilizar para crear competencia. Por lo
21 tanto, no existe competencia alguna. Las
22 demandantes no han cumplido con las tres

1 condiciones del consentimiento y por lo tanto su
2 reclamación de trato nacional no puede prosperar;
3 no hay competencia.

4 Por último, las demandantes tratan de
5 presentar una reclamación por expropiación. El
6 problema con esta situación como con las otras,
7 es que las demandantes no cumplieron las
8 condiciones de la APC y, por lo tanto, nunca
9 lograron el consentimiento de Colombia para el
10 arbitraje; por lo tanto, no hay competencia
11 alguna. En suma, hay muchas deficiencias en
12 materia de competencia que el Tribunal puede
13 elegir, pero todas las reclamaciones de la
14 demandante están más allá de la competencia
15 racione voluntatis de este Tribunal.

16 Señor presidente, miembros del Tribunal, estas
17 razones también se encuentran en los escritos
18 presentados esta mañana por nuestros colegas en
19 el anexo demostrativo. Salvo que haya preguntas,
20 le daré la palabra al señor Di Rosa.

21 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
22 Muchas gracias. Antes de darle la palabra al

1 señor Di Rosa, vamos a realizar un receso de
2 quince minutos. Quedan 55 minutos.

3 SEÑORA HORNE (Interpretado del inglés):
4 Muchas gracias, señor presidente.

5 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
6 Gracias a usted.

7 (Pausa para el café.)

8 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del inglés):
9 Señor Di Rosa: tiene usted la palabra. Debemos
10 escucharlo. Está usted silenciado.

11 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés): Muy
12 bien, señor presidente. Mis disculpas. Buenas
13 tardes a todos.

14 Vamos a abordar las dos excepciones finales,
15 las que tienen que ver con *ratione materiae* y con
16 *ratione personae*, y vamos a ofrecer también
17 algunas reflexiones finales.

18 Había cuatro teorías en cuanto a la excepción
19 *ratione materiae*. Nosotros mencionamos el tema de
20 las acciones de Granahorrar como la inversión
21 pertinente. Ellos dijeron que esto estaba en la
22 sentencia de 2007. Después dijeron que se trataba

1 de algún tipo de transformación de esos dos
2 elementos. En la apertura dijeron que se trataba
3 de un usufructo, un derecho de usufructo y que se
4 trataba de derechos residuales. Y después dijeron
5 que la inversión, la pertinente, era la tenencia
6 accionaria en Granahorrar. Pero esto en realidad
7 no importa. No importa nuestra postura es que
8 todos estos elementos quedaron totalmente
9 extinguidos para el momento en que entró en vigor
10 el tratado.

11 La tenencia accionaria dejó de existir en
12 2006. En 2007 se dictó la sentencia y después
13 quedó sin efecto en 2011 dicha sentencia y
14 cualquier tipo de derechos residuales o
15 usufructuarios también desaparecieron.

16 Esto es distinto del caso Mondev. La
17 demandante habla mucho del caso Mondev. En el
18 caso Mondev había medidas del Estado que habían
19 tenido lugar antes de la entrada en vigor del
20 tratado. Pero al momento de entrada en vigor del
21 tratado las demandantes todavía tenían sus
22 reclamaciones legales que estaban vigentes y no

1 había habido ningún tipo de decisión judicial al
2 respecto.

3 La demandante nos criticó mucho por habernos
4 criticado en la sentencia de 2007. Nosotros no lo
5 dijimos; lo dijeron ellos. La posición de ellos
6 ha cambiado. Pero en la medida en que haya
7 elementos que tienen que ver con la sentencia de
8 2007, ya sea en sí o incorporada en algún tipo de
9 derecho residual nebuloso esto queda sin embargo
10 impedido por la nota al pie 15.

11 Colombia está invocando la sentencia de 2007
12 y ellos dijeron que no era así, pero nuestra
13 postura es que no exista ya ese derecho porque la
14 sentencia fue dejada sin efecto en 2011. Y si
15 hubiese existido, hubiese quedado también
16 impedida por las normas de la nota al pie 15.

17 En la apertura hicieron algún tipo de
18 referencia al hecho de que la nota al pie 15 es
19 una nota del acápite g) del artículo 28, pero en
20 realidad esto no importa demasiado, porque en
21 realidad esta nota no encajaría en ninguna otra
22 disposición. El acápite g) tiene que ver con

1 algunos derechos que brinda la legislación
2 interna. Una sentencia puede argumentarse,
3 refleja ese tipo de derecho conferido por la
4 legislación interna. Pero en realidad esto no
5 importa. Esa es nuestra postura.

6 Como ya indiqué, ellos dijeron que las
7 acciones en Granahorrar son la inversión cubierta
8 por el tratado. Explicamos que no puede ser así
9 porque las acciones dejaron de (existir) en el
10 momento que la APC entró en vigor y porque las
11 demandantes adquirieron esas acciones en
12 violación del régimen jurídico colombiano
13 aplicable a las inversiones extranjeras al
14 momento en que ellos adquirieron dichas acciones.

15 Vamos a concentrarnos respecto de las fechas
16 críticas. Por supuesto, son de importancia para
17 nuestros argumentos dado que nuestra postura es
18 que todos los derechos pertinentes se
19 extinguieron antes de la entrada en vigor del
20 tratado. Esto es importante porque la fecha de
21 entrada en vigor del tratado es una fecha crítica
22 que se encuentra implícita en las disposiciones

1 del tratado, incluso el artículo 12.1 del APC, y
2 la otra fecha crítica es la fecha del supuesto
3 incumplimiento. Es decir, el auto confirmatorio
4 de 2014. Las demandantes no han controvertido
5 estas fechas críticas a efectos de la competencia
6 *ratione materiae*.

7 Deseo concentrarme un poquito más sobre el
8 tema del momento oportuno de la inversión y sus
9 aplicaciones para la jurisdicción *ratione*
10 *materiae*. Hay tres situaciones posibles. El
11 primero es cuando se hace la inversión y se
12 termina antes de la entrada en vigor, entonces,
13 toda la duración de la inversión es antes de la
14 entrada en vigor del tratado. La segunda
15 situación es cuando la inversión está entre la
16 fecha de entrada en vigor. El tercero es cuando
17 se hace después de la entrada en vigor y luego
18 continua o termina durante toda la entrada en
19 vigor del tratado. Nuestra situación o nuestra
20 presentación es que solamente es posible esto;
21 las situaciones hipotéticas dos y tres.

