

EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE BAJO EL ACUERDO DE PROMOCIÓN  
COMERCIAL ENTRE COLOMBIA Y LOS ESTADOS UNIDOS, FIRMADO EL 22 DE  
NOVIEMBRE DE 2006 Y EN VIGOR DESDE EL 15 DE MAYO DE 2012

Y

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS  
PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, REVISADA EN 2013 (las "Reglas  
de la CNUDMI")

ALBERTO CARRIZOSA GELZIS,  
FELIPE CARRIZOSA GELZIS,  
ENRIQUE CARRIZOSA GELZIS,

Reclamantes

vs.

LA REPUBLICA DE COLOMBIA,

Demandada

**(Caso CPA No 2018-56)**

---

MEMORIAL DE LOS RECLAMANTES  
SOBRE LA JURISDICCIÓN

---

Pedro J. Martínez-Fraga  
C. Ryan Reetz  
Mark Leadlove  
Domenico Di Pietro  
Joaquín Moreno Pampín  
Rachel Chiu  
BRYAN CAVE LEIGHTON PAISNER LLP  
200 S. Biscayne Blvd  
Suite 400  
Miami, Florida 33131  
Teléfono: (786) 322-7500  
Fax: (786) 322-7501

Abogados de los Demandantes,  
*Alberto Carrizosa Gelzis,*  
*Felipe Carrizosa Gelzis,*  
*and Enrique Carrizosa Gelzis.*

29 de mayo de 2019

## CONTENIDO

	INTRODUCCIÓN	7
I	EL EJERCICIO IRREGULAR, EXCESIVO Y SIN PRECEDENTES DE SOBERANÍA JUDICIAL Y ACTIVISMO DE COLOMBIA NULIFICÓ LA INVERSIÓN DE LOS DEMANDANTES EN LA FORMA MONETIZADA DE UN DECRETO JUDICIAL	13
A.	Contexto al Abuso Judicial y Activismo Extremo	13
B.	Los Demandantes buscan recurso judicial en Colombia derivado de un patrón y prolongada práctica de irregularidades regulatorias y abuso de autoridad por parte de la FOGAFIN y la Superintendencia de Banca de Colombia	16
II	LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES QUE CULMINARON EN LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 25 DE JUNIO DE 2014	26
A.	Los reclamantes inician un proceso judicial contra FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria	26
B.	El Procedimiento Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado	29
C.	Sentencia del Consejo de Estado por la que se otorgan a los Accionistas de Estados Unidos USD 99,217,593.68	31

D.	Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007: Análisis de las Disposiciones Operativas	<b>32</b>
E.	La Decisión del Tribunal Constitucional: Abuso de Autoridad y Usurpación de Jurisdicción	<b>41</b>
F.	El Presidente del Consejo de Estado participa solicitando la nulidad de la decisión del Tribunal Constitucional	<b>55</b>
G.	Los dos votos discrepantes de la Decisión del Tribunal Constitucional que niegan la solicitud de nulidad	<b>60</b>
H.	Dictamen del experto Prof. Jack J. Coe, Jr. al Abordar el Activismo Judicial de la Corte Constitucional Relación a la sentencia del Consejo de Estado	<b>64</b>
I.	Dictamen experto de la Dra. Martha Teresa Briceño Abordando el Activismo Judicial de la Corte Constitucional en Relación a la sentencia del Consejo de Estado	<b>77</b>
J.	El Acta No. 15 del Consejo de Estado Sala Plena Contencioso Administrativa del 31 de mayo de 2011	<b>87</b>
K.	Dictamen experto del profesor y del juez asociado Luis Fernando López-Roca sobre el activismo judicial de la Corte Constitucional en Relación a la sentencia del Consejo de Estado	<b>94</b>
III.	LOS RECLAMANTES TIENEN PRIMA FACIE LA CARGA DE LA PRUEBA DEL CASO EN UNA AUDIENCIA BIFURCADA TRATÁNDOSE DE UN CASO JURISDICCIONAL	<b>103</b>

A.	La opinión de la minoría sobre el estándar para la carga de la prueba en una audiencia jurisdiccional bifurcada está plagada de déficits y, por tanto, no debe aplicarse	<b>103</b>
B.	La carga adecuada y aplicable estándar de carga de la prueba en la etapa jurisdiccional que representa la opinión de la mayoría	<b>113</b>
	(i) Una declaración sucinta sobre la prueba adecuada	<b>124</b>
IV.	LOS DEMANDANTES HAN RECLAMADO Y ESTABLECIDO <i>RATIONE PERSONAE, RATIONE VOLUNTATIS, RATIONE TEMPORIS Y RATIONE MATERIAE</i>	<b>128</b>
A.	Los reclamantes cumplen ampliamente los requisitos <i>ratione personae</i> como una cuestión de derecho y hecho	<b>128</b>
	(i) El Caso Nottebohm	<b>132</b>
	(ii) El Caso Mergé	<b>148</b>
	(iii) El Reclamante, Accionista de Estados Unidos Alberto Carrizosa	<b>152</b>
	(iv) El Reclamante, Accionista de Estados Unidos Felipe Carrizosa	<b>157</b>
	(v) El Reclamante, Accionista de Estados Unidos Enrique Carrizosa	<b>161</b>
	(vi) Como un asunto de reclamo y de prueba, los reclamantes han cumplido ampliamente con el estándar de nacionalidad dominante y efectiva adoptado por parte de los tribunales arbitrales basados en tratados	<b>166</b>

a.	<i>Micula v. Rumania</i>	167
b.	<i>Ballantine v. República Dominicana</i>	179
1.	Autoridad de los Claims Tribunal en reclamos sobre nacionalidad efectiva y dominante	184
B.	Los reclamantes cumplen ampliamente los requisitos de <i>Ratione Voluntatis</i> como una cuestión de derecho y hecho	196
(i)	La cláusula MFN en el Capítulo 12 amplía el alcance de protección del TPA	204
(ii)	Cánones interpretativos aplicables	207
(iii)	El “todos los asuntos” y el estándar de “Tratamiento”	216
a.	Autorización para la aplicación del “Tratamiento” de la Cláusula MFN en cuanto al alcance de los derechos procesales	230
(iv)	El Sector de los Servicios Financieros: Consideraciones sobre MFN	236
C.	Los reclamantes cumplen ampliamente los requisitos de <i>Ratione Temporis</i> como una cuestión de derecho y hecho	245
D.	Los reclamantes cumplen ampliamente con los requisitos de <i>Ratione Materiae</i> como una cuestión de derecho y hecho	249
V.	COLOMBIA HA INCUMPLIDO SUS OBLIGACIONES BAJO EL TPA Y EL DERECHO INTERNACIONAL	263
A.	Colombia incumplió el Estándar Mínimo de Tratamiento Bajo el Derecho Internacional y el TPA y la disposición de Trato Justo y Equitativo bajo el APPRI Colombia-Suiza	263

	a. La Justicia Colombiana incurrió en Denegación de Justicia	<b>264</b>
	b. Colombia trató a los reclamantes de manera injusta y no equitativa	<b>265</b>
B.	Colombia incumplió las obligaciones contra la Expropiación bajo el TPA y el APPRI Colombia-Suiza	<b>266</b>
C.	Colombia Incumplió el estándar de Trato de Nacional	<b>267</b>
VI.	DAÑOS Y PERJUICIOS	<b>268</b>
A.	El Consejo de Estado calculó los daños base a los que tienen derecho los reclamantes	<b>269</b>
B.	La expropiación judicial de la sentencia del Consejo de Estado el 26 de mayo de 2011	<b>272</b>
C.	La sentencia del 25 de junio de 2014 emanada de la Corte Constitucional que niega el incidente de nulidad presentado por el Consejo de Estado	<b>273</b>
	CONCLUSIÓN	<b>277</b>

## INTRODUCCIÓN

Los demandantes, Alberto Carrizosa, Felipe Carrizosa y Enrique Carrizosa, presentan respetuosamente este Memorial de Jurisdicción de conformidad con la Orden Procesal No 1 de fecha 29 de enero de 2019, incluyendo el calendario procesal contenido en el Anexo-1.

Los reclamantes presentan estas reclamaciones contra la República de Colombia (Colombia) de conformidad con las disposiciones del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Estados Unidos-Colombia (TPA o el "Tratado"). El TPA entró en vigor el 15 de mayo de 2012. Proporciona, entre otras características, protección de las inversiones extranjeras y consentimiento para el arbitraje entre inversionistas y Estados.

El presente Tratado incluye disposiciones a medida para las inversiones extranjeras en el sector de los servicios en el marco del artículo 12.1(1) del capítulo 12, y se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionada con: (a) instituciones financieras de otra Parte; (b) inversionistas de otra Parte, e inversiones de dichos inversionistas, en instituciones financieras en el territorio de la Parte; y c) el comercio transfronterizo de servicios financieros.

Los demandantes invirtieron en el sector de servicios financieros colombiano, y más

precisamente en la institución de ahorro y préstamo Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda (GRANAHORRAR o el "Banco"). La inversión en GRANAHORRAR se realizó a través de seis (6) empresas constituidas en Colombia: Asesorías e Inversiones C.G. S.A., Exultar S.A., Compto S.A., Lieja LTDA, Fultiplex S.A., e I.C. Interventorías y Construcciones LTDA.

El capítulo 12 incorpora explícitamente, por referencia, una serie de disposiciones que protegen a los inversores extranjeros y a las inversiones del capítulo 10 del TPA. Estas disposiciones incluyen el consentimiento para el arbitraje inversionista-Estado.

El capítulo 12 contiene una cláusula de nación más favorecida (MFN, por sus siglas en inglés) amplia e incondicional, como la cláusula MFN del capítulo 10 del TPA, que tiene un alcance y un espectro expresamente limitados. La cláusula MFN del capítulo 12 no está deliberadamente calificada y tiene por objeto permitir la importación de un trato más favorable, de cualquier naturaleza, contenido en otros tratados celebrados por los Estados Unidos y Colombia. Los reclamantes se basan en las disposiciones más favorables contenidas en el APPRI Colombia-Suiza.

Los reclamantes son dobles ciudadanos estadounidenses-colombianos. El TPA no excluye a los ciudadanos duales de su ámbito de aplicación.



De hecho, contempla las demandas presentadas bona fide por ciudadanos duales, como se demuestra aquí. Lo hace de conformidad con el criterio dominante y eficaz para garantizar que las reclamaciones sean reivindicadas por una auténtica doble ciudadanía, como es el caso en este caso. La ciudadanía predominante y efectiva de los reclamantes es la de los Estados Unidos.

Los reclamantes lamentan el incumplimiento de varias normas de protección que se les han puesto a su disposición como inversionistas estadounidenses en Colombia, tanto directamente como mediante la aplicación de la disposición MFN en virtud del artículo 12.3 del TPA.

Debido al alcance y los objetivos limitados de la actual fase procesal del procedimiento, este Memorial sobre la Jurisdicción aborda los requisitos básicos para el ejercicio del Tribunal de jurisdicción bajo la carga de la prueba aplicable. Los reclamantes para siempre son conscientes de que las cuestiones fácticas y legales que son inherentes a la determinación de los méritos podrían establecer jurisdicción en los procedimientos bifurcados.

En consecuencia, se asignará cierto grado de atención a la ilustración de los aspectos fácticos y jurídicos más significativos de la diferencia que se refieren a la competencia, pero la superposición en los locales fácticos de méritos ha demostrado ser

inevitable. A este respecto, apreciamos respetuosamente la comprensión y la indulgencia del Tribunal.

En pocas palabras, las autoridades reguladoras financieras de Colombia expropiaron ilegalmente la inversión de los Demandantes en esa jurisdicción. Esa expropiación ilegal se caracterizó por la discriminación y un catálogo único de, y los errores sistémicos.

Después de una prolongada y exhaustiva batalla ante los tribunales administrativos colombianos, como aquí se narra, el Consejo de Estado, la máxima autoridad judicial con jurisdicción sobre controversias administrativas, expuso la conducta ilícita de las autoridades financieras colombianas y otorgó a los Demandantes una indemnización por la toma indebida. Dicha sentencia representaba la inversión de los demandantes en forma monetaria. Es el *res* que constituye el objeto del presente procedimiento.

La Sentencia que dictó el Consejo de Estado fue a la vez una vergüenza (ya que implicaba directamente a los dos organismos reguladores de mayor rango de Colombia y a su Banco Central) y una fuente de pérdidas financieras para el Gobierno colombiano. El asunto atrajo la atención de los medios nacionales en ese momento. Las

autoridades colombianas no pudieron aceptar ninguno de esos escenarios.

La Superintendencia bancaria y EL FOGAFIN recurrieron a la Corte de Constitucionalidad para que se suprimiera la sentencia del Consejo de Estado. El Tribunal Constitucional obligó. Sin embargo, para ello era necesario: (i) repudiar los principios más básicos del debido proceso, (ii) abjurar de principios bien definidos de asignación de competencias (una invasión explícita de la jurisdicción), (iii) rechazar su propia jurisprudencia, (iv) la comisión de una denegación de justicia que expropiación sin compensación.

Aún más importante, y de consecuencia más allá del objeto de este conflicto en particular, el fallo del Tribunal Constitucional provocó una crisis institucional judicial nacional que persiste hasta el día de hoy. Esta crisis ha sido muy estudiada en los escritos académicos, así como en los medios de comunicación.