22 En la primera situación, donde tenemos todo

1 el período antes de la entrada en vigor del
2 tratado el argumento es simple: si la inversión
3 no existía al momento de entrada en vigor del
4 tratado no hay nada a lo cual se debe aplicar el
5 tratado. Si hubo alguna medida del Estado que se
6 aplicase que afectase a la inversión antes de la
7 entrada en vigor fue una medida que fue tomada en
8 un momento en el cual no había aún obligaciones
9 al amparo del tratado. Entonces, imponer
10 responsabilidad al Estado en esta situación
11 contradice directamente la regla intratemporal
12 que se encuentra en la regla 13 del artículo 13
13 de los artículos -- del borrador de artículos de
14 responsabilidad de los Estados por hacer algo que
15 no fue contrario. Es decir, estaría culpando al
16 Estado por el tratado por hacer algo que era la
17 conducta que no era contrario al tratado en el
18 momento que ocurrió la conducta, simplemente
19 porque no estaba vigente el tratado. Esto queda
20 implícito en 12.1, porque 12.1 dice que el
21 capítulo se aplica a medidas incorporadas por una
22 parte, adoptadas por una parte en relación con

1 las inversiones de estos inversionistas. Las
2 medidas tienen que afectar una inversión, la
3 inversión tiene que estar cubierta por el
4 tratado.

5 Por ello es que nosotros decimos que en este
6 caso no hay *ratione materiae* por una cuestión
7 temporal, y esto se presta a algunos ejemplos
8 extremos. Si la postura de las demandantes fuese
9 sostenible esto querría decir que pueden tener
10 inversiones que se puedan resucitar de décadas
11 antes. Nosotros ponemos en pantalla aquí una
12 situación extrema hipotética donde se realiza la
13 inversión en 1960 y termina en 1965. La
14 demandante al año siguiente, en 1966, inicia un
15 litigio en contra del Estado y hay una decisión
16 definitiva del Tribunal en el que se deniegan los
17 reclamos, dejan pasar 4 años y justo antes de la
18 entrada en vigor de la APC se presenta algún tipo
19 de reconsideración -- solicitud de
20 reconsideración o anulación de esta sentencia.
21 Por supuesto, esto se niega y según a la teoría
22 de la demandante esta demandante podría presentar

1 una notificación para arbitraje según el APC, en
2 este caso en 2015 días después de la entrada en
3 vigor. Ahora bien -- y nosotros sostenemos que
4 esto no es correcto.

5 Nosotros aplicamos lo mismo a este gráfico y
6 aquí vemos esencialmente la misma situación. La
7 inversión se realizó en 1998 y luego en -- 1988,
8 1991. Luego dejaron de existir las acciones. En
9 2006 hubo un litigio y luego tenemos una
10 sentencia de 2007 del Consejo. Hay más litigio al
11 respecto y luego, en 2011 esta sentencia se
12 revierte y tenemos la solicitud de anulación.
13 Esta decisión llega después de la entrada en
14 vigor y tienen la solicitud. Pero básicamente
15 aquí el problema tiene que ver con una inversión
16 que tiene que ver con la compra de las acciones
17 de Granahorrar, la sentencia del Consejo de
18 Estado o algo que represente ambas cosas, algún
19 derecho o interés beneficioso, interés final.
20 Todo esto fue antes de la entrada en vigor.
21 Entonces, si ustedes decidiesen que hay
22 jurisdicción en este caso, dirían que estamos

1 contemplando la posibilidad de aplicar el tratado
2 a una inversión que no existe, que por definición
3 es incorrecto.

4 Ahora bien, las demandantes se concentraron
5 en Mondev y también les mostramos cómo se define
6 de manera estrecha aquí el tratado, el caso en lo
7 que hace a la inversión. También se concentraron
8 en Saipem contra -- que tuvo en cuenta el TBI con
9 Bangladés, ambos tuvieron en cuenta en su
10 definición una referencia específica al tipo de
11 interés o derecho que las demandantes parecen
12 estar invocando aquí.

13 En el caso del TLCAN es interés que viene del
14 compromiso -- se deriva del compromiso de
15 capital, y en el TBI con Saipem, en el caso de
16 Saipem eran derechos o servicios que tengan un
17 valor económico y en el APC no se habla de esto.
18 Y hay otra diferencia también que se excluyen
19 disposiciones y en ninguno de estos tratados, en
20 Mondev o en Saipem, se incluyen estas
21 disposiciones.

22 En el caso de Mondev hay otros motivos por

1 los cuales es diferenciable o no aplicable. En
2 especial, mencionamos al comienzo que aquí en
3 Mondev al momento en el que entró en vigor había
4 algunos reclamos que las demandantes tenían
5 pendientes, pero todavía la decisión de la Corte
6 no se había expedido. Entonces, podemos decir que
7 en ese momento la demandante posiblemente tuviese
8 algún derecho residual, era parte del litigio y
9 que estaba, de alguna manera, siendo resarcido
10 pero que no era parte de ningún pronunciamiento
11 de la Corte. Uno podría: "¿Saben qué? La
12 demandante tenía este derecho que pendía su
13 resolución al momento entrar en vigor el
14 tratado."

15 Otro comentario sobre Mondev es que nosotros
16 sostenemos que la decisión se concentró en la
17 fecha errónea. Tienen la cita en pantalla. Aquí
18 dice: "Solicitar a la demandante que mantenga su
19 situación como inversionista según el derecho del
20 país anfitrión en el momento en el cual comience
21 el arbitraje sería frustrar el propósito mismo
22 del capítulo 11." Y nosotros estamos totalmente

1 de acuerdo con esto. Como nosotros observamos, no
2 creemos que el momento de inicio del arbitraje
3 sea una fecha crítica *ratione materiae*, si lo es
4 *ratione personae*, no lo es *ratione materiae*. Y el
5 motivo es obvio. Si esta fuese la regla, cuanto
6 más drástico y más definitiva es la extinción de
7 la inversión después de la entrada en vigor del
8 tratado, más protegido estaría el Estado después
9 de un reclamo, porque en el momento en el que se
10 inicia el arbitraje, a la demandante no le queda
11 nada. Y esto sería un gran propósito dentro del
12 tratado, que es permitir reclamos por
13 expropiación, etcétera, siempre y cuando los
14 actos expropiatorios hayan ocurrido antes de la
15 entrada en vigor. Entonces, la fecha crítica no
16 puede ser la fecha de inicio en arbitraje.

17 Y, finalmente, Mondev tuvo que ver con una
18 situación que se corresponde con la primera
19 situación que mencionamos en unas diapositivas
20 antes. Y en cierto modo decimos que Mondev fue
21 decidido de manera incorrecta en lo que hace a
22 este tema porque Mondev, los supuestos actos

1 expropiatorios ocurrieron antes de la entrada en
2 vigor del tratado y lo único que quedaba era el
3 reclamo legal y luego las decisiones de los
4 tribunales. Entonces, si ustedes -- si se hubiese
5 impuesto responsabilidad a Mondev sobre esta
6 base, esto habría querido decir que estaban
7 imponiendo imposibilidad por acciones que
8 ocurrieron después de la entrada en vigor del
9 tratado -- perdón, antes de la entrada en vigor
10 del tratado, lo cual quebrantaría la regla
11 intertemporal. Por todos estos motivos creemos
12 que Mondev no nos ayuda demasiado.