Este Memorial en la Jurisdicción is compuesto por las siguientes seis secciones. **La Sección I** ofrece una visión general del excesivo ejercicio de soberanía de Colombia. **La Sección II** expone un resumen de los hechos que condujo al Dictamen del Tribunal Constitucional del 25 de junio de 2014. **Sección III** dirección es la asignación y el alcance de la carga de la prueba. **La Sección IV**

ilustra cómo los Demandantes cumplen con los requisitos jurisdiccionales *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione voluntatis*, y *ratione materiae*. **La sección V** proporciona una breve ilustración de los principales incumplimientos de las obligaciones en virtud de tratados por parte del Demandado. **La sección VI** proporciona una indicación resumida de los daños y perjuicios sufridos por los Reclamantes.

**I. EL EJERCICIO IRREGULAR, EXCESIVO Y SIN PRECEDENTES DE SOBERANÍA JUDICIAL Y ACTIVISMO DE COLOMBIA NULIFICÓ LA INVERSIÓN DE LOS DEMANDANTES EN LA FORMA MONETIZADA DE UN DECRETO JUDICIAL**

**A. Contexto al Abuso Judicial y Activismo Extremo**

1. Las afirmaciones aquí presentadas surgieron de un extraordinario ejemplo de activismo judicial ilícito y abuso de autoridad maduraron el 25 de junio de 2014. Fue en esta fecha (25 de junio de 2014) cuando tuvo lugar el último elemento que dio lugar a daños derivados de la violación por parte de Colombia de las normas de protección de la TPA. Como se explicará más detalladamente a continuación, el

---

<sup>1</sup> Este Memorial incorpora por referencia el Aviso y Solicitud de Arbitraje ("RFA" por sus siglas en inglés) y todas las pruebas documentales a ese escrito. Las exposiciones han mantenido su designación original en un esfuerzo por fomentar la coherencia.

Los hechos que dan lugar al recurso judicial del Demandante se exponen en las páginas 1 a 62 de la RFA, que termina en el párrafo 150. La RFA se ha adjuntado como anexo al presente Memorial para facilitar la referencia cuando sea necesario. Este formato se ha adoptado en un esfuerzo genuino para mitigar los despidos, algunos de los cuales lamentablemente son inevitables.

25 de junio de 2014 el Tribunal Constitucional de Colombia denegó la moción del Consejo de Estado de anular el Dictamen de la Corte Constitucional privando a los Demandantes de su inversión monetizada en forma de Consejo de Sentencia estatal a favor de los Demandantes y contra los dos instrumentos de Colombia, la Superintendencia de Banca y FOGAFIN por un monto de \$228,762,000, excluyendo intereses.<sup>2</sup>

2. Las pruebas incontrovertibles en este caso demuestran que la Sentencia del Consejo de Estado surgió como consecuencia de un procedimiento legítimo, consciente del debido proceso y de conformidad con las garantías constitucionales. La sentencia se derivaba legítimamente del ejercicio legítimo de la competencia de dicho tribunal.

3. Como se explicará, la Sentencia del Consejo de Estado transformó los vestigios de la inversión de los Demandantes en un derecho jurídicamente vinculante e inexpugnable a una suma liquidada fija de daños pecuniarios. La Corte Constitucional de Colombia, un Tribunal de jerarquía igual al Consejo de Estado y sujeto a un

---

<sup>2</sup> Una copia verdadera y correcta del Juicio del Consejo de Estado en la materia estiló: *Compto S.A. in Liquidación y Otros, contra Superintendencia Bancaria y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN)*, Archivo No. 25000-23-24-000-2000-00521-02-15728, se adjunta aquí como C-22.

ámbito jurisdiccional igualmente estrecho y especializado como el que es incidente ante el Consejo de Estado, participó en una usurpación sin precedentes del Consejo de jurisdicción del Estado el 25 de junio de 2014 tras la emisión de una orden por la que se deniega la moción del Consejo de Estado de anular el dictamen del Tribunal Constitucional de 26 de mayo de 2011 ("Opinión del Tribunal Constitucional) (C-26) que pretende anular la Sentencia del Consejo de Estado en favor de los Demandantes y contra Colombia.<sup>3</sup>

4. Los déficits sustantivos y procesales que caracterizan el dictamen del Tribunal Constitucional enfrentaron al Tribunal Constitucional contra el Consejo de Estado, dando lugar a una crisis institucional judicial que aún persiste teniendo repercusiones institucionales la configuración fáctica particular del asunto en cuestión. La magnitud de esta crisis institucional es testigo del activismo judicial extremo de la Corte Constitucional y del abuso de autoridad.

---

<sup>3</sup> Una copia verdadera y correcta de las conclusiones del Tribunal Constitucional estiló: *Superintendencia Financiera y Fondo de Garantías de Industrias Financieras Contra el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 1 de noviembre de 2007, Proferida en Proceso de Nulidad y Restablecimiento de Derecho Iniciado por la Sociedades Compto S.A. y Otras Contra Superintendencia Bancaria y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras*, Archivo No. T-2.089.121 y T-2.180.640, aquí adjunto como C-23.

**B. Los Demandantes buscan recurso judicial en Colombia derivado de un patrón y prolongada práctica de irregularidades regulatorias y abuso de autoridad por parte de la FOGAFIN y la Superintendencia de Banca de Colombia**

5. Los hechos que dieron lugar a los procedimientos judiciales que culminaron con la emisión de la orden del 25 de junio de 2014 del Tribunal Constitucional se pueden formular de manera sucinta. <sup>4</sup>Los reclamantes, Alberto Carrizosa Gelzis, Enrique Carrizosa Gelzis y Felipe Carrizosa Gelzis (colectivamente "Reclamantes" o los "Accionistas de los Estados Unidos"), tres ciudadanos estadounidenses por nacimiento, invirtieron en una de las principales instituciones financieras de la República de Colombia, *Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda "GRANAHORRAR"* ("GRANAHORRAR" o "El Banco"). El valor de su inversión<sup>5</sup> se "*redujo*" al valor de un grano de

---

<sup>4</sup> En los párrafos 1 a 150 del RFA figura una narración fáctica de estos antecedentes con considerable detalle.

<sup>5</sup> Para facilitar la lectura, el término "inversión" cuando se refiere a los Reclamantes constituye una referencia a la inversión de cada Reclamante individual como que constituye colectivamente una inversión, a menos que se especifique lo contrario.



pimienta en COP.<sup>6</sup>Este "ajuste de valor" se basó en un proceso discriminatorio, irregular, extremo y excesivo, y un trato sin precedente por parte del Banco Central de Colombia ("Banco de la República" o "El Banco Central"), el *Fondo de Garantías de Instituciones Financieras* ("FOGAFIN") y la Superintendencia Bancaria ("*Superintendencia Bancaria de Colombia*" también conocida como Superintendencia Financiera).

6. En consonancia con los promedios contenidos en la RFA, FOGAFIN implementó metodologías discriminatorias y supuestamente cumplió con las obligaciones legales para ayudar a las instituciones financieras calificadas a enfrentar lo que identificó como un desafío de "*liquidez temporal*" que enfrentaba uno de los dos principales instituciones de ahorros y préstamos de Colombia, GRANAHORRAR

7. FOGAFIN discriminó a GRANAHORRAR y trató a esta institución financiera, anteriormente líder, de manera diferente a sus pares sin limitación, al promulgar los siguientes cinco actos financieros que comprenden estas medidas discriminatorias:

---

<sup>6</sup> El acrónimo "COP" significa peso colombiano de acuerdo con la norma monetaria ISO 4217.

(i) reducir artificial y deliberadamente el estado de solvencia de GRANAHORRAR por debajo del umbral legislativo del nueve por ciento,

(ii) reducir el valor de las acciones del banco a COP 0.01,

(iii) negar a los accionistas de GRANAHORRAR los derechos legales de notificación del proceso,

(iv) rescindir unilateralmente el CEO de GRANAHORRAR sin previo aviso a los accionistas, y

(v) sustituir unilateralmente al Junta Directiva de GRANAHORRAR.

8. El banco fue expropiado pero nunca liquidado. Fue vendido a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria ("BBVA") por un importe de USD 423.000.000. Estos cinco actos finales de excesos reglamentarios no fueron acompañados de compensación alguna ni sometidos a ningún tipo de iteración con el debido proceso. Como predicado a estas cinco medidas regulatorias, FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria implementaron nueve medidas que debilitaron materialmente a GRANAHORRAR.

9. En primer lugar, FOGAFIN negó a GRANAHORRAR un alivio convencional por un déficit temporal de liquidez. En su lugar,

FOGAFIN procedió a hacer que GRANAHORRAR se comprometiera a entregar a FOGAFIN activos calificados como "A" equivalentes al ciento treinta y cuatro por ciento del valor de una garantía que FOGAFIN extendería a los posibles acreedores de GRANAHORRAR y que otorgarían a GRANAHORRAR préstamos de liquidez ("Programa de Garantía y Reestructuración").<sup>7</sup>

10. Este programa de garantía y reestructuración no tuvo precedentes y no respondió a las necesidades de liquidez de GRANAHORRAR. El Programa de Garantía-Reestructuración, sin embargo, tuvo el efecto de arrebatar materialmente a GRANAHORRAR a un porcentaje significativo de los activos más productivos que contribuyeron materialmente al estatus de solvencia históricamente exitoso de GRANAHORRAR. Esta fórmula también fue perjudicial para GRANAHORRAR porque no abordó las necesidades de liquidez del banco. El Programa de Garantía y Reestructuración no se impuso a ningún otro de los pares de GRANAHORRAR.<sup>8</sup>

11. En segundo lugar, de conformidad con el Programa de Garantía y Reestructuración, FOGAFIN proporcionó a GRANAHORRAR un

---

<sup>7</sup> Ver p.52-66.

<sup>8</sup> Ver RFA 53.

plazo de maduración de 30 a 60 días<sup>9</sup> que causó dificultades y fue materialmente más corto que los términos que FOGAFIN extendió a las instituciones financieras pares de GRANAHORRAR durante la crisis económica de Colombia de 1998-2001. Sin embargo, en particular, a estas últimas instituciones financieras se les concedió financiación directa (a diferencia de GRANAHORRAR) y fechas de maduración muy generosas con un promedio de siete (7) años.<sup>10</sup>

12. En tercer lugar, dentro del plazo del Programa de Garantías y Reestructuración, FOGAFIN se impuso a GRANAHORRAR tasas de interés muy superiores a las que se extendieron a las instituciones financieras pares de GRANAHORRAR que se encontraron en una solvencia significativamente más peligrosa. GRANAHORRAR estaba obligada a pagar a terceros acreedores que se beneficiaban de las garantías que FOGAFIN les proporcionaba en virtud del Programa de Garantía y Reestructuración a una tasa de interés promedio

---

<sup>9</sup> Ver ¶94, ¶120 de la RFA.

<sup>10</sup> Ver ¶116, 120 de la RFA. FOGAFIN financió parcialmente a GRANAHORRAR retuvo el pago final y, por lo tanto, diseñó un evento de "cese de pago" que el propio FOGAFIN identificó como la base para (i) expropiar gran ahorrar, y (ii) apropiarse de la propiedad no gravada de los activos prometidos.

del 44%. La tasa de interés promedio, sin embargo, que FOGAFIN extendió como acreedor de financiamiento directo a los pares bancarios de GRANAHORRAR fue, aproximadamente, durante el mismo período, del 19%. FOGAFIN nunca pudo explicar esa diferencia.<sup>11</sup>

13. Esta disparidad es aún más inquietante porque GRANAHORRAR disfrutó de una mayor solvencia y solidez económica que sus pares en todo momento material a los hechos que dieron lugar al recurso de los Demandantes ante los tribunales judiciales nacionales de Colombia.<sup>12</sup>

14. En cuarto lugar, FOGAFIN hizo que GRANAHORRAR, previa pena de abandono total, suscribiese un contrato de adhesión que contenía una cláusula deliberadamente vaga y *unilateral* que facilitaba a FOGAFIN a conservar para sus propios fines, los activos que GRANAHORRAR se comprometió a entregar a FOGAFIN en el momento en que firmó el Programa de Garantía y Reestructuración según la determinación subjetiva de FOGAFIN sobre un evento de "cesación de pagos" entre GRANAHORRAR cualquier tercero

---

<sup>11</sup> Ver RFA ¶120.

<sup>12</sup> Ver Juan Camilo Restrepo and Antonio José Nuñez, *Diálogos Sobre las Crisis Financieras* (2009), pp 295-305. Juan Camilo Restrepo se desempeñó como Ministro de Finanzas durante la crisis del 7 de agosto de 1998 al 7 de agosto de 2000.

(independientemente de la cantidad, calidad, potencial de recuperación, condiciones del acreedor en litigio o posición del tercero beneficiario del pago).<sup>13</sup>

15. En quinto lugar, FOGAFIN se negó a financiar a GRANAHORRAR directamente por el monto total del crédito. <sup>14</sup>Este ejercicio de su facultad discrecional de préstamos fue contrario a la práctica de FOGAFIN con respecto a los bancos pares de GRANAHORRAR, en particular los predominantemente configurados por carteras principales basadas en hipotecas. Esta disparidad en el tratamiento es aún más opaca porque las instituciones financieras pares de GRANAHORRAR que recibieron financiación directa de FOGAFIN no eran tan sólidas financieramente como lo era GRANAHORRAR.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Ver RFA 80-92. Véase también Prof. Luis Fernando López-Roca (Justicia Asociada de la Corte Constitucional y testifica sobre la práctica regulatoria financiera en Colombia y el derecho administrativo colombiano) (copia fiel del reporte experto del Prof. Luis Fernando López-Roca, se adjunta aquí como CER-5) Informe de experto ¶¶84-113.