13 Y luego tenemos el requisito de conformidad.
14 Ya lo mencionamos, no es nada nuevo. La
15 demandante sí aceptó, concedió que se aplica,
16 pero dijeron solo a quebrantamientos
17 fundamentales o graves. Les mostramos algunas
18 instancias en las que diferentes tribunales
19 decidieron que la inversión extranjera, el
20 régimen jurídico no era grave, fundamental,
21 importante, algo que debía ser cumplido por el
22 inversionista.

Las demandantes no disputan que no cumplieron el requisito o el marco que era aplicable en el momento en que compraron las acciones de Granahorrar. Pero, en cambio, presentan cuatro argumentos que abordamos en nuestra apertura y en nuestros escritos. No vamos a explayarnos más aquí. Pero ninguno de estos argumentos tiene mérito, no tiene requisito de conformidad con el derecho internacional. Ya lo abordamos en extenso en estos escritos. Y tampoco el quebrantamiento es grave, la ley 43 evitaba que las demandantes cumplieren con ese marco. Esto es incorrecto porque la ley 43 entró en vigor en 1943, mucho después de que se realizó la inversión. Entonces esto no les podría haber impedido hacer algo, y luego dicen que Colombia es un caso típico de teorías de actos propios porque no hubo un -- es decir, no los penalizó por esta obligación de registrar su inversión y Colombia desconocía que estas personas no cumplirían. No sabía que era una inversión extranjera, para comenzar.

Por estos motivos, sostenemos que la

demandante no cumplió con la ley que era aplicable en el momento a las inversiones extranjeras y como resultado no es una inversión cubierta por el APC. Por todos estos motivos el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione materiae*. Estos argumentos se resumen en el mismo anexo que me mi colega la señora Horne les mostró y también lo aludió el señor Labat Grané.

Entonces, ahora pasamos a *ratione personae*. Comenzamos con algunos comentarios sobre los diez principios rectores que no pudimos abordar uno por uno por falta de tiempo en la apertura. Nosotros sostenemos que gran parte de estos principios jurídicos son erróneos. Los primeros tres tienen que ver con el derecho, la normativa, el derecho consuetudinario internacional. Hemos aceptado que las demandantes tienen razón, pero, claramente, no nos aceptan la concesión, porque en su presentación hoy no lo reconocen. Insisten que admitamos. No puedo decir nada más al respecto. Estamos de acuerdo en torno a estos tres puntos. Y el motivo por esta desvinculación

es que tenemos esta palabra "orientación". Este Tribunal debiera tomar orientación o seguir la jurisprudencia internacional. Y el único motivo por el cual decimos "orientación" es que no hay un conjunto de factores obligatorios que se deba aplicar en un caso específico. No es como lo dijo la CIDH. Bueno, o la Corte Internacional de Justicia, ustedes tienen que aplicar tal o cual cosa de manera obligatoria en estos casos. Pero no, se dijo: "Hay que tener en cuenta todas las circunstancias." Y en 1995 la Corte claramente no lo dijo, y en su reclamo en 2020 dijo -- en su reclamo en 2020 las demandantes tendrán que aplicar estas circunstancias, pero no es así porque estas cambian según los casos, y se dice: "Bueno, ustedes siguen las decisiones anteriores, las sentencias anteriores y traten de ver cuáles son los factores que utilizaron y apliquen esto como sea pertinente al caso."

Pasamos ahora al número 4 aquí en pantalla. Se dice que cada contacto fáctico debe recibir el mismo peso, debe ser sopesado de la misma manera.

Esto es algo inédito en la historia del derecho internacional. Si ustedes se fijan en las citas en relación con esta proposición, verán que no hay nada en estas fuentes que incluso sugiera remotamente esto, y no lo hacen porque no tiene sentido. Las demandantes han dicho -- bueno, el hecho que las demandantes celebrasen el Día de Acción de Gracias es prueba de su nacionalidad de los Estados Unidos. Este hecho no tiene la misma importancia, o el hecho, por ejemplo, de que escuchasen música de los Estados Unidos o mirasen Netflix, esto no es igual a decir que vivieron en Bogotá durante veinte o treinta años, ¿verdad? No tiene el mismo peso.

Ahora bien, número 5. Se habla aquí de todo el período de vida de las demandantes sin prestar atención o importancia particular a ningún período específico. Para los fines de *ratione personae* nosotros no discutimos que el Tribunal puede analizar todo el período de vida de las demandantes en búsqueda de contexto y antecedentes, pero el Tribunal debe decidir a las

1 fechas críticas, es decir, en 2004 y en 2018:
2 ¿cuál era la nacionalidad preponderante de las
3 tres demandantes? Finalmente, esta es la
4 determinación a la cual se está obligado por las
5 disposiciones del APC y la doctrina.

6 En esta cuestión número 6, ausencia de abuso
7 de proceso fraudulento es importante y se dice
8 que -- se habla de la elección del tratado más
9 conveniente. Pero no es así, ellos siguen. O sea,
10 admitimos la efectividad, eso es una cosa, pero
11 siguen peleando, enfrentándose a lo mismo. ¿Por
12 qué insisten? Están convencidos de que su
13 nacionalidad es realmente efectiva. Pero no
14 funciona de esta manera. No hay una gradación,
15 una ciudadanía, nacionalidad es efectiva o no lo
16 es. No hay diferentes matices del mismo color y
17 la nacionalidad es efectiva. Ambas nacionalidades
18 son efectivas en este caso. Entonces, hay que
19 escoger cuál es la preponderante. No tienen que
20 hacer hincapié ahora en la eficacia. Y los
21 factores son en cierto modo similares. Entonces,
22 uno llega a realizar un análisis comparativo

1 dominante. Estamos hablando de una nacionalidad
2 que es dominante y efectiva, o preponderante y
3 efectiva.

4 En la apertura se habló de un criterio de dos
5 puntas para probar esto. Número 8. Derecho
6 consuetudinario internacional para ampliar el
7 alcance de los inversionistas calificados a fin
8 de incluir a los que tienen doble ciudadanía. No.
9 Es totalmente lo opuesto. El motivo por el cual
10 Estados como Colombia y los Estados Unidos están
11 tapando así estas lagunas con la de la doble
12 nacionalidad, es precisamente por casos como
13 este.

14 En el primer tratado solamente se había
15 solicitado que el nacional (solamente) tuviese la
16 nacionalidad del otro Estado, que no fuese, es
17 decir el que no era anfitrión. Y esto llevó a que
18 muchas de las personas con nacionalidad, con
19 doble nacionalidad, con la nacionalidad
20 preponderante del Estado anfitrión, presentaran
21 reclamos en estos tratados, y los tribunales
22 simplemente decían: "Bueno, solamente se pide que

1 esta persona sea un nacional del otro Estado.
2 Tienen doble ciudadanía y esto es todo". Pero en
3 la generación más reciente de estos tratados
4 muchos países se están concentrando en esta
5 situación en particular, donde tenemos a un
6 demandante con doble nacionalidad y se está
7 tratando de excluir a las personas con -- a las
8 personas que son nacionales preponderantes del
9 Estado anfitrión y no al revés.