El testimonio pericial en este caso demostrará que el uso de *Cláusula* no respondió a las necesidades de liquidez de GRANAHORRAR y no tuvo precedentes en las circunstancias basadas en toda la historia regulatoria de FOGAFIN. Prof. López-Roca Informe de expertos (CER-5) ¶¶ 84-113.

<sup>14</sup> Ver RFA ¶¶ 52-53.

<sup>15</sup> Ver RFA ¶¶ 116, 119.

16. En sexto lugar, la fórmula de FOGAFIN para hacer frente al desafío de liquidez de GRANAHORRAR consistió en exigir al principal bloque de accionistas de GRANAHORRAR, los *Accionistas de Estados Unidos*, se despojarán de sus respectivos intereses en GRANAHORRAR.<sup>16</sup>

17. En séptimo lugar, FOGAFIN causó una corrida de depósitos que la propia FOGAFIN utilizó como base para resquebrajar el estado de *solvencia* de GRANAHORRAR. Las pruebas muestran, convincentemente, que FOGAFIN notificó deliberadamente a los medios de comunicación que informasen de eventos confidenciales relacionados con la restricción de las negociaciones entre FOGAFIN y GRANAHORRAR. Esta *corrida*, entre otras cosas, empeoró el estatus de *liquidez* de GRANAHORRAR.<sup>17</sup>

18. Octavo, a pesar de la evidencia documental registra de manera demostrable que el estatus de *solvencia* de GRANAHORRAR disfrutó de una historia de solidez económica superando el nivel de desempeño de la mayoría de las

---

<sup>16</sup> Ver ¶¶99, 108.

También aquí los testimonios de expertos establecen que esa metodología no respondía a las necesidades temporales de liquidez de GRANAHORRAR.

<sup>17</sup> Ver ¶¶ 129-130 del RFA.

instituciones financieras con un evento temporal de *liquidez*, FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria basaron la expropiación de GRANAHORRAR en una supuesta crisis de *insolvencia* que, en su caso, sólo existió durante cuestión de horas y *únicamente* debido a las maquinaciones de FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria.<sup>18</sup>

19. Noveno y final, la Superintendencia Bancaria, con las bendiciones de FOGAFIN, proporcionó a GRANAHORRAR un "Aviso de Capitalización" [Cure Notice] que contenía un plazo de catorce horas, que lo hacía física y legalmente imposible de llevar a cabo.<sup>19</sup>

20. Este "Aviso de Capitalización" requería que los accionistas de GRANAHORRAR cumplieran con una capitalización por un monto de COP 157,000,000,000. Esa capitalización se llevaría a cabo entre la 1:00 a.m. del sábado 3 de octubre de 1998 y las 3:00 p.m. de ese *mismo* día.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Ver RFA ¶63. Véase también C-7, contentivo de un reporte del Banco Central titulado: Análisis Solicitud Nuevo Plan de Amortización Apoyo Especial de Liquidez C.A.V. GRANAHORRAR.

<sup>19</sup> Ver RFA ¶ 135.

<sup>20</sup> Ver adjunta como C-19, correspondencia fechada el 2 de octubre de 1998, de Sara Ordoñez Noriega al Dr. Enrique Amaya Pacheco, referencia no 1998050714 ("Aviso de capitalización").



21. El "Aviso de Capitalización", presumiblemente dirigido a los accionistas de GRANAHORRAR, *nunca* fue comunicado a los accionistas de GRANAHORRAR como lo exige la ley y de conformidad con lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, en sus Artículos 46-48.<sup>21</sup>

22. Una vez que estas nueve condiciones tuvieron lugar, la Superintendencia Bancaria y FOGAFIN procedieron a hacerse cargo de la propiedad y gestión de GRANAHORRAR.<sup>22</sup>

23. Los reclamantes presentaron un recurso judicial ante los tribunales colombianos. Aquí se afirma que la inversión de los reclamantes en GRANAHORRAR, en parte, fue hecha líquida y monetizada en la sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007.

24. Es este trasfondo fáctico el que constituye el objeto de los hechos sometidos a la adjudicación ante el poder judicial colombiano. Son las acciones del poder judicial, principalmente del Tribunal Constitucional, las más relevantes

---

<sup>21</sup> Los testimonios fácticos y expertos que se presentarán en este caso demostrarán que este plazo no fue realizable ni comunicado a los accionistas de GRANAHORRAR. Tampoco respondió a las necesidades de GRANAHORRAR. Véase también RFA n.93.

<sup>22</sup> Ver RFA ¶¶ 135-137.

para cualquier determinación relativa a esta información jurisdiccional bifurcada.

## **II. LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES QUE CULMINARON EN LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 25 DE JUNIO DE 2014**

25. Esta evisceración de la inversión de los Reclamantes es lo que constituye el núcleo de la presente disputa.

### **A. Los reclamantes inician un proceso judicial contra FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria**

26. En un desprecio flagrante a la ley que entonces vigente, ni la Superintendencia Bancaria ("Superintendencia") ni FOGAFIN comunicaron su resolución respectiva a los accionistas de GRANAHORRAR.<sup>23</sup> Más que un simple rechazo a la ley, el hecho de no comunicar estas resoluciones desafía las nociones básicas de imparcialidad y debido proceso. Tanto el "Aviso de Capitalización" del 2 de octubre de 1998<sup>24</sup> como la Resolución No. 002 del 3 de octubre fueron enviados al CEO de GRANAHORRAR,<sup>25</sup> quien fue reemplazado en cuestión de minutos luego del informada la

---

<sup>23</sup> C-19 y C-20.

<sup>24</sup> *Ver* 134-136 de la RFA.

<sup>25</sup> *Ver* 136-139 de la RFA y C-20.

Resolución No 002.<sup>26</sup> En consecuencia, los Accionistas de los Estados Unidos ejercieron el

---

<sup>26</sup> Las disposiciones determinantes del Código Administrativo (*Código Contencioso Administrativo* un ejemplo de "*Decreto 01 de 1984*" está aquí adjunto) fueron los artículos 43-48. Sin embargo, el artículo 46 es el más amplio y práctico en términos de requisitos de cumplimiento de avisos vinculantes para la Superintendencia y el FOGAFIN. Ordena:

Cuando, en la sentencia de las autoridades, su decisión afecte directa e inmediatamente a terceros que no hayan intervenido en la empresa, publicarán la parte dispositiva de la resolución en una sesión de publicación en el Documento Oficial o en un funcionario media de comunicación destinado a tales notificaciones, o en un periódico de amplia circulación dentro de la jurisdicción de los organismos que emitieron las decisiones.

Igualmente pertinente es el cumplimiento del artículo 47 que prescribe la publicación de vías procesales jurídicas para impugnar las decisiones de los órganos administrativos. Este artículo dispone que "el texto de todas las notificaciones o publicaciones establecerá la vía jurídica apropiada para impugnar las decisiones administrativas en litigio, cuya información incluirá a las autoridades ante las que debe ser cualquier impugnación presentados, así como los plazos pertinentes."

Las consecuencias jurídicas de estos artículos se enuncian mejor en el artículo 48, que dispone que el hecho de no notificar a las partes interesadas de conformidad con los artículos a los que se hace referencia hará que los actos administrativos no sean vinculantes y sin fuerza de ley. El texto del artículo 48 ordena citar en su totalidad:

derecho de petición y presentaron una solicitud a FOGAFIN y a la Superintendencia de Bancos solicitando, entre otras cosas, copias de la “Aviso de Capitalización” del 2 de octubre de 1998, y de la Resolución No. 002, de fecha 3 de octubre de 1998 y una explicación de la metodología legal conforme a la cual el supuesto monto de COP 157,000,000,000 debía ser entregado.

27. Estas peticiones fueron notificadas a FOGAFIN y a la Superintendencia de Banca entre el 15 de marzo y el 30 de mayo de 2000, pero no fue hasta cuatro (4) meses después (25 de julio de 2000) que realmente se produjeron copias verdaderas y correctas.<sup>27</sup>

---

Sin el cumplimiento de los requisitos anteriores, se considerará que la notificación no ha tenido lugar ni las decisiones que deberían haber sido contenidas en las notificaciones tienen algún efecto jurídico, a menos que la parte interesada se considere ha sido suficientemente notificado, acepta haber sido informado o de otra manera oportunamente hace uso del recurso legal apropiado.

No se produjo ninguna de las dos condiciones aquí.

<sup>27</sup> Las autoridades del gobierno colombiano concluyeron erróneamente que los accionistas afectados, incluidos los accionistas estadounidenses, planeaban presentar recurso legal en forma de un procedimiento de demanda colectiva. De este modo, retrasaron la licitación de las resoluciones como un esfuerzo estratégico destinado a activar la aplicación del plazo

## B. El Procedimiento Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y el Consejo de Estado<sup>28</sup>

28. El 28 de julio de 2000, los Demandantes, a través de las Compañías, perfeccionaron una reclamación de cuatro (4) cargos ante el <sup>29</sup>*Tribunal Administrativo de Cundinamarca* bajo el título: *Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Compto S.A. en Liquidación y Otros, contra la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras*, Expediente No. 200000521. En ese procedimiento, los demandantes alegaron que FOGAFIN y la Superintendencia de Banca (i) emitieron resoluciones nulas por falta de locales que establecían las fases y fundamentos fácticos que respaldaban las conclusiones y mandatos finales contenidos en esos documentos (C-19 y C-20), así como la falta de insolvencia que justificaría tales hallazgos, (ii) carecían del debido proceso en

---

de limitaciones de la demanda colectiva a fin de frustrar cualquier acción en la que se llevara a cabo.

<sup>28</sup> En español denominados "*Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Consejo de Estado*."

<sup>29</sup> Las "Compañías" se refieren a los seis vehículos de inversión utilizados por los Demandantes, que corresponden a (i) Asesorías e Inversiones C.G. S.a., (ii) Exultar S.A. (Exultar), (iii) Compto S.A. (Compto), (iv) Inversiones Lieja LTDA (Lieja), (v) Fultiplex S.A. (Fultiplex), y (vi) I.C. Interventorías y Construcciones LTDA (Interventorías).

relación con cualquier capacidad para reparar o abordar las preocupaciones enunciadas en c-19, (iii) violaban las leyes obligatorias, específicamente el artículo. 72 de la Legislación 45 (1990) (tipos de interés excesivos), Art. 1203 del Código de Comercio (apropiación indebida similar a la expropiación), y (iv) violó el Art. 29 de la Constitución (falta de debido proceso).

29. Esa acción esperó por sentencia durante cinco (5) años. El 27 de julio de 2005 (cuatro (4) años y 364 días después de que el caso hubiera sido presentado y registrado ante el Tribunal el 28 de julio de 2000), el Tribunal de Cundinamarca emitió una sentencia bastante desmesurada.

30. El Tribunal dictaminó que los demandantes, los accionistas de GRANAHORRAR, incluidos los reclamantes<sup>30</sup>, no tuvieron causas viables de acción. También constató que las defensas, FOGAFIN y la Superintendencia, eran igualmente jurídicamente insuficientes, y no se adjudicaron los honorarios y los costos de la ley. La Dra. Briceño, ex Magistrado del Consejo de Estado que testifica en el procedimiento ante este Tribunal Arbitral, explica que esta extraña

---

<sup>30</sup> *Ver supra* nota 29.

sentencia probablemente sea impulsada políticamente.<sup>31</sup>

31. Los reclamantes, a través de las Sociedades, registraron una apelación ante el Consejo de Estado, denominada: *Compto S.A. en Liquidación y Otros, contra Superintendencia Bancaria y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN)*, expediente No. 25000-23-24-000-2000-00521-02-15728.

### **C. Sentencia del Consejo de Estado por la que se otorgan a los Accionistas de Estados Unidos USD 99,217,593.68**

31. El 1 de noviembre de 2007, el Consejo de Estado dictó una sentencia que anulaba la sentencia desestimando el caso y los demandados

---

<sup>31</sup> Ver Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia (ex Magistrada que presidió la Sala Cuarta del Consejo de Estado y cuenta con conocimientos personales contemporáneos derivados de su revisión y experiencia con esta crisis institucional) (un verdadero y correcto duplicado) (un verdadero y correcto duplicado) (un verdadero y correcto duplicado) (un verdadero y correcto duplicado original de la opinión de expertos de la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia se adjunta aquí como CER-4), Informe de Expertos (que indica "[L]a Corte Constitucional que es un Tribunal donde puede haber mayor injerencia política (pues tres de su nueve magistrados son electos de una terna propuesta por el Presidente de la República), obtuvo de los jueces lo que solicitó el poder ejecutivo, es decir, evitar el pago de la expropiación.")

correspondientes. La sentencia del Consejo de Estado favoreció a los recurrentes (demandantes aquí) los accionistas de GRANAHORRAR. Dos (2) principios fundamentales destacan en el extenso decreto de setenta y cinco páginas.<sup>32</sup>

**D. Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007: Análisis de las Disposiciones Operativas**

32. En primer lugar, el Consejo de Estado constató que las resoluciones emitidas por FOGAFIN y la Superintendencia (C-19 y C-20) eran jurídicamente insuficientes para hacer que las entidades expropiaran solidariamente a GRANAHORRAR porque carecían de los hechos apropiados Predicados. Por consiguiente, el Consejo de Estado llegó a la conclusión de que la expropiación era en realidad manifiestamente ilegal. En aras de esta celebración, observó:

Lo que aquí se ha narrado demuestra a este Tribunal que la supuesta insolvencia de GRANAHORRAR que dio lugar a la orden de capitalizar el banco [C-19], se generó como resultado de pérdidas por la cantidad aproximada de \$228,726 millones que

---

<sup>32</sup> *Ver supra* nota 2.



la Superintendencia de La banca había calculado como resultado del cese de pago de GRANAHORRAR.