10 Número nueve, tenemos un análisis cualitativo
11 de los factores preponderantes y efectivos,
12 siguen utilizando este término, pero no lo hemos
13 visto el término cualitativo. Tal vez no hayan
14 citado nada que utilice esta palabra, según yo
15 sé. Pero nuestra presentación realmente no
16 importa. Por ese motivo, si se diferencia entre
17 cualitativo y cuantitativo, sí estamos de
18 acuerdo. Uno necesita un análisis cualitativo en
19 el sentido que no es solamente decir cuántos
20 factores favorecen una nacionalidad y cuántos
21 factores favorecen la otra, sino que tiene que
22 ver con un análisis holístico de las instancias.

1 Y ellos insisten que no lo decimos. Pero no es
2 que no hayamos estado diciendo eso. Entonces,
3 cualitativo, me imagino que la diferencia de
4 estamos trazando con cuantitativo es algo
5 subjetivo. Cuantitativo implica una evaluación de
6 ciertos factores. Esto no se presta a una
7 tabulación numérica. Pero, aun así, se debe
8 analizar.

9 Y, número 10, los hechos, los factores que
10 necesitan considerarse que son no exhaustivos.

11 Y, luego, nos concentramos en los factores
12 específicos que se sugiere que se deben aplicar
13 en este caso. Nosotros sostenemos que -- a la
14 izquierda tenemos los pertinentes y,
15 esencialmente, son cambios, permutaciones
16 esenciales de nuestra propia lista de factores.
17 Cada uno de los factores aquí en esta lista son
18 factores propuestos por la demandante. No estamos
19 en desacuerdo, pero creemos que están reflejados
20 en nuestra propia serie de factores de una u otra
21 manera. Pero nosotros creemos que es irrelevante.
22 Es irrelevante ver estos cinco factores a la

1 derecha. Porque individualmente cómo se obtuvo,
2 por ejemplo, la nacionalidad doble. Este factor
3 sí puede ser importante en qué circunstancias la
4 persona adquirió la nacionalidad por
5 nacionalización. Pero no es lo que ocurre aquí.
6 No es relevante.

7 Sabemos cómo se obtuvo. Se obtuvo en el
8 momento del nacimiento. Esto es para ambas
9 nacionalidades. Esto es menos pertinente en este
10 caso que en otros. La educación es lo mismo, es
11 menos pertinente que en otros casos. Las
12 demandantes se centran en gran medida en que eran
13 personas educadas, escuela primaria, secundaria,
14 universidad aquí en los Estados Unidos. Sí, está
15 bien, es verdad, pero ocurrió hace treinta a
16 cuarenta años. Si el Tribunal analizase entre
17 1980 y 1990, entonces, sí tal vez en ese momento
18 las demandantes estaban viviendo a tiempo
19 completo en los Estados Unidos y sus actividades
20 estaban allí, etcétera. Tal vez en ese momento sí
21 la doble nacionalidad era de los Estados Unidos.
22 Pero desde entonces, desde que volvieron a

1 Colombia en la década del noventa, el factor de
2 la educación se tornó menos pertinente porque
3 ocurrió hace mucho tiempo.

4 En lo que hace al pasaporte utilizado para
5 los viajes internacionales, ya lo hablamos con
6 algunos de los testigos en el
7 contrainterrogatorio. Pero, finalmente, el hecho
8 de que viajen con el pasaporte estadounidense, en
9 realidad no sugiere nada inherentemente porque es
10 mucho más fácil viajar por el mundo con el
11 pasaporte estadounidense que con el pasaporte
12 colombiano por motivos muy simples, como, por
13 ejemplo, eximiciones de visas en países para
14 ciudadanos o viajeros estadounidenses. Y muchos
15 Estados, por ejemplo, exigen a los colombianos el
16 uso de una visa.

17 Una vez más: no creemos que sea un factor
18 demasiado edificante el idioma. Es difícil
19 imaginar que las demandantes no hablasen a su
20 padre en español. Pero estamos preparados para
21 aceptar para los fines del argumento que las
22 conversaciones domésticas eran en idioma inglés,

1 pero esto no es indicativo de nada. Simplemente,
2 porque hay millones de personas en todo el mundo
3 que hablan en la casa un idioma diferente al
4 idioma del Estado anfitrión o al Estado de
5 nacionalidad.

6 Número diez: atención médica. Esto tiene que
7 ver más con los medios económicos y el nivel
8 socioeconómico de las demandantes. Son personas
9 con -- acaudaladas que pueden tratarse en la
10 Clínica Mayo, pero esto no dice realmente nada
11 sobre su nacionalidad. Y la ausencia de esta
12 opción para escoger el tratado más pertinente no
13 tiene importancia alguna.

14 Por estos motivos que explicamos en la
15 diapositiva, ahora los factores pertinentes,
16 volvemos a nuestra serie inicial de factores
17 pertinentes. No los vamos a repetir, el Tribunal
18 los conoce. Ya los conoce. Creemos que son los
19 factores pertinentes en este caso. No estamos
20 diciendo que son todos los factores, siguen
21 diciendo las demandantes, siguen diciendo que,
22 incluso en el cierre, ellos dijeron que la lista

1 abreviada de factores de Colombia es abreviada
2 porque no todos los factores son pertinentes. En
3 este caso en particular, resulta que pensamos que
4 son los factores pertinentes y esto es algo que
5 debe decidir el Tribunal.

6 Bien, la importancia de las fechas
7 esenciales. Queríamos ofrecer al Tribunal el
8 fundamento en el Tratado para estas fechas
9 críticas. Estas disposiciones en pantalla son los
10 motivos, las determinaciones a las que debe
11 llegar el Tribunal a estas fechas. Es decir, las
12 fechas del supuesto incumplimiento de la
13 presentación de reclamo a arbitraje. No voy a
14 leer a las disposiciones del Tratado. Los
15 tribunales ya las conocen, pero están aquí en
16 pantalla para el Tribunal, para que el Tribunal
17 las analice. Una vez más, las demandantes no
18 disputan que estas son las fechas críticas. Ellos
19 dicen las fechas pertinentes. Dicen: "Hay que
20 considerar todo el período de vida". Pero hay que
21 considerar todo el período para algunos fines,
22 pero la decisión se tiene que tomar según estas

1 dos fechas que en este caso son 2014 y 2018.

2 Siguiente.

3 Más allá del Tratado como base, para estas
4 dos fechas críticas tenemos una jurisprudencia
5 bastante uniforme, doctrina uniforme que nos
6 muestra que estas son las fechas importantes en
7 lo que hace a razione personae. No todas las
8 fechas críticas son iguales para todos los
9 análisis jurisdiccionales. Entonces, como ya les
10 mostramos en nuestros datos, no todo es
11 pertinente para razione materiae. Pero los
12 diferentes tribunales han insistido y han
13 concluido y analizado también estas cuestiones de
14 nacionalidad al momento en que se presentó el
15 reclamo y del supuesto quebrantamiento y esto
16 incluye el Tribunal de Ballantine, más
17 recientemente, Achmea también, y el Tribunal el
18 Tribunal en el caso Winshear.

19 Hemos aludido a esto en forma breve.
20 Anteriormente sugerimos que toda la vida no es
21 algo sobre lo cual el Tribunal pueda decidir,
22 pero no estamos seguros cómo ayuda a las

1 demandantes presentar este argumento. Si ustedes
2 se fijan en toda la vida de las demandantes, su
3 caso de razione personae es incluso peor. Y les
4 vamos a mostrar la cantidad acumulada de años.
5 Pero si se fijan en su cronología, nacieron en
6 Bogotá, vivieron en Bogotá allí durante muchos
7 años, luego tuvieron un período de algunos años,
8 diez, no llegaron ni a ser diez en los Estados
9 Unidos, y luego hace como treinta años, veinte,
10 treinta años, quizás catorce para uno de ellos,
11 pero hace ya mucho tiempo que viven en Colombia.
12 Entonces, en general, el tiempo pasado en
13 Colombia es superior al que pasaron en Estados
14 Unidos. No estamos seguros cómo esta teoría de
15 toda su vida promueve su causa.

16 Vamos a tratar de aplicar los factores a este
17 caso en particular. En las fechas críticas o
18 aproximadamente alrededor de ellas, Colombia era
19 el centro de residencia permanente habitual de
20 las demandantes y también de sus vidas
21 profesionales, económicas y también de sus vidas
22 políticas, personales, cívicas, sociales y

1 familiares. Incluso durante esas fechas las
2 demandantes se presentaban formalmente como
3 colombianos en su visión en el procedimiento
4 internacional ante la Comisión Interamericana de
5 Derechos Humanos, que mencionamos.

6 Las demandantes examinaron hoy cómo es que la
7 residencia no es un factor más importante que
8 algunos de los otros factores; estamos en
9 desacuerdo. Respalda nuestra postura una serie de
10 consideraciones.

11 Primero, en el caso Nottebohm, la Corte
12 Internacional de Justicia dijo que el tema de la
13 residencia era importante. Dice que la residencia
14 se considera como importante y también hay otros
15 factores que deben tenerse en cuenta.

16 En el caso Mergé también se presenta una
17 serie de principios rectores, siete u ocho, y por
18 lo menos seis de ellos se concentran en el tema
19 de la residencia. A veces se utiliza la palabra
20 "residencia", a veces se utilizan otras palabras
21 similares, pero tiene que ver con el lugar físico
22 donde está ubicada la persona. Lo mismo se ha

1 implicado a la jurisprudencia del Tribunal de
2 Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán. Ha
3 habido varios casos de doble nacionalidad que se
4 han presentado en ese ámbito.

5 Las decisiones en materia de doble
6 nacionalidad de este Tribunal indican que existe
7 esta congruencia con la idea de que se trata de
8 un factor importante e incluso determinante.
9 Podemos ilustrar también la veracidad de este
10 argumento y hay algunos tratados de inversión que
11 definen la nacionalidad efectiva y dominante como
12 el lugar en donde la persona tiene su residencia
13 habitual y permanente.

14 En pantalla tenemos una cita de uno de los
15 tratados de inversión que las demandantes citaron
16 en su memorial y se ve allí que se brindan
17 orientaciones en este TBI al Tribunal para
18 determinar la nacionalidad dominante y efectiva
19 haciendo referencia al lugar donde la persona
20 vive en forma ordinaria o permanente. La
21 residencia -y todo esto indica ello- es un
22 aspecto muy importante de esta determinación.

Mencionamos en la apertura que esto tiene sentido lógico porque la residencia, el lugar de residencia, en última instancia, define muchos aspectos centrales de la vida de la persona. Por ejemplo, si uno reside en una localidad durante veinte o treinta años, tiene sus actividades allí comerciales, vínculos personales, sus actividades profesionales, todo eso está centrado allí. Estos elementos van aunados y, por eso, los tribunales internacionales se han concentrado considerablemente en la idea del lugar de residencia.

Colombia fue el lugar habitual y permanente de residencia de las demandantes en las fechas críticas o alrededor de ellas. Y esto es una admisión que realizaron las demandantes. Fíjense en la diapositiva, tenemos 2014 y 2018. Ellos no disputaron que estaban viviendo en Bogotá. Enrique, 2004; 2007 en el caso de Alberto, y 1994 en el caso de Felipe.

Muchos años antes de las fechas críticas y hasta la actualidad ellos residieron en Colombia.

En pantalla, al pie, a efectos ilustrativos vemos toda la vida de las demandantes durante el transcurso de todas sus vidas, vemos aquí el tiempo que pasaron los hermanos residiendo en Colombia y esos períodos son muy superiores a los períodos que ellos pasaron en Estados Unidos.

Colombia también fue el centro de la vida familiar de las demandantes en las fechas críticas o alrededor de ellas.

Pensamos que esto quedó bien planteado en el contrainterrogatorio de los tres demandantes. Los cónyuges o las parejas de los demandantes, presentes y pasadas, residen en Colombia. Los escritos han demostrado, y también las declaraciones, indicaron que todos los hijos de las demandantes, para aquellos que tienen hijos, los cuatro hijos viven en Colombia. Y desde su nacimiento han residido en Colombia durante muchos años. Los padres de las demandantes residieron en Colombia al momento de las fechas críticas. Y también en sus declaraciones en esta audiencia las demandantes revelaron que la

mayoría de sus primos viven en Colombia y son nacionales colombianos y que algunos de los tíos y tías también se encuentran en Colombia y dijeron sí que algunos también están fuera de Colombia.

Pero las familias han estado en Colombia, y las familias nucleares han estado en Colombia. Y es un tema también que hay indicar que la familia extendida también se encuentra en Colombia. Colombia fue el centro de las vidas profesionales y económicas de las demandantes en las fechas críticas o alrededor de ellas. Esto es algo que en realidad me sorprende muchísimo. Los tres demandantes se concentran en la idea de que están en Colombia debido a motivos de las empresas familiares. Esto es algo que está muy presente en sus escritos y también en sus declaraciones orales.