En primer lugar, la orden de capitalización no contiene *ninguna explicación* de cómo se llegó a esta cifra, ni hace referencia a ningún documento a partir del cual dicha cifra se calculó antes de la emisión de la orden. Por esta razón, la referencia de insolvencia en la Superintendencia de Notificación de capitalización carece de *una base fáctica necesaria y también requiere premisas probatorias*.

Por otra parte, los documentos que constan en el expediente llevan a la conclusión de que, a partir de esa fecha, el 2 de octubre de 1998, *GRANAHORRAR no era insolvente, sino* que tenía un defecto de liquidez, por tanto, se trata de conceptos que se distinguen tanto por su naturaleza como por sus efectos.

La falta de liquidez se define como la falta de recursos disponibles necesarios para cumplir con las obligaciones a medida que se vencen o que hacen posible las preocupaciones

económicas cotidianas de un negocio. La insolvencia, sin embargo, es una en la que los activos netos de una entidad están por debajo del umbral de capital necesario.

*GRANAHORRAR no tuvo un problema de insolvencia, es más para que el Banco Central autorizara los créditos temporales de liquidez, tanto ordinarios como extraordinarios, lo que se requería era que la entidad no fuese insolvente.*

En efecto, Art. 1 de la *Circular Externa No 25 de 1995*, que estaba en vigor durante el plazo operativo cuando el Banco Central emitió los créditos temporales de liquidez [cita omitida], contempló expresamente que 'en ningún caso créditos de liquidez se proporcionarán a las entidades insolventes o tienen como objetivo y justificación para la emisión de la cura de un problema de insolvencia.» A efectos de estos créditos de liquidez, se consideró que una entidad sólo tendría derecho a créditos concursales cuando «al resumir sus registros financieros, los que se recogen son activos netos al menos un 50 % inferiores a la oferta de capital». (en cursiva en cursiva

original, cursiva en negrita  
suministrada)<sup>33</sup>

33. En segundo lugar, como se ha señalado inmediatamente anteriormente, además de carecer de los predicados fácticos necesarios para declarar resoluciones jurídicamente sostenibles, el FOGAFIN y la Superintendencia basaron las resoluciones (C-19 y C-20) en alegaciones jurídicas y fácticas erróneas, *es decir*, la falta de liquidez, en lugar de un estado real de insolvencia que crearía peligro para los titulares de cuentas, y más generalmente, para el sector financiero en su conjunto.

34. 34. La sentencia del Consejo de Estado fue aún más mordaz al analizar los actos y omisiones de FOGAFIN y de la Superintendencia en relación con GRANAHORRAR.

35. El Consejo de Estado, a modo de ejemplo, constató expresamente que FOGAFIN y la Superintendencia, juntas en el transcurso de apenas doce horas, crearon una crisis económica para GRANAHORRAR que era artificial y apenas indicativa de la GRANAHORRAR considerable solvencia y registro histórico de rendimiento. Por consiguiente, el Consejo de Estado razonó y llegó a la conclusión de que no había justificación para reducir el valor de las acciones de

---

<sup>33</sup> *Id.*, C-22 pp 42-43.

GRANAHORRAR al de una suma nominal. Esta medida carecía de un debido proceso, aberrante e indicativo de un abuso extremo de autoridad. No hay sustituto para el propio lenguaje del Consejo de Estado:

La reducción del valor de las acciones de GRANAHORRAR a un importe nominal requiere que la entidad o entidades que emprendan dicha medida [reduciendo el valor de las acciones a una suma nominal] lo haya hecho sobre la base de *información veraz y precisa* que la Superintendencia de La banca puede establecerse como una *contabilidad realista del valor de una institución*. No obstante, si el informe de la Superintendencia de Bancos no refleja el valor neto real del activo de una entidad, y se establece de manera similar que las pérdidas de capital no son reales o exactas, entonces no hay base para la reducción del valor de las acciones a un cantidad.

*En el caso de estudio, el incumplimiento real de los activos netos o el estado de insolvencia que Corporación Granahorrar supuestamente sufría, se dieron a conocer como inexistentes sobre la*

*base de las cifras contables certificadas que la institución financiera más tarde publicado, lo que demostró que, además de su frágil fundamentación, la orden de capitalizar GRANAHORRAR se tomó sin el beneficio de ninguna base o análisis serio sobre la verdadera situación de los activos netos de GRANAHORRAR y de la misma manera en que la decisión de reducir el valor de las acciones de GRANAHORRAR a un importe nominal.*

*A juicio de esta Sala, las cuestiones anteriores demuestran que los acontecimientos marcados por los repetidos intercambios de correo entre FOGAFIN y la Superintendencia de Banca, hoy Financiera, entre la noche del viernes 2 de octubre y la tarde de El sábado 3 de octubre, colocó a GRANAHORRAR en un supuesto estado de insolvencia, en virtud del cual se dotó al banco la obligación vinculante de cumplir con una metodología de curación que era imposible de cumplir. En cambio, estos intercambios de correspondencia fueron la causa y el origen de una cadena de decisiones por parte de las entidades [FOGAFIN y la*

*Superintendencia de Banca], donde una decisión fue apoyada por la otra, todas ellas derivadas de la no proporcionar a GRANAHORRAR la ayuda adicional que GRANAHORRAR solicitó para ese segundo día de octubre, en consonante con lo acordado el 1 de octubre.*

Lo anterior, cuando se sumó a la afirmación de infundada de insolvencia que la Superintendencia de Bancos había hecho valer contra GRANAHORRAR, junto con la decisión del Banco Central de emprender la orden de capitalización, como parte de la tarea de reducir a un valor nominal de las acciones de GRANAHORRAR, demuestra *la ilegalidad de las acciones de agencias, y la razón por la que este Tribunal debe anular el tribunal de primera instancia sentencia, que como dejó claro el recurrente, no abordó en absoluto las alegaciones materiales formuladas y no había concedido ningún peso a las pruebas probatorias en las que los demandantes habían basado sus inversiones.*<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> *Id.* pp 51-52.

36. La Sentencia del Consejo de Estado revocó el tribunal de primera instancia con instrucciones de que, entre otras cosas, también incluían una declaración de responsabilidad contra FOGAFIN y la Superintendencia de Banca a favor o los accionistas de GRANAHORRAR, en el monto de COP 226.961.237.735.<sup>35</sup>

37. El Consejo de Estado vio a través de las insignias de supuesta legalidad que enmascaraban el contenido sustantivo ilegal de las resoluciones expropiatorias de la Superintendencia de Bancos y FOGAFIN (C-19 y C-20). Hizo hincapié en la falta de fundamento sustantivo, la ausencia de debido proceso y el abuso extremo de autoridad, así como un análisis jurídico insostenible definido, pero lo que parecía estar cambiando y sin fundamento normas jurídicas que arrojan la vista gorda y la oreja sorda hacia los principios universalmente aceptados más rudimentarios de equidad y equidad básica.

38. El Gobierno de Colombia consideró que su propio Consejo de Estado había avergonzado a sus principales organismos financieros (FOGAFIN, la Superintendencia y el Banco Central) y estaba socavando la política y la autoridad ejecutivas.

---

<sup>35</sup> Los reclamantes en este caso no afirman que estarían limitados a presentar pruebas sobre los daños sufridos por encima de esta cifra.

39. Lo que se produjo inmediatamente fue un acto decepcionante y sin precedentes de agresión procesal dirigido a la rama judicial del gobierno. Esta violencia procesal fue constituida por la presentación de cuatro (4) procedimientos frívolos (*tutelas*) por parte de FOGAFIN y la Superintendencia de Banca.

40. FOGAFIN y la Superintendencia de Banca presentaron cada uno dos (2) procedimientos ante el Consejo de Estado solicitando la reconsideración de la Sentencia del 1 de noviembre de 2007. Las cuatro mociones fueron denegadas. FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria perfeccionaron entonces apelaciones ante la Corte de Constitucional.

41. El 5 de marzo de 2008, FOGAFIN y la Superintendencia de Banca perfeccionaron una apelación ante la decisión del Consejo de Estado contra FOGAFIN y la Superintendencia de Banca y a favor de los accionistas de GRANAHORRAR. Ese llamamiento generó una decisión extraordinaria que causó una crisis estructural-institucional en el sistema judicial colombiano. La jurisdicción respectiva del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional se puso a prueba de una manera que sigue sin precedentes y aún persiste. Este caso, en gran medida, surge de este atolladero institucional.



## E. La Decisión del Tribunal Constitucional: Abuso de Autoridad y Usurpación de Jurisdicción

42. El Tribunal Constitucional emitió un prolijo dictamen de 203 páginas que ejemplifica (i) la falta absoluta de debido proceso, (ii) abuso extremo de autoridad, (iii) la usurpación de la jurisdicción de un tribunal de igual jerarquía, y (iv) el abandono incondicional de un tribunal de su propio precedente.<sup>36</sup>

43. La decisión del Tribunal Constitucional presenta desafíos fundamentales al debido proceso a múltiples niveles. El Tribunal Constitucional excedió su jurisdicción y se colocó en la posición de un juzgador de hechos en lugar de un Tribunal Constitucional encargado de revisar la constitucionalidad de la legislación, los reglamentos, las decisiones judiciales y los decretos ejecutivos.

44. A modo de ejemplo, el propio Tribunal Constitucional, *sua sponte*, introduce pruebas de *rumores (hecho notorio)* en forma de artículos periodísticos (publicaciones no oficiales que no están patrocinadas por el gobierno o identificadas legislativamente como sustitutos de notificación sobre el proceso) que las partes, y en particular los accionistas de GRANAHORRAR nunca tuvieron la

---

<sup>36</sup> *Ver supra* nota 3.

oportunidad de revisar, y mucho menos de abordar con pruebas de refutación.

45. La decisión del Tribunal Constitucional representa una emblemática negación de la justicia que, lo que es aún más importante, dio lugar a una crisis constitucional debido al alcance de su abuso de autoridad reguladora-judicial.

46. Como se expone más plenamente en los dictámenes de expertos de la Dra. Martha Teresa Briceño,<sup>37</sup> el Prof. Luis Fernando López-Roca y el<sup>38</sup> Prof. Jack J. Coe, Jr., el Dictamen de<sup>39</sup> la Corte Constitucional representa un abuso paradigmático de autoridad y discreción que no se puede conciliar con los principios más fundamentales del debido proceso.

47. El análisis de la decisión de la Corte Constitucional establece, sin limitación, que violó los derechos procesales y sustantivos de los accionistas estadounidenses al adoptar, aprobar y

---

<sup>37</sup> Ver Informe de Experto de la Dra. Briceño (CER-4).

<sup>38</sup> Ver Informe de Experto del Prof. López-Roca (CER-5).

<sup>39</sup> Copia fiel del original de la Opinión del Experto Prof. Jack J. Coe, Jr. se adjunta aquí como CER-3, (abordando principios legales y normas que rigen los encuentros de un inversionista con los sistemas judiciales nacionales, solo o en combinación con los actos de otros órganos y organismos gubernamentales para ayudar a familiarizar al Tribunal con la ley informativa de decisión).

ratificar, mucho más allá de su ámbito jurisdiccional, y contrariamente a los principios más fundamentales del debido proceso, en al menos las siguientes dieciséis (16) propuestas.

48. En primer lugar, el Tribunal Constitucional reniega la decisión del Consejo de Estado de que la expropiación de GRANAHORRAR por parte de FOGAFIN violó los derechos del debido proceso de los Demandantes<sup>40</sup> porque se basó en una insolvencia inducida por el gobierno artificial<sup>41</sup> cuando de hecho, el banco simplemente sufrió un desafío temporal de liquidez.

49. El Tribunal Constitucional actuó así sin tener en cuenta las pruebas de registro y sobre la base de premisas fácticas y otras consideraciones que los Demandantes nunca pudieron plantear, y mucho menos, en *cualquier* momento procesal.

50. En segundo lugar, el Dictamen del Tribunal Constitucional representa una flagrante denegación del debido proceso,<sup>42</sup> en parte, porque

---

<sup>40</sup> Ver Informe de Experto de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶ 78-86.

<sup>41</sup> Ver Informe de Experto del Prof. López-Roca (CER-5) ¶ 98.

<sup>42</sup> Ver Informe de Expertos del Dr. Briceño (CER-4) ¶¶ 78-86.

al desafiar las conclusiones del Consejo de Estado, aprueba un trato discriminatorio dirigido a los accionistas de GRANAHORRAR en<sup>43</sup> cuanto a FOGAFIN *fechas* de maduración del crédito que causaron un daño irreparable a GRANAHORRAR y a sus accionistas. La aprobación incondicional por parte del Tribunal Constitucional de este trato discriminatorio constituye una violación del debido proceso procesal, y también hace violencia a los derechos constitucionales de los accionistas de GRANAHORRAR al exceder los derechos constitucionales del Tribunal Constitucional jurisdicción y de esta manera proscribir a los accionistas de GRANAHORRAR de presentar su caso.

51. En tercer lugar, el Dictamen del Tribunal Constitucional representa una indefendible denegación del debido proceso, en parte, porque en desafío a las conclusiones del Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional aprueba un trato discriminatorio dirigido a los accionistas de GRANAHORRAR como a FOGAFIN tasas de *interés* de crédito que causaron un daño irreparable a GRANAHORRAR y sus accionistas.<sup>44</sup>

52. La aprobación incondicional por parte del Tribunal Constitucional de este trato

---

<sup>43</sup> *Id.* ¶ 108.

<sup>44</sup> *Id.* ¶¶ 78-86. *Ver también* Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶ 27, n.4.

discriminatorio constituye una violación del debido proceso procesal, y también hace violencia a los derechos constitucionales de los accionistas de GRANAHORRAR al exceder los derechos constitucionales del Tribunal Constitucional jurisdicción y de esta manera proscribir a los accionistas de GRANAHORRAR de presentar su caso.<sup>45</sup>

53. En cuarto lugar, la decisión de la Corte de Constitucionalidad conmociona aún más la conciencia de cualquier testigo de este escrito porque aprueba el trato discriminatorio que FOGAFIN dirigió a GRANAHORRAR y a los accionistas de GRANAHORRAR en forma de Programa de Garantía-Reestructuración, que hizo que FOGAFIN debilitara la solvencia de GRANAHORRAR y se apropiara indebidamente de un porcentaje significativo de los activos de ejecución calificados "A" de esa institución, contrarios a los principios de derecho, equidad, finanzas y práctica consuetudinaria.<sup>46</sup>

54. Quinto, la decisión de la Corte Constitucional aprueba y oculta con el manto de legitimidad jurídica la denegación del debido proceso por parte de la Superintendencia en cuanto a la resolución de la Superintendencia (C-

---

<sup>45</sup> Ver Informe de Expertos del Dr. Briceño (CER-4) ¶¶ 78-86.

<sup>46</sup> Ver Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶¶ 84-113.

19), que carecía de premisas fácticas en apoyo de sus hallazgos y mandatos y por esta razón prohíbe en parte a los Demandantes presentar su caso.

55. Al hacerlo, el Dictamen de la Corte Constitucional también aprueba haber proporcionado a GRANAHORRAR un "Aviso de Curación" que viola el debido proceso porque el desempeño bajo sus términos era tanto física como legalmente imposible. A este respecto, el Dictamen del Tribunal Constitucional es particularmente atroz porque *usurpada* el papel del Consejo de Estado y del tribunal de primera instancia como hacedores de hechos. El Dictamen aprueba y acepta como legalmente viable el incumplimiento de los requisitos de notificación <sup>47</sup> generalmente cuando no se ha notificado.

56. Como acertadamente señala el Consejo de Estado, la supuesta notificación en sí misma era defectuosa porque carecía de premisas fácticas en apoyo de su conclusión y, de este modo, perpetuó aún más múltiples denegaciones de debido proceso.<sup>48</sup>

57. En sexto lugar, el dictamen del Tribunal Constitucional mediante el usurpar la autoridad del Consejo de Estado da lugar a una crisis institucional fundamental entre los

---

<sup>47</sup> Ver Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶ 29.

<sup>48</sup> *Id.* ¶¶78-86.

tribunales de apelación entre los tribunales de apelación de ese Estado y los más altos.<sup>49</sup>

58. Lo hizo porque, entre otras consideraciones, el Tribunal Constitucional no fue instruido y no se le proporcionó otra alternativa que constatar que las resoluciones de FOGAFIN y la Superintendencia de Bancos, a pesar de sus manifestaciones manifiestas y la falta de proceso, eran legalmente viables, tras la pena de expulsión de los magistrados reales de la Corte Constitucional. La evidencia sobre este punto es convincente y determinante.<sup>50</sup>

59. En séptimo lugar, el Dictamen del Tribunal Constitucional es una aberración y una desviación extrema de la legalidad fundamental porque adopta como legalmente suficiente la resolución de FOGAFIN que reduce el valor de las acciones de GRANAHORRAR a la COP 0.01, a pesar de la resolución carencia de premisas fácticas y bases metodológicas.<sup>51</sup>

60. En octavo lugar, el Dictamen del Tribunal Constitucional niega a los accionistas de GRANAHORRAR el debido proceso porque deliberadamente y de manera concluyente ignora

---

<sup>49</sup> *Id.* ¶¶ 21, 41. Ver también Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶ 136.

<sup>50</sup> Ver Informe de la Drs. Briceño (CER-4) ¶¶ 75, 76.

<sup>51</sup> Ver Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶¶ 127, 136.

en su totalidad las pruebas de registro que el Consejo de Estado hizo referencia explícitamente como contrarias a ambas resoluciones (C-19 y C-20) y probatorias sólo de un desafío de liquidez temporal, y no de una crisis de solvencia que justifique la expropiación.<sup>52</sup>

61. Esta deficiencia es particularmente problemática y extravagante en el extremo porque el Consejo de Estado está específicamente dotado de una Sala de la Corte encargada exclusivamente de resolver (la "Cuarta") la legalidad de los flujos financieros instituciones financieras. En consecuencia, el Consejo de Estado es el tribunal nacional de mayor rango en la República de Colombia encargado de resolver cuestiones de insolvencia y liquidez<sup>53</sup> relativas a las instituciones financieras.<sup>54</sup> Debe atribuirse

---

<sup>52</sup> Ver ¶¶ 52-59 de la RFA.

<sup>53</sup> Ver Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶ 32-33. Véase también Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶¶ 102, 118.

<sup>54</sup> Ver Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶ 13. Allí testifica de la siguiente manera:

En el año 2008 fui designada Magistrada de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de Colombia. La Sección Cuarta, de acuerdo a la división de competencia de ese alto tribunal, está a cargo de los impuestos y las materias económicas. Además, es donde se ventila aproximadamente el 40% de las tutelas (amparos judiciales) que se presentan ante el Consejo de Estado. *El Consejo de Estado es el*



deferencia a sus conclusiones, en particular en lo que se refiere a este tema.

62. A su vez, el Tribunal Constitucional no está dotado de esta pericia, que está fundamentalmente más allá de su competencia jurisdiccional constitucional. Por esta razón, es una aberración y jurídicamente inapropiado que el Tribunal Constitucional (i) desprece y sustituya diametralmente las conclusiones opuestas a las del Consejo de Estado, específicamente cuando se abordan los asuntos financieros institucionales de este tipo, (ii) participar en su propia exégesis de premisas fácticas del expediente, (iii) unilateralmente para complementar el expediente probatorio, consciente de que las partes estarían proscritas de abordar o refutar esas "pruebas", (iv) abordar cuestiones, y (v) adoptar como resoluciones jurídicamente suficientes que *prima facie* y basadas en las constataciones de un tribunal de igualdad de condiciones que en *pari materia* se han considerado jurídicamente erróneas.

---

*más alto tribunal y última instancia con competencia en lo contencioso administrativo de Colombia. Es una corte altamente especializada, que goza de gran prestigio.* (sin cursivas en el este?)

En f.n. 3 a este párrafo el Dr. Briceño proporciona una historia sucinta del Consejo de Estado.

63. Estas duras desviaciones de las nociones fundamentales del debido proceso se multiplican cuando, como aquí, el Tribunal Constitucional ha invadido el dominio del Consejo de Estado.<sup>55</sup>

64. Noveno, el Dictamen de la Corte Constitucional niega el debido proceso<sup>56</sup> a LA GRANAHORRAR porque aprueba la orientación discriminatoria que FOGAFIN y la Superintendencia de Banca fomentaron y persiguieron con respecto a los accionistas estadounidenses.

65. El Tribunal Constitucional *sua sponte* planteó temas ajenos a las cuestiones financieras que subyacen en la Sentencia del Consejo de Estado.

66. Un ejemplo evidente, y por esta razón ilustrativo, es el trato dado por el Tribunal Constitucional a una supuesta venta de acciones de participación minoritaria entre los inversionistas de GRANAHORRAR, que no era una cuestión litigada, no da lugar a una cuestión constitucional, y sin embargo el Tribunal

---

<sup>55</sup> Ver Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶27-29. En palabras del Magistrado Ostau de Lafont “se ha controvertido el concepto de especialidad como criterio de distribución de las competencias entre los órganos que integran la rama judicial.”

<sup>56</sup> Ver Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶29.

Constitucional plantea e identifica esta transacción como el fulcro de las supuestas preocupaciones de insolvencia de GRANAHORRAR. También aquí el Tribunal Constitucional se dedica al papel de un tribunal de primera instancia, y complementa ilícitamente el registro que tiene ante sí, y al hacerlo, desnaturaliza su propio papel e invade aún más la jurisdicción del Consejo de Estado. Esta empresa es extrema en su violación del debido proceso fundamental.<sup>57</sup>

67. Décimo, el Tribunal Constitucional incurrió flagrantemente en un flagrante y de esta manera *también* privó a los accionistas de GRANAHORRAR del debido proceso porque no participó en una revisión constitucional de la Sentencia del Consejo de Estado, que fue el tema preocupación por el recurso subyacente, presumiblemente que dio lugar al ejercicio de su competencia.<sup>58</sup>

68. Undécimo, porque aprueba prácticas discriminatorias al adoptar la desviación de FOGAFIN de las normas nacionales obligatorias que requieren que FOGAFIN preste asistencia a las instituciones financieras que *maximicen* la autonomía institucional de la intervención gubernamental (doctrina de proporcionalidad que

---

<sup>57</sup> *Id.* ¶¶ 93, 94, 98.

<sup>58</sup> *Id.* ¶¶30, 78-85

requiere la menor injerencia posible), el Dictamen del Tribunal Constitucional representa una desviación radical de los principios básicos del derecho y del debido proceso.<sup>59</sup>

69. Duodécimo, como el propio Tribunal Constitucional *está obligado a* admitir, su opinión constituyó una desviación sin precedentes de la jurisprudencia de gobierno<sup>60</sup> y, así lo dice el argumento del *propio* Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional ahora está de moda la nueva ley que tiene *aplicación retroactiva*.

70. Este mismo pronunciamiento, sin más, es ejemplo de una denegación del debido proceso, ya que los Demandantes, ni nadie más en ese caso, podría haber viajado en sus escritos basados en una formulación ilegal que en ese momento no existía, de acuerdo con los mismos pronunciamientos de la propia Corte Constitucional. El Consejo de Estado, como se demostrará *infra*, aprovechó este pronunciamiento extremo que el Tribunal Constitucional se negó a denegar.

71. Decimotercera, la Opinión de la Corte Constitucional es errónea hasta el extremo porque aprueba y adopta las "fórmulas de curación" de liquidez no sensibles de FOGAFIN que

---

<sup>59</sup> *Id.* ¶¶ 94, 95, 97, 100-102.

<sup>60</sup> *Id.* ¶¶ 102-105.

permitieron a FOGAFIN apropiarse indebidamente de un porcentaje significativo de los activos de trabajo calificados "A" de GRANAHORRAR y de esta manera comprometió negativamente el estado de solvencia de GRANAHORRAR.<sup>61</sup>

72. Decimocuarto, el Tribunal Constitucional no fue independiente ni imparcial al pronunciarse. En cambio, estaba cumpliendo una función ejecutoria más allá de su competencia jurisdiccional y por esta razón el dictamen es radical y fundamentalmente defectuoso y despojado de cualquier apariencia de propiedad judicial.<sup>62</sup>

73. Decimoquinto, debido a que la opinión es a la vez interna y externamente inconsistente, constituye una negación del debido proceso.<sup>63</sup>

74. Incluso un análisis superficial de la opinión refleja que confunde las normas de *liquidez* y *solvencia* que *podrían* desencadenar el ejercicio de la soberanía regulatoria en forma de un organismo permanente o temporal intervención en una institución financiera.

---

<sup>61</sup> *Id.* ¶¶ 63, 70, *in fine*.

<sup>62</sup> *Ver* Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶ 75-76. *Véase también* Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶¶125.

<sup>63</sup> *Ver* Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶ 79.

75. Esta interpretación errónea del expediente fáctico, que excede el estándar de negligencia grave de cualquier ley nacional, y el estándar jurídico que rige, aunque extremo y de consecuencia, es comprensible debido a la dicotomía entre solvencia y liquidez que caracteriza el registro subyacente. Ese expediente reflejaba una situación de falta temporal de solvencia muy *por* debajo del umbral legal del 9%.<sup>64</sup> Sin embargo, la intervención, la expropiación, la terminación del Director General y la sustitución del Consejo de Administración *insolvencia* problemas de liquidez, como ha subrayado acertadamente el Consejo de Estado.