Pero no entiendo esto por una razón muy simple: la mayor parte de nuestras vidas gira alrededor de nuestro trabajo y las familias. Entonces, es fácil decir, bueno, mis empresas y

mis familias o mi familia no significa nada. Bueno, esto es parte de esta investigación que estamos haciendo. Sería como decir: "Bueno, el único motivo por el que vivo aquí en Washington y durante los treinta últimos años es que he estado aquí en Washington es que todas mis actividades, mis hobbies, mis familias y mis amigos también están aquí en Washington." Pero me parece que esta es naturaleza de la investigación. Por lo tanto, me parece que esto no ayuda a las demandantes, por lo menos en lo que a nosotros compete.

El motivo que ofrecen para explicar por qué está en Colombia, se encuentra aquí y también las vidas profesionales y económicas de las demandantes se encuentran en Colombia a las fechas críticas. Ellos confirmaron que son empleados de una empresa colombiana, que trabajan en Bogotá, que tienen oficinas en Bogotá, que se encuentran en el directorio de varias empresas, son representantes legales de varias empresas, tienen muchas actividades, son empresarios

1 prominentes en Colombia y tienen muchas
2 actividades. Pero todo esto está en Colombia.
3 Claro, tienen inversiones en Panamá e inversiones
4 en Estados Unidos, pero el centro de la vida
5 económica y profesional se encuentra, para las
6 demandantes, en Colombia.

7 Las actividades políticas y cívicas claves en
8 las fechas críticas también se encuentran en
9 Colombia. Dijeron ellos que votaron en Colombia.
10 Las declaraciones de los que dijeron que habían
11 votado en Colombia, bueno, eso fue algo un poco
12 heterogéneo. Felipe dijo que nunca había votado
13 en Estados Unidos para nada. Los tres dijeron que
14 habían realizado contribuciones a las campañas
15 familiares en Colombia, y algunos de ellos
16 dijeron que habían contribuido también a las
17 campañas en Estados Unidos, aunque no tienen
18 prueba documental de eso.

19 En cuanto a las vidas sociales -- o la vida
20 social de las demandantes, bueno, sí, dijeron que
21 son parte de los clubes sociales, algunos son
22 clubes de golf, otros son clubes de negocios.

1 Las familias de los demandantes están allí y,
2 por lo tanto, lo que se interpreta también es que
3 sus amigos están principalmente ubicados en
4 Bogotá. Y, obviamente, claro también tienen
5 amigos en otros lugares, ¿no? Pero se puede
6 inferir de todo esto, y del lugar en que se
7 encuentran sus familias, que la vida social de
8 las demandantes se encuentra en Colombia.

9 Tratamos de desglosar para el Tribunal los
10 diferentes factores. Incluso aquellos que se
11 reflejan en las declaraciones y aquellos que han
12 surgido al final de cuentas. Y tenemos estos
13 factores que llamamos de 50/50. Tienen
14 inversiones en Colombia, pero también en Estados
15 Unidos. Tienen alguna familia no nuclear en
16 Estados Unidos, pero alguna también en Colombia.

17 El tema de los impuestos a la renta. En la
18 apertura las demandantes dijeron dónde es que los
19 dobles nacionales presentan sus declaraciones
20 fiscales. Y esto es muy importante. Si alguien se
21 considera principalmente ciudadano colombiano,
22 por qué, por Dios, es que estarían presentando

1 declaraciones fiscales en Estados Unidos. La
2 respuesta es que es ilegal no hacerlo. La evasión
3 impositiva es un delito en Estados Unidos, un
4 delito penal. Y esas son razones bastante
5 importantes en mi opinión. Tienen que presentar
6 impuestos a la renta también en Colombia. Así que
7 básicamente se aplica en los dos países. Y por
8 eso está aquí. También el tema de cuentas
9 bancarias, seguros médicos, seguro de vida, sé
10 que estos elementos han sido obligatorios durante
11 muchas décadas, pero, en última instancia, ellos
12 conceden que fueron objeto de requisitos
13 similares en Colombia. Así que, huelga a decir
14 eso. También vimos fotografías de ellos
15 festejando festividades en Colombia, o días
16 festivos en Colombia, al igual que los días
17 festivos estadounidenses. Y después tenemos que
18 otros factores que carecen de pertinencia y ya
19 hablamos de ellos. Hemos separado los factores
20 50/50 y los factores carentes de pertinencia. Y
21 aquí tenemos los factores que consideramos
22 pertinentes.

1 ¿Y dónde es que podemos colocarlos? ¿En la
2 columna de Colombia o en la columna de Estados
3 Unidos? Los cuatro que ven ustedes aquí a la
4 derecha son los factores que podemos concederles
5 a las demandantes, pero incluso tenemos que
6 ponerle un signo de interrogación a ellos también
7 y los de la izquierda los veremos en las próximas
8 dos diapositivas.

9 Las demandantes dijeron que yo dije que los
10 -- las convicciones subjetivas no son
11 pertinentes, y que ningún Tribunal había dicho
12 eso. Bueno, la respuesta a eso es que primero sí
13 son factores importantes para las demandantes y,
14 segundo, estos temas son temas que yo respaldo y
15 yo también dije que esos elementos fueron
16 inventados por las demandantes.

17 En las páginas 22 a 26 verán ustedes en las
18 citas del caso en Nottebohm, ustedes no verán
19 ningún tipo de referencia a estos temas ni
20 tampoco en la decisión de Mergé, página 247. Si
21 ustedes ven esto, verán que no se utiliza el
22 término "subjetivo" ni tampoco ningún término

1 similar. Y creo que esto encapsula la forma en
2 que las demandantes manejaron la jurisprudencia
3 en este caso. No hay ningún tipo de respaldo en
4 las citas que ellos brindaron para apoyar sus
5 disposiciones.

6 En cuanto al tema de la escuela americana
7 en Bogotá hablaron mucho de ese tema. Sí, es una
8 escuela en Bogotá, sí está acreditada ante
9 Estados Unidos, pero también está acreditada en
10 Colombia. El 79 por ciento, incluso uno de ellos
11 concedió esto, dijo que el 79 por ciento de los
12 estudiantes de esas escuelas son colombianos y
13 solamente el 10 por ciento es estadounidense. Así
14 que, esto debería estar en la columna de factores
15 50/50, pero estamos preparados para dejarlo allí
16 en esta columna.