76. Decimosexto, la decisión del Tribunal Constitucional ratifica el uso de la “*Cláusula*”, que equivale a sancionar el uso de fórmulas irregulares que constituyen un ejercicio excesivo de autoridad reguladora que debilita la solvencia y la liquidez. La “*Cláusula*” no era una fórmula que respondiera a un desafío temporal de liquidez. En cambio, fue la adhesión no negociada “*Cláusula*” la que inconstitucionalmente proporcionó a FOGAFIN el pretexto de un derecho a expropiar sobre la base de eventos de incumplimiento, no relacionados y auto juzgantes. Esta situación también es sin precedentes, contraria a la ley, y en la violación

---

<sup>64</sup> *Id.* ¶ 92.

extrema de las nociones fundamentales del debido proceso.<sup>65</sup>

77. El carácter extremo y draconiano de la Decisión de la Corte Constitucional fue tal que motivó la participación del Presidente del Consejo de Estado, Dr. Mauricio Fajardo Gómez, quien presentó un incidente de nulidad de la sentencia de la Corte Constitucional.<sup>66</sup>

#### **F. El Presidente del Consejo de Estado Participa Solicitando la Nulidad de la Decisión del Tribunal Constitucional**

78. El carácter extremo y aberrante de la decisión de la Corte Constitucional invitaron a la comparecencia personal y a la intervención del Presidente del Consejo de Estado a argumentar la moción de *nulidad* de la decisión Corte Constitucional.<sup>67</sup> La moción afirmaba que el Tribunal Constitucional cometió un acto de abuso de autoridad judicial-regulador al usurpar la jurisdicción del Consejo de Estado y extender indebidamente la suya propia. El argumento de dos puntas se enmarcó en el requisito de la

---

<sup>65</sup> Ver Profesor. Informe de Expertos de López-Roca (CER-5) ¶¶ 93, 94, 108-113.

<sup>66</sup> *Id.* ¶¶ 25, 96.

<sup>67</sup> Una copia verdadera y correcta de la Moción de Anulación del Consejo de Estado se adjunta aquí como C-25.

anulación de la decisión de la Corte Constitucional sobre la base de la denegación del debido proceso.

79. El Presidente del Consejo de Estado alegó en la anulación no sólo estaba justificada, sino que en realidad era necesaria. Subrayó que la Corte Constitucional violó su propia competencia (jurisdicción) al actuar como de primera instancia ("juez natural"), así como un órgano de apelación de segunda instancia encargado de resolver la legalidad de (i) el abuso de discreción, (ii) error de ley y (iii) error en la aplicación de la ley a los hechos.

80. La moción de anulación caracteriza igualmente la opinión del Tribunal Constitucional de *extrema* y *peligrosa*. Observa que "aún más complejo", cuestionable y *grave* es que la Corte [el Tribunal Constitucional] se apodera de sí misma la atribución de un juez y extiende su autoridad para pronunciarse sobre los méritos específicos de un caso, que el papel está reservado para el Consejo de Estado."<sup>68</sup>

81. En este mismo lineamiento, el Presidente del Consejo de Estado dispone además que "incluso en los casos en que las partes en un litigio no permiten que el juez real [*propio juez natural*], es decir, el Consejo de Estado, resuelva la cuestión en cuestiones, los argumentos y las

---

<sup>68</sup> *Id.* p 41



posiciones extremas planteadas en apelación limitan la competencia de apelación de un Tribunal de segunda instancia, de modo que paradójica y cuestionablemente las partes interesadas [FOGAFIN y la Superintendencia de Bancos] no plantean la impugnación correspondiente en apelación, pero ellos [FOGAFIN y la Superintendencia de Banca] más tarde los plantean en forma de *tutela* y la Corte de Constitucionalidad abordan esta cuestión recién planteada a pesar de que no fue planteada ni considerada por la juez de primera instancia.”<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> *Id.* p 41 (énfasis añadido), en el idioma original dice:

Pero, más complicado, cuestionable y grave aún resulta que la Corte se arrogue la atribución de juez natural y falle el caso concreto en el lugar del Consejo de Estado, cuando las partes en litigio ni siquiera permitieron al propio juez natural, esto es al Consejo de Estado, pronunciarse sobre el problema jurídico en cuestión pues, como es bien sabido, los argumentos y extremos planteados en el recurso de apelación limitan la competencia del juez de segunda instancia, de modo que paradójica y cuestionablemente las partes interesadas no plantean el correspondiente problema en el recurso de alzada pero luego sí lo esgrimen en sede de tutela y la Corte Constitucional lo aborda sin que el juez natural del litigio haya sido debidamente llamado por los interesados a hacerlo.

82. Es comprensible que el Presidente del Consejo de Estado enmarcara el abuso del debido proceso en términos de una completa “ausencia de razones [*absolutamente ignotas las razones*] subyacentes a la sentencia del Tribunal Constitucional en el dictamen SU-447,2011, que es el objeto de esta Incidente de Anulación, [señalando que la Corte de Constitucionalidad] concluye que entidades como la Superintendencia Financiera [las normas de la Superintendencia de Banca] deben aplicarse recogiendo cerezas de doctrinas fragmentadas y utilizando metodologías no sistémicas, del Código Administrativo,<sup>70</sup> que las normas, sin duda, desarrollan derechos y principios constitucionales que están bien establecidos.”<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> *Ver supra* nota 26.

<sup>71</sup> *Id.* p 37. En idioma original dice:

Resultan absolutamente ignotas las razones por las cuales la Corte Constitucional, en la sentencia SU-447 de 2011, cuya nulidad se reclama, concluye que a entidades como la Superintendencia Financiera y el FOGAFIN le deben ser aplicadas de semejante forma fraccionada y asistemática, las normas del CCA, todas las cuales, por cierto, desarrollan principios y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

83. La denegación no judicial y extremadamente política e injustificable del debido proceso que ejemplifica el Dictamen del Tribunal Constitucional puede ser recogida por la medida en que, como señala arbitrariamente el Presidente del Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional seleccionado apoyo doctrinal truncado, aparentemente al azar, del Estatuto del sistema financiero<sup>72</sup> y el código de procedimiento civil en lugar de disposiciones operativas del Código Administrativo.

84. Por lo tanto, los efectos negativos derivados de i) la usurpación de la función jurisdiccional del tribunal de primera instancia, y (ii) la usurpación similar de la jurisdicción del Consejo de Estado para la revisión de la apelación de méritos, se hace cada vez más la dependencia desdichada de la doctrina que es inaplicable pero conveniente en lo que respecta a su misión de aplicar una decisión política a pesar de la naturaleza jurídicamente insostenible de esa disposición.

85. El 25 de junio de 2014, el Tribunal Constitucional denegó la moción del Consejo de

---

<sup>72</sup> En el idioma original es: Estatuto Orgánico del Sistema Financiero and Código de Procedimiento Civil.

Estado para anular el dictamen del Tribunal Constitucional, SU-447.<sup>73</sup>

**G. Los Dos Votos Discrepantes De La Decisión Del Tribunal Constitucional Que Niegan La Solicitud De Nulidad**

86. La Orden que deniega el incidente de nulidad fue calificada significativamente por dos (2) opiniones disidentes que encarnaban la terrible e impactante negación del debido proceso pues incluso uno de los disidentes lo caracterizó como fundado en un motivo económico el negar el debido proceso y rechazar las protecciones constitucionales fundamentales. Aquí los extractos finales que componen la opinión disidente del juez Rojas Ríos<sup>74</sup> son particularmente relevantes:

Adujo, que en concordancia con la posición adoptada por el Consejo del Estado cuando se pretenda afectar, o en efecto se afecten derechos de terceros, debe surtirse la respectiva

---

<sup>73</sup> Copia fiel y exacta de la Orden del Tribunal Constitucional que niega la solicitud nulidad del Consejo de Estado, de fecha 11 de diciembre de 2001, se adjunta aquí como C-26.

<sup>74</sup> Una copia fiel de la opinión disidente del juez Rojas Ríos contenida en *Comunicado No. 25, 25/26* de junio de 2014, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, se adjunta aquí como C-27, *Además disponible en* [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

notificación pues la misma corresponde a un acto procesal que no puede transgredirse argumentando la ocurrencia de un hecho notorio o de una conducta concluyente supuestamente derivada de comentarios noticiosos en medios de comunicación. A juicio del magistrado Rojas Ríos, la razón de la decisión acogida por el pleno de la Corporación desconoce al debido proceso pues autoriza que la administración pública no efectúe notificaciones a terceros, en procesos como el estudiado, cuando las normas financieras no prevean un sistema de notificación, contrariando de manera vehemente la doctrina de la doctrina de la Corte.

Concluyó, exponiendo que no podía desconocerse en el fondo, *el caso objeto de estudio estaba otorgando legalidad a una expropiación que había sido debidamente corregida por una sentencia del Consejo de Estado, cuya motivación resulta impecable, por lo cual no existe argumento jurídico aceptable y riguroso para revocarla, máxime si gran parte de su fundamentación obedeció a implicaciones económicas, por la cuales se legitimó el desconocimiento de las garantías constitucionales de los*

*ciudadanos involucrados en el proceso de referencia. (énfasis añadido)*<sup>75</sup>

87. La tesis del juez Rojas Ríos fue la constatación de que la Corte de Constitucionalidad deliberadamente hizo la vista gorda ante los derechos constitucionales y de debido proceso de los accionistas de GRANAHORRAR simplemente por el incidente del incentivo económico expropiando un activo valioso. Esta opinión disidente es sólida al subrayar que el Dictamen del Tribunal Constitucional desafió ese mismo precedente del Tribunal, así como las restricciones normativas del Código Administrativo, en

---

<sup>75</sup> En conformidad con los premisas que el Consejo de Estado afirmó con respecto a las disposiciones de notificación que pueden afectar a terceros o en efecto son importantes para los derechos de terceros, el aviso real debe cumplirse según lo prescrito porque dicha notificación se refiere a una predicado procesal que no puede modificarse simplemente argumentando que es conocimiento público o que no es necesario notar debido a los informes de los medios de comunicación. En opinión del juez Rojas Ríos, las razones que subyacen a la opinión de la Corte Constitucional son contrarias al debido proceso porque tales razones justificarían que los instrumentos del gobierno le dicten avisos legalmente prescritos a terceros en virtud del teoría de que tales avisos no son necesarios sobre la base de la opinión de que ya forman parte de la conciencia del público en general. En casos como el de la barra, en los que las normas financieras que rigen no contienen ningún sistema de notificación a juicio del Tribunal Constitucional, tal conducta entra en conflicto con el propio precedente y la doctrina establecida de esta Corte.

particular con respecto a los artículos 46 a 48 de éste.<sup>76</sup>

88. La opinión disidente del juez Rojas Ríos analiza cuidadosamente cómo la Corte Constitucional, con base únicamente en su propia exégesis novedosa, (i) confecciona un nuevo estado de derecho que prescinde de las disposiciones codificadas de notificación de debido proceso sustituyéndolas por una doctrina de notificación constructiva de fuentes "*vox populi*",(ii) sin justificación ni autoridad legal sustituyó los derechos de debido proceso que los accionistas de GRANAHORRAR poseían de conformidad con los artículos 46 a 48 del Código Administrativo con base en los artículos 335(19), y 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y (iii) en la realización de violaciones perpetradas sobre protecciones constitucionales.

89. En pocas palabras, la disidencia del juez Rojas Ríos afirmó que el Juicio del Consejo de Estado (C-22) en realidad había corregido una expropiación injusta que FOGAFIN y la Superintendencia de Bancos habían perpetrado.

90. Llamativamente, el mismo día en que el juez Rojas Ríos anunció a la Corte Constitucional su disidencia y los motivos que la apoyaron, fue dado de baja de dicho tribunal.

---

<sup>76</sup> *Ver supra* en la nota 26.

91. Estos factores establecen violaciones directas y explícitas del TPA, y una demostración *prima facie* de jurisdicción como se explica a continuación. Los Accionistas de Estados Unidos, además de haber evitado hechos que, de probarse, demostrarían la violación de la TPA y el derecho internacional consuetudinario, como se requiere desde una perspectiva de alegato en esta fase jurisdiccional. Al evaluar esta determinación jurisdiccional, se invita al Tribunal a consultar los Informes que han presentado los Expertos, la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, el Prof. Jack J. Coe y el Profesor y el Juez Asociado Luis Fernando López-Roca. A continuación se expone el análisis de algunas de sus observaciones periciales inmediatamente pertinentes adjuntas a las resoluciones materiales de la Corte Constitucional ante el Tribunal en esta coyuntura procesal.

**H. Dictamen Del Experto Prof. Jack J. Coe, Jr. Al Abordar El Activismo Judicial De La Corte Constitucional En Referencia Al Juicio Del Consejo De Estado**

92. La emisión de la Orden del Tribunal Constitucional denegando la reconsideración en forma de una moción de desocupación constituye (i) la maduración del conflicto presentado ante este



Tribunal Arbitral, y (ii) el fin de todo trabajo judicial en relación con el tema aquí en Problema.<sup>77</sup>

93. La opinión pericial del Profesor Jack J. Coe, Jr. afirma que el activismo judicial del Tribunal Constitucional, como lo demuestra su dictamen que incumpla el Juicio del Consejo de Estado, es sustancialmente similar al ejercicio de la soberanía judicial presente en *Saipem S.p.A. v.*

---

<sup>77</sup> La segunda opinión disidente de la justicia Pretelt Chaljub, adjunta como C-26, en todos los aspectos materiales coincide con la "falta de debido proceso" del juez Rojas Ríos argumentando de Afirmando que los accionistas de GRANAHORRAR fueron privados del "derecho a presentar una defensa".

El Prof. Coe observa que "en esta conexión, volvió a encontrar iluminando la disidencia del Magistrado Chaljub". El Prof. Coe observa que el Magistrado Chaljub "llegó a la conclusión de que ninguno de los motivos muy limitados que habrían hecho que la Corte de Constitucionalidad anulara el alivio dado a los inversionistas por el [Consejo de Estado] estaba presente. Lejos de ello, el [Consejo de Estado] había descubierto los «hechos extraños» que rodeaban las medidas impuestas precipitadamente al banco problemático:

*En sólo tres días, las autoridades financieras pasaron de describir la situación financiera de [el banco] como solvente a declarar su incumplimiento.... De hecho, «un día antes de declarar la insolvencia, FOGAFIN había declarado solvente [al banco] y ordenado formas específicas de ayuda para mejorar la fortaleza de la corporación».*

Prof. Coe Reporte de Experto (CER-3) ¶¶80.

*República Popular de Bangladesh.* En este punto explica:

Los paralelismos entre *Saipem* y el caso actual parecen claros. La sentencia del Consejo de Estado en el presente asunto, producto de un procedimiento legítimo indiscutiblemente dentro de la jurisdicción de dicho órgano jurisdiccional, transformó lo que quedaba de la inversión de los demandantes en un derecho al dinero. Esa resolución podría razonablemente haber esperado que involucrara al Tribunal Constitucional sólo si de alguna manera planteaba cuestiones debidamente competencia de ese órgano. La intervención *deus ex machina* de ese tribunal [Tribunal Constitucional], y su notable enfoque *de novo*, primera instancia, encuentra un fuerte análogo en el exorbitante examen del tribunal de Bangladesh del laudo de la CPI visto en *Saipem*. El activismo judicial en cada caso no era de esperar, y en ambos casos esas acciones del Estado anularon la inversión en su forma entonces monetizada.

Incluso si la fidelidad al derecho interno fuera suficiente para satisfacer las obligaciones de los tratados (que, en general, no lo es), el caso actual bien puede implicar más: el uso de métodos judiciales para cambiar (o ignorar) la legislación existente a fin de dar cabida a las preocupante desviación de las normas de notificación aparentemente establecidas y la abrupta imposición de medidas para desnaturalizar lo que quedaba de la inversión de los Demandantes.<sup>78</sup>

94. En esta misma línea de pensamiento, el profesor Coe señala:

84. El Tribunal de *Saipem* mencionó expresamente que la doctrina del abuso de derechos informaba de su razonamiento. Allí... los tribunales locales pretendían revocar la autoridad de un tribunal de arbitraje de la CPI en respuesta a ciertas decisiones procesales y probatorias tomadas por el tribunal; dichos tribunales razonarían posteriormente que el laudo dictado por el tribunal no tenía efecto. Al

---

<sup>78</sup> Ver Reporte del Prof. Coe (CER-3), ¶¶85-86.

igual que en *Metalclad* y en varios otros casos, el Tribunal de *Saipem* examinó lo que ostensiblemente era el compromiso de una función oficial para considerar la calidad sustantiva de las medidas adoptadas. En *Saipem*, el análisis de expropiación del Tribunal concluyó:

*Después de haber examinado cuidadosamente las órdenes de procedimiento mencionadas en la Decisión de Revocación como la causa de la mala conducta del Tribunal de la CPI, el Tribunal no encontró el más mínimo rastro de error o irregularidad. En estas circunstancias, la constatación del Tribunal de Justicia de que ... los 'árbitros' cometieron mala conducta; carece de ninguna justificación ... [i] al estudiar la decisión de revocación de 2 de abril de 2000, no se ve ninguna referencia a la ley que supuestamente*

*era "desprecio manifiesta'  
En consecuencia, no es  
fundado deducir entonces  
de tal infundada  
constatación de mala  
conducta que «existe la  
probabilidad de un aborto  
espontáneo de la  
justicia». Igualmente  
infundada es la  
consecuencia extraída por  
la Corte al decidir la  
revocación de la  
autoridad del Tribunal de  
la CPI. Esta declaración  
sólo puede considerarse  
una sentencia  
manifiestamente injusta.*

*El Tribunal se ve  
reforzado en esa  
conclusión por el hecho de  
que Bangladesh no critica  
en este procedimiento la  
conducta del Tribunal  
Arbitral de la CPI ...,  
Bangladesh ni siquiera  
intenta demostrar que la  
conducta de los árbitros  
de la CPI era de alguna  
manera inapropiado,  
ilegítimo o injusto. Por el*

*contrario, Bangladesh trata de justificar la decisión de revocar la autoridad del Tribunal de la CPI exclusivamente sobre la base de que el criterio establecido en el artículo 5 de la BAA no es estricto deja a la autoridad la libertad de *extrapolar que el árbitros pueden ser propensos a cometer un aborto espontáneo de la justicia. En ninguna de sus comunicaciones en el presente arbitraje Bangladesh incluso intentó demostrar que el Tribunal de la CPI cometió una mala conducta y que tal supuesta mala conducta podría justificar razonablemente la revocación de los árbitros. [en la medida en que] el contenido limitado de la Decisión de revocación permita a [el Tribunal] llegar a cualquier conclusión sobre las**

*razones de la Corte, el Tribunal no puede sino estar de acuerdo con Saipem en que los jueces «simplemente aceptaron lo que Petrobangla falsamente presentadas' (Tr. II 57:12-13 158). Por último, el Tribunal observa que no hay ninguna indicación en el expediente de que los árbitros de la CPI fueron consultados en cualquier momento, y mucho menos escuchados, por los tribunales de Bangladesh durante el proceso que llevó a que la decisión revocara su autoridad).<sup>79</sup>*

95. Más allá de los paralelismos asombrosos con *Saipem*, el Prof. Coe razona que “aunque se repita que los tribunales inversionistas-Estado no actúan como tribunales de apelaciones nacionales, de hecho, esos tribunales examinan rutinariamente, y por

---

<sup>79</sup> Ver Reporte del Prof. Coe (CER-3) ¶¶84, citando el laudo en *Saipem*, ¶¶155-158.

necesidad, la calidad del razonamiento adoptados por los órganos jurisdiccionales nacionales.”<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> *Id.* ¶61.

Esta declaración se articula y contextualiza en ejemplos iluminadores:

Las muchas ilustraciones de esto incluyen los premios en: *Metalclad* («en una de las razones incluía una referencia a cualquier problema relacionado con la construcción física del vertedero o a cualquier defecto físico en el mismo [así] el permiso de construcción fue denegado sin ninguna consideración o referencia específica a, aspectos de la construcción o cláusula ....») [cita a *Metalclad* premio, ¶ 93]; *Saipem* ('en la medida en que] el ... la Decisión de Revocación [permite al Tribunal] llegar a cualquier conclusión en cuanto a las razones del [Tribunal], el Tribunal no puede sino estar de acuerdo con *Saipem* que el juez 'simplemente dio como concedido lo que *Petrolbangla* presentó falsamente') [citando a *Saipem* premio, 157]; y *Cake* siete obstáculos injustificados, junto con el resto de la obligación de proceder con la venta de los activos [del deudor], ... [es] una señal manifiesta de que el Tribunal simplemente no *Quiero* por cualquier razón, para hacer lo que era obligatorio) [citando a *Pastel* premio, 142]; no muy diferente del municipio en *Metalclad*. En *Deutsche Bank* fue una parte cardinal del análisis del tribunal de que el Banco Central había llevado a cabo una investigación y pretendía ejercer poderes reglamentarios y correctores que eran pretextuales y superiores a la autoridad



96. La invitación al Tribunal en el presente asunto no se refiere a la *segunda conjetura*, ni siquiera en el asunto de la abogacía con fines jurisdiccionales, el Dictamen de la Corte Constitucional. Del mismo modo, no implica una mera crítica de una glosa judicial sobre las autoridades procesales y sustantivas establecidas que puedan haber sido extraviadas o simplemente producto de un error razonable. En este mismo camino, la recitación procesal y la narrativa fáctica aquí presentadas no pretenden invitar al Tribunal a confirmar o negar irregularidades que puedan o no estar sujetas a calificaciones razonables, aunque indiscutiblemente irregulares.

97. En cambio, en el contexto de la opinión de expertos del Profesor Coe, se invita al Tribunal a determinar si el Dictamen del Tribunal Constitucional es tan extremo en sus déficits manifiestos para impresionar a un lector calificado que los ejercicios pre textuales de La soberanía se

---

nacional. Esto fue así a pesar de que los actos del Banco Central habían sido reivindicados por la Corte Suprema. *De Sabla* también implicaba interpretaciones dudosas del Derecho local, y allí, como en este caso, el tribunal tenía derecho a examinar el contenido del Derecho local, y a explorar el razonamiento de las autoridades locales tanto reguladoras como judiciales que se basaban en dicha ley.

*Id.* ¶60.

empleó mucho más allá del ámbito o la expectativa de cualquier rúbrica jurídica a fin de justificar la conclusión razonable de que se emprendieron acciones muy alejadas de cualquier expectativa razonable en detrimento de los inversores (reclamantes) aquí en litigio.

98. La mejor prueba para el examen de esta cuestión, ciertamente desde una perspectiva de alegato a efectos jurisdiccionales, ha sido generada por la propia opinión del Tribunal Constitucional junto con las disidencias del incidente. El dictamen de expertos del Profesor Coe informa de su razonamiento juzgando la conducta judicial y reglamentaria del Estado a través del prisma de doce casos muy pertinentes,<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> Ver *Dan Cake (Portugal) S.A. c. Hungría*, caso del CIADI No. ARB/12/9 (agosto de 2015) (decisión sobre jurisdicción y responsabilidad); *Deutsche Bank A.G. c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*, caso del CIADI No. SRB/09/2 (Premio) (octubre de 2012); *Swisslion Doo Skopje c. República de Macedonia (antigua República Yugoslava de Macedonia)*, caso del CIADI No. ARB/09/16 (Premio) (julio de 2012); *Yukos Universal Ltd. (Isla de Man) c. Federación de Rusia*, Arbitraje de la SEC No V (070/205) (Laudo Final) (septiembre de 2010); *Sistema Muhendislik V. Kirguez República*, caso del CIADI No. ARB(AF)/06/1 (Premio) (septiembre de 2009); *Saipem S.p.A. v. República Popular de Bangladesh*, caso del CIADI No. ARB/05/7, (Premio) (junio de 2009); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajstán*, Caso del CIADI No. ARB/05/16 (Premio) (julio de 2008); *Metalclad c. México*, caso del CIADI No. ARB(AF)/97/1 (Premio) (agosto de 2000); *Loewen c. Estados Unidos de América*, caso del CIADI No.

la mayoría de los cuales se refiere a la evaluación del trato desleal derivado del ejercicio de soberanía regulatoria.

99. Significativamente, común al procedimiento ante este Tribunal son todos los abusos reglamentarios y judiciales excesivos presentes en la jurisprudencia compuesta de estos doce casos. Un paradigma análogo desde el punto de vista fáctico del ejercicio abusivo de la soberanía regulatoria y judicial identificable en estos doce casos colectivamente puede extraerse de la matriz fáctica que subyace a las afirmaciones aquí afirmadas.

100. Por lo tanto, las conclusiones del Prof. Coe, tal como se indica en el Informe Preliminar, encuentran una amplia resonancia en la autoridad decidida:

Este informe preliminar tiene por objeto proporcionar una reacción inicial a los hechos que se me han presentado. He tratado de situar estos hechos en un contexto jurisprudencial e indicar que tienen un carácter que

---

ARB(AF)/98/3 (octubre de 1998); *Margarita de Goly de Salba (EE.UU.) v. Panamá*, 6 Representante de Int'l Arb. Premios (junio de 1993); *Oil Fields of Texas, Inc. c. Irán*, 1 Irán-Estados Unidos Cl. Trib. Rep. 347 (diciembre de 1982); Y *Sentencia Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Bélgica c. España) Segunda Fase*, 1970 ICJ 1.

bien podría n.o delimitar las cargas pertinentes al Estado para justificar su comportamiento con respecto al inversor y su inversión.<sup>82</sup>

Sobre la base de la información que me ha proporcionado teniendo en cuenta las normas aplicables del derecho internacional, creo que lo más probable es que los Demandantes en este caso sean víctimas de un incumplimiento por parte de Colombia del estándar de protección TJE y de la obligación de proporcionar compensación al imponer medidas equivalentes a una expropiación.<sup>83</sup>

101. Los reclamantes invitan al Tribunal a considerar el dictamen preliminar del experto Prof. Coe, como parte de la propuesta *jurisdiccional prima facie* de los reclamantes.

### **I. Dictamen experto de la Dra. Martha Teresa Briceño Abordando el Activismo Judicial de la Corte**

---

<sup>82</sup> Ver Prof. Coe Expert Report (CER-3) ¶87.

<sup>83</sup> Ver Prof. Coe Expert Report (CER-3) ¶88.