17 Mostramos aquí a la derecha los mismos
18 factores. A la izquierda tenemos factores
19 adicionales en cuanto al hecho de que la
20 nacionalidad colombiana era la dominante al
21 momento de la fecha crítica. También hablamos
22 mucho respecto de estos factores que aparecen

1 aquí. Los factores que están a la derecha no
2 deberían haber aparecido aquí porque ya los hemos
3 mencionado. Pero aquí les mostramos una versión
4 consolidada de los factores. Aquí tenemos una
5 compilación de las tres diapositivas que les
6 mostramos antes. Lo que quería resaltar en esta
7 diapositiva, lo único que quería resaltar, es que
8 debemos recordar al Tribunal que la investigación
9 del Tribunal en cuanto a nacionalidad y a
10 cuestiones a razione personae es un tipo de
11 investigación de una cosa o la otra. Pensemos en
12 la palabra "exclusivamente", que está allí, que
13 aparece en el 10.20 y en el 10.28. Hay que elegir
14 una cosa o la otra. Tenemos que ver si son
15 colombianos o si son estadounidenses. Creo que si
16 vemos aquí en pantalla las cosas quedan claras.
17 Uno no podría concluir al ver todos estos
18 elementos que ellos eran predominantemente
19 estadounidenses. Si hubiese que elegir solamente
20 una nacionalidad, ¿qué serían ellos:
21 estadounidenses o colombianos? La conclusión es
22 que ellos son colombianos.

1 No han establecido la carga de la prueba.
2 Ya hablamos de esto en la apertura. Así que vamos
3 a concluir porque nos queda poquísimo tiempo,
4 señor presidente, miembros del Tribunal. A modo
5 de conclusión queríamos resaltar lo siguiente.
6 Les mostramos una diapositiva con los factores a
7 la derecha y a la izquierda. Este gráfico un
8 tanto desequilibrado, pero este gráfico ilustra
9 por qué este caso es abusivo. Porque es una
10 familia colombiana que está entablando una acción
11 arbitral contra Colombia en un foro
12 internacional.

13 El padre era un empresario muy reconocido
14 en Colombia, los tres hijos le siguieron los
15 pasos. Son también empresarios muy reconocidos en
16 Colombia y están entablando acciones contra
17 Colombia en un foro internacional, lo cual es
18 contrario a uno de los principios de más larga
19 data en el derecho internacional, es decir, que
20 uno no puede ir a entablar acciones en un foro
21 internacional contra el país de la nacionalidad
22 de uno. Así que, justamente, este tema de la

1 doble nacionalidad se insertó en el APC. También
2 la única excepción de este principio tiene que
3 ver con los derechos humanos. Es la única
4 excepción. El ámbito de los derechos humanos es
5 el único ámbito en donde uno sí puede entablar
6 acciones en ese ámbito. Y lo hicieron las
7 demandantes. Entablaron acciones contra Colombia,
8 ante la CIDH. Nosotros decimos que desde el punto
9 de vista sustantivo no tendrían que haberlo
10 hecho, pero tenían derecho a hacerlo desde el
11 punto de vista solamente teniendo en cuenta su
12 nacionalidad. Lo pueden hacer ante la Comisión
13 Interamericana de Derechos Humanos, pero no lo
14 pueden hacer aquí.

15 Este caso, y con esto concluyo, también
16 muestra los síntomas de un gran problema que
17 existe en el sistema de solución de controversias
18 de inversionista-Estado. Parece que de cada cinco
19 reclamaciones dos o tres son especulativas
20 abusivas de algún modo. Y esto se debe en parte a
21 situaciones como la que se presenta en este caso,
22 en donde tenemos a inversores con mucho dinero,

1 personas físicas con mucho dinero que están
2 dispuestas a gastar 3 o 4 millones de dólares en
3 honorarios legales para obtener la posibilidad
4 quizás de tener algún tipo de rentabilidad.
5 Porque estos tratados, bueno, están allí y en
6 virtud de ellos se pueden pedir enormes reclamos.
7 En este caso están pidiendo 323 millones de
8 dólares. Entonces, apostar 3 o 4 millones de
9 dólares, para recibir 323 millones de dólares,
10 realmente eso quizás sea una decisión fácil para
11 ellos. Así que lo que hicieron es tirar los dados
12 y ver lo que pasaba.

13 Este es uno de los motivos por los cuales
14 el sistema de solución de controversias de
15 inversionistas-Estado se encuentra atacado.
16 Algunas de las críticas al sistema son injustas,
17 pero algunas otras son legítimas como en esta
18 situación. El sistema tiene que autocorregirse en
19 alguna medida y eso implica una revisión de las
20 reglas de iniciación. Y esto está ocurriendo con
21 bastante frecuencia estos días, y también tiene
22 que ver con la revisión de los tratados, porque

1 estamos viendo una nueva generación de tratados
2 que es más refinada y que tiene en cuenta estos
3 elementos críticos al sistema. El tema de la
4 autocorrección tiene que ver, señor presidente,
5 miembros del Tribunal, con una obligación que
6 tienen los tribunales en estos casos de ser los
7 guardianes del sistema.

8 Una herramienta muy poderosa que tienen los
9 tribunales es la imposición de sanciones
10 verdaderas, por ejemplo, en el tema de los
11 honorarios de asesoría jurídica.

12 Algunas veces, los tribunales dicen:
13 "Bueno, los costos arbitrales se imponen a las
14 partes, en forma igualitaria, incluso la parte
15 perdedora", así que, en este caso, me parece que
16 es un desincentivo para las partes. Me parece
17 que un elemento disuasivo en estos casos puede
18 surgir de tribunales como este para poder imponer
19 no solamente los costos del proceso arbitral sino
20 también los gastos y los honorarios de asesoría
21 jurídica y las costas. Así que, de esta forma,
22 se disuadiría a las personas a que presenten

1 casos como este en el futuro. Porque, si no, qué
2 incentivo tienen los Estados para mantener en
3 vigor este tipo de tratados. O de negociar nuevos
4 tratados de inversión.

5 No tenemos más que agregar, señor
6 presidente, miembros del Tribunal, muchas gracias
7 por su atención. Si tienen preguntas, con mucho
8 custodio se las responderemos.

9 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
10 inglés): Muchas gracias, señor Di Rosa. ¿Alguna
11 pregunta de mis colegas? ¿Señor Söderlund?

12 COÁRBITRO SÖDERLUND (Interpretado del
13 inglés): No, muchas gracias.

14 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
15 inglés): ¿Profesor Ferrari?

16 COÁRBITRO FERRARI (Interpretado del
17 inglés): No, yo tampoco tengo preguntas.

ASUNTOS DE PROCEDIMIENTO

19 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
20 inglés): Quiero agradecer a los abogados de ambas
21 partes por esta maratónica exposición que incluyó
22 muchos elementos. Tenemos claro las

1 presentaciones y también las diapositivas que
2 acompañan las exposiciones. Tenemos algunas
3 preguntas que queremos formularles que nos llevan
4 a la conclusión de nuestra reunión.

5 A menos que las partes piensen que es
6 necesario, pensamos que no es preciso tener
7 escritos posteriores a la audiencia. Creo que
8 ustedes han realizado un trabajo muy amplio y,
9 bueno, salvo que algunas de las partes o más
10 partes piensen que es preciso tener escritos
11 posteriores a la audiencia, el Tribunal piensa
12 que no son necesarios.

13 No sé si las demandantes quieren indicar si
14 van a presentar más cuestiones o si es suficiente
15 lo que han presentado hasta ahora.

16 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
17 inglés): Hemos dicho lo suficiente, señor
18 presidente, muchas gracias.

19 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
20 inglés): Señor Di Rosa.

21 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés):
22 Nosotros también, creo que todos hemos dicho ya

1 lo suficiente.

2 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
3 inglés): Hay una salvedad a lo que dije. Y creo
4 que es un tema que debe plantearse. Bueno, si hay
5 alguna cuestión que ellos partes quieren
6 presentarle al Tribunal, por supuesto pueden
7 hacerlo siempre; eso es aceptable para las
8 partes, creo yo.

9 SEÑOR GRANÉ LABAT (Interpretado del
10 inglés): Sí, señor presidente.

11 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés):
12 Sí, señor presidente.

13 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
14 inglés): David y Dawn han hecho una excelente
15 tarea con la transcripción. Y creo que habrá
16 pocos cambios con la transcripción. Les pregunto
17 si sería posible tener una transcripción
18 totalmente revisada antes del 23. Esto sería
19 realmente genial.

20 Dawn: ¿cuánto tiempo necesitará usted para
21 la transcripción?

22 SEÑORA LARSON (Interpretado del inglés):

1 Señor presidente, la transcripción se presentará
2 completa al fin del día.

3 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
4 inglés): ¿Ustedes piensan que el 23 es pedir
5 mucho o piensan que es posible?

6 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
7 inglés): El 23 nos va bien, señor presidente.

8 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés):
9 Mire, es un poco difícil para nosotros, señor
10 presidente.

11 Señor presidente, debido a los otros
12 compromisos que tenemos, sería mejor presentarlo
13 después del 1° del año, pero podemos adaptarnos a
14 lo que prefiere el Tribunal.

15 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
16 inglés): Bueno, si usted precisa un poquito más
17 de tiempo no hay problema, pero no mucho más que
18 eso.

19 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés):
20 Muchas gracias, señor presidente.

21 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
22 inglés): El tema de la presentación de costos es

1 el próximo tema. No sé si las partes han acordado
2 al respecto o quieren que el Tribunal realice
3 algún tipo de sugerencia. Salvo que mis colegas
4 me corrijan, les pediríamos básicamente un esbozo
5 de los costos más que un documento detallado en
6 materia de costos.

7 Estamos interesados, más bien, en las
8 circunstancias y, básicamente en lo que se ha
9 gastado. Ustedes pueden hacer un desglose de los
10 costos del arbitraje, el costo de los peritos,
11 por ejemplo, y los desembolsos que se han
12 realizado. Y, simplemente, algún tipo de
13 constancia o confirmación de los bufetes de
14 abogados en cuanto a las sumas gastadas. Y,
15 después, regresaremos un análisis de eso con la
16 consulta y haremos un intercambio con las partes.

17 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés):
18 Señor presidente, ¿usted dice que no hay que
19 hacer ningún tipo de argumentación jurídica en
20 materia de costos?

21 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
22 inglés): No, muchas gracias. Nos arreglaremos con

1 lo que tenemos. Hemos visto lo que tienen las
2 partes en cuanto al tema de los costos y nos
3 vamos a concentrar en ello. ¿Podrían presentar
4 esto el 1° o el 2 de enero?

5 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
6 inglés): Sí, la segunda semana de enero.

7 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés):
8 Señor presidente, como las facturas de diciembre
9 pasan al nuevo año, quizás mediados de enero sea
10 adecuado para la presentación de costos, si le
11 parece bien.

12 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
13 inglés): Sí, muy bien.

14 Vamos a ver las fechas, entonces. Y entiendo
15 que, claro, hay que tramitar las cosas. Y usted
16 está lidiando con departamentos del gobierno y
17 eso puede llevar más tiempo. Entonces, ¿les
18 parece mejor en enero, el 15 de enero? ¿Sí? ¿Es
19 mejor para las partes? ¿Algo más que quieran
20 mencionar las partes?

21 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
22 inglés): No en lo que hace a la demandante.

1 Simplemente agradecerle a usted, señor
2 presidente.

3 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés): Lo
4 mismo para la demandada. Queremos agradecer al
5 Tribunal, a los participantes, a los abogados de
6 la demandante, taquígrafos e intérpretes, así
7 como a la Secretaría de este Tribunal. Es una
8 manera muy difícil de operar, pero creo que lo
9 hemos logrado.

10 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
11 inglés): ¿Mis colegas desean decir algo?

12 COÁRBITRO FERRARI (Interpretado del inglés):
13 No, nada.

14 COÁRBITRO SÖDERLUND (Interpretado del
15 inglés): No, gracias.

16 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
17 inglés): Gracias a ambos. Con esto me compete
18 hacer una pregunta sobre el grado de satisfacción
19 en lo que hace a la conducción de esta audiencia.

20 SEÑOR MARTÍNEZ-FRAGA (Interpretado del
21 inglés): Estamos muy complacidos.

22 SEÑOR DI ROSA (Interpretado del inglés): Lo

1 mismo dice la demandada.

2 PRESIDENTE BEECHEY (Interpretado del
3 inglés): Muy bien, muchas gracias, por
4 permitirnos operar de esta manera. Funciona
5 maravillosamente bien. Si bien hubo algunos
6 pequeños inconvenientes, pero logramos
7 superarlos. Gracias a la demandante y a la
8 demandada.

9 Vamos a deliberar y tendremos una respuesta
10 a las partes tan pronto como podamos. Deseamos
11 agradecerles una vez más; agradecer los servicios
12 de transcripción, y a la CPA por haber
13 garantizado la conducción sin sobresaltos de esta
14 audiencia.

15 Con esto, mis más cálidos saludos para estas
16 fiestas y mis mejores deseos para 2021, con
17 suerte sin pandemia.

18 Muy bien. Gracias. Que estén todos seguros y
19 con buena salud. Gracias.

20 (Es la hora 20:03 GMT)

21

1
2 CERTIFICADO DE LA ESTENOTIPISTA DEL TRIBUNAL

3
4 Quien suscribe, Elizabeth Cicoria,
5 Taquígrafa Parlamentaria, estenógrafa del
6 Tribunal, dejo constancia por el presente de que
7 las actuaciones precedentes fueron registradas
8 estenográficamente por mí y luego transcriptas
9 mediante transcripción asistida por computadora
10 bajo mi dirección y supervisión y que la
11 transcripción precedente es un registro fiel y
12 exacto de las actuaciones.

13 Asimismo dejo constancia de que no soy
14 asesora letrada, empleada ni estoy vinculada a
15 ninguna de las partes involucradas en este
16 procedimiento, como tampoco tengo intereses
17 financieros o de otro tipo en el resultado de la
18 diferencia planteada entre las partes.

19 _____
20 Elizabeth Cicoria, Taquígrafa Parlamentaria
21 D-R Esteno