## Constitucional en Relación al Consejo de Estado

102. La Dra. Martha Teresa Briceño ha presentado un informe pericial en este caso.<sup>84</sup> Su análisis es particularmente relevante por dos razones. En primer lugar, además de servir como profesor universitario de derecho y haber escrito ocho libros de derecho administrativo, en 2008 el Dr. Briceño fue nombrado para servir como Magistrado de la Cuarta Cámara del Consejo de Estado.<sup>85</sup>

103. En segundo lugar, tiene experiencia contemporánea directa y personal en relación con la decisión de la Corte Constitucional del 26 de mayo de 2001 (C-23) que enfrentó al Consejo de Estado contra el Tribunal Constitucional.<sup>86</sup>

104. En particular, ella caracteriza el Dictamen del Tribunal Constitucional del 26 de mayo de 2011 como “un mal juicio”, utilizando este término (“mal juicio”) eufemísticamente para una sentencia “destruictiva”.<sup>87</sup> De hecho, describe la opinión como “hecha a medida para el Poder Ejecutivo”. Los jueces se limitaron a emitir una

---

<sup>84</sup> *Ver supra* nota 31.

<sup>85</sup> *Ver* Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶¶13-16.

<sup>86</sup> *Id.* ¶ 20.

<sup>87</sup> *Id.* ¶ 75.

sentencia que no contradiga la voluntad del Poder Ejecutivo. Representa un ejemplo de la ausencia de libertad e independencia que el Poder Judicial carece del poder ejecutivo del gobierno.”<sup>88</sup>

105. Califica esta descripción colocando una nota al pie de página en la palabra "desquiciada" y señalando que [la palabra] “desquiciado,” según el Diccionario de la Real *Academia* de la Lengua Española, significa: a desmontar algo quitando de él la firmeza que lo mantuvo unido.<sup>89</sup>

106. La Dra. Briceño comenta además sobre la falta de independencia del Poder Ejecutivo por parte del Tribunal Constitucional con respecto al dictamen de la Corte de Constitucionalidad.<sup>90</sup> Ella está “[p]ersonalmente convencida de que no había un análisis jurídico real [con respecto a las tutelas] que FOGAFIN y la Superintendencia de

---

<sup>88</sup> En español original dice:

75. La sentencia SU-447/11 es *equivocada*. Por no decir *salida de quicio*. Es una sentencia hecha a la medida del poder ejecutivo. Los jueces –simplemente– emitieron una sentencia que no contrariase la voluntad del ejecutivo. Un ejemplo de la ausencia de libertad e independencia del poder judicial. (énfasis añadido)

<sup>89</sup> Ver Reporte de la Dra. Briceño (CER-4) ¶ 75.

<sup>90</sup> Ver Reporte de la Dra. Briceño (CER-4) ¶ 73 (“[E]stoy convencida de que no hubo un real análisis legal.”).

La Banca perfeccionado con el Tribunal Constitucional para apelar la sentencia del 1 de noviembre de 2007 del Consejo de Estado,<sup>91</sup> y, por supuesto, no hubo independencia [por parte del Tribunal Constitucional] para decidir el caso. No tengo la menor duda sobre la injerencia del Poder Ejecutivo en el asunto".<sup>92</sup>

107. El Dr. Briceño identifica dos errores importantes inherentes a la opinión de la Corte Constitucional. La primera de ellas se identifica como una violación del debido proceso derivada de la transgresión y desautorización del principio constitucional de "juez natural".<sup>93</sup>

108. El principio de "juez a natural", explica, es un principio constitucionalmente integrado contenido en el artículo 29 de la Constitución colombiana. Esa restricción ordena que "se juzgue a salvo que se ajuste a la legislación preexistente de los actos que supuestamente dan lugar a la demanda ante un juez o tribunal de jurisdicción competente en cumplimiento de la requisitos de cada caso."<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> C-22.

<sup>92</sup> *Ver* Informe de la Dra. Briceño (CER-4) ¶73.

<sup>93</sup> *Id.* ¶¶ 78-79.

<sup>94</sup> *Id.* ¶ 79.

109. El Dr. Briceño observa que en el caso subyacente, *Compto y Otros contra Fogafin y La Superintendencia Bancaria*, la primera instancia (nivel de tribunal de primera instancia) juez natural fue el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Añade que el *único* tribunal de segunda instancia y el tribunal de última instancia de último recurso con respecto a dicho procedimiento era el Consejo de Estado. Desde el punto de vista procesal, no habría sido posible otro <sup>95</sup>recurso de casación, esperar una excepción que no estuviera presente.<sup>96</sup>

110. La Dra. Briceño informa su opinión señalando que una *excepción* a este recurso único sería un recurso extraordinario ante la Corte De constitucionalidad "pero *sólo* cuando esté presente sería una violación de una principio, que, en mi opinión, no estaba presente."<sup>97</sup>

111. El segundo déficit importante que el Dr. Briceño observa como endémico de la sentencia de la Corte De constitucionalidad de 26 de mayo de 2011 (C-23) se refiere a una completa reprobación del principio de *res judicata*.<sup>98</sup> La Dra. Briceño ilustra la violación a la *res judicata* en virtud de

---

<sup>95</sup> *Id.*

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*

<sup>98</sup> *Id.* ¶ 78.



un ejercicio retórico sucinto pero factualmente preciso:

82. Sólo mediante un ejercicio ilustrativo, contemos el número de instancias de apelación: (\*) la Superintendencia de Banca y FOGAFIN es una de esas instancias de apelación, pero debido al retraso en la notificación, mejor no contarla, (i) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (ii) el Consejo de Estado, (iii) la *tutela* inscrita en la Primera Instancia del Consejo de Estado, (iv) la *tutela* perfeccionada con la Segunda Instancia del Consejo de Estado, (v) la *tutela* presentada ante el Tribunal Constitucional, y (vi) la anulación vacante perfeccionada ante el Tribunal Constitucional.<sup>99</sup>

83. Habida cuenta de lo anterior, surgen dos cuestiones: (i) ¿se da el caso de que el sistema judicial en Colombia tiene seis instancias? y (ii) no fue suficiente para el gobierno colombiano el hecho de perder en tres ocasiones ante el Consejo de Estado?<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> *Id.* ¶ 82.

<sup>100</sup> *Id.* ¶ 83.

112. Al plantear estas preguntas retóricas, el Dr. Briceño razona que las preguntas hacen posible una comprensión de la expropiación subyacente del Banco sin compensación como una acción regulatoria que "no era una cuestión jurídica, sino más bien una cuestión política y económica."<sup>101</sup>Añade que "el Consejo de Estado aplicó el Estado de derecho, pero ese no era el objetivo del gobierno".<sup>102</sup>

113. Asimismo, concluye que, en cuanto a la Orden del Tribunal Constitucional por la que se niega la moción del Consejo de Estado de anular el

---

Los párrafos 82 y 83 en la iteración original en idioma español leen:

82. Sólo a manera de ejercicio, contemos las instancias: (\*) la Superintendencia y FOGAFIN, pero dada la demora en la notificación no la contaremos, (i) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, (ii) el Consejo de Estado, (iii) la tutela de Primer Instancia en el Consejo de Estado, (iv) la tutela de Segunda Instancia ante el Consejo de Estado, (v) la tutela ante la Corte Constitucional, y (vi) el incidente de nulidad ante la Corte Constitucional.

83. Dicho lo anterior, surgen dos preguntas: (i) ¿La justicia en Colombia tiene seis instancias? y (ii) ¿Al gobierno no le basto ser vencido tres veces en el Consejo de Estado?

<sup>101</sup> *Id.* ¶ 84.

<sup>102</sup> *Id.*

dictamen del 26 de mayo de 2011, en el que se describe esa resolución (C-26) "como particularmente *grotesco* cuando se entiende que en El Tribunal Constitucional viola su propia jurisprudencia." En este sentido, explica que "la moción de anulación del Dictamen del Tribunal Constitucional del 26 de mayo de 2011 apunta a varias proposiciones: i) el concepto de <sup>103</sup> *res judicata constitucional* es un principio que debe observarse....,<sup>104</sup> ( ii) El artículo 243 de la Constitución dispone que:

‘«Las sentencias que la Corte emite en el ejercicio de su competencia constituyen *cosa juzgada*.» Del mismo modo, el artículo 46 de la Legislación 270 (1996) dispone que: 'Al aplicar el artículo 241 de la Constitución, el Tribunal Constitucional resolverá todas las cuestiones que se le han sometido a la totalidad de los principios constitucionales contenidos en la Constitución,'<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> *Id.* ¶ 85.

<sup>104</sup> *Id.* ¶ 85 citando el incidente de nulidad presentado por Mauricio Fajardo Gómez, Presidente del Consejo de Estado, p 33.

<sup>105</sup> *Id.*, p 32 del incidente de nulidad presentado por Mauricio Fajardo Gómez, Presidente del Consejo de Estado.

(iii) la restitución por parte del Tribunal Constitucional de su propio precedente (Sentencia C-252 (1994)) que se refería a un asunto en el que una norma fue declarada inconstitucional en 1994, es decir, diecisiete años antes de que el Tribunal Constitucional emitiera el 25 de junio, Orden de 2014 por la que se deniega la moción del Consejo de Estado de vaciar el Dictamen del 26 de mayo de 2011."<sup>106</sup>

114. La conclusión de la Dra. Briceño, después de examinar todos los documentos y tener conocimiento de primera mano del procedimiento como Magistrado que sirve en el Consejo de Estado cuando se tramitó este asunto, proporciona una narración sucinta conceptual del carácter jurídicamente aberrante del procedimiento:

El Consejo de Estado, un tribunal profesional de élite, concluyó y determinó que la Superintendencia de Banca y FOGAFIN violaron la ley y, por lo tanto, el Consejo de Estado declaró a ambos organismos responsables de la expropiación. No obstante, el Tribunal Constitucional, que es un tribunal muy politizado, hizo que los jueces presentaran lo

---

<sup>106</sup> *Id.*

solicitado por el poder ejecutivo, es decir, evitando el pago de la expropiación. Por lo tanto, cuatro años después de la emisión de la sentencia del Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional emitió una resolución[i] contraria a la ley, [ii] contraria a la jurisprudencia, [iii] contraria al razonamiento jurídico, [iv] incluso contraria al sentido profesional del sentido profesional vergüenza, y [v] emitió un dictamen carente de fundamento, de que [vi] puso en desorden toda la rúbrica colombiana de derecho administrativo, pero que [vii] *liberó al Estado colombiano de la obligación de licitar la indemnización a los que fueron agraviados, conducta que puede ser y [viii] definida como un robo.*(énfasis en cursiva original, negrita suministrada)

Finalmente, el 25 de junio de 2014, la Corte Constitucional puso fin a un drama administrativo que había comenzado la noche del 2 de octubre de 1998, derivado del abuso de autoridad que (i) la Superintendencia

de Banca, (ii)Fogafin, y iii) el Banco Central, habían ejercido.<sup>107</sup>

**J. El Acta No. 15 del Consejo de Estado  
Sala Plena Contencioso**

---

<sup>107</sup> *Id.* ¶¶ 115-116, que en el original en español decía:

115. El Consejo de Estado, que es un tribunal altamente profesional, determinó que la ley fue violada por la Superintendencia y Fogafin y luego condenó a ambas agencias a pagar la expropiación. Sin embargo, la Corte Constitucional que es un tribunal donde puede haber mayor injerencia política (pues tres de su nueve magistrados son electos de una terna propuesta por el Presidente de la República), obtuvo de los jueces lo que solicitó al poder ejecutivo, es decir, evitar el pago de la expropiación. Así, cuatro años después de la opinión emitida por el Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional falló en contra de la ley, la jurisprudencia, la lógica legal e incluso en contra de la vergüenza profesional, y emitió una opinión sin fundamento, que trastornó el derecho administrativo colombiano, *pero que liberó al Estado colombiano de pagar una compensación a quienes sufrieron lo que hoy se puede definir como un robo.*

116. Finalmente, el 25 de junio de 2014, la Corte Constitucional puso fin a un drama administrativo que comenzó la noche del 2 de octubre de 1998, con el abuso de poder ejecutado por la Superintendencia de Bancos, Fogafin y el Banco de la República.

(Énfasis en original)

## Administrativa del 31 de mayo de 2011

115. Apenas cinco días después de la emisión del Dictamen del Tribunal Constitucional del 26 de mayo de 2011, el Consejo de Estado celebró una sesión plenaria que exigía la presencia de todos los Magistrados del Consejo de Estado pertenecientes a las cinco cámaras que componen ese tribunal.

116. El acta de esa sesión titulada: "*Acta No 15 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 31 de mayo de 2011*" fue firmada por el Magistrado Mauricio Fajardo Gómez (Presidente del Consejo de Estado) y Juan Enrique Bedoya Escobar (Secretario General del Consejo de Estado).<sup>108</sup>

117. Este documento representa testimonios conmemorativos autor es contemporáneo en el momento de los hechos materiales de este procedimiento que establecen el carácter extraordinario del dictamen del Tribunal Constitucional del 26 de mayo de 2011.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Se anexa copia fiel y exacta del *Acta No. 15 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo 31 de mayo de 2011*, Se adjunta como C-28. La Dra. Briceño comenta sobre estas actas en su Informe, *Ver Informe Dra. Briceño (CER-4) ¶¶ 22-41*.

<sup>109</sup> Este documento se está introduciendo en este momento a los efectos del examen de jurisdicción del Tribunal porque los

118. El Acta dice (i) una crisis institucional profundamente grave en relación con todo el poder judicial del Estado, y (ii) la necesidad de defender la integridad de los principios básicos de la soberanía judicial. Estas pruebas demuestran que la cuestión ante este Tribunal Arbitral es más que una resolución errónea irregular que, en consecuencia, privó a los Reclamantes de al menos 260.000.000 de dólares de EE.UU. Las acciones de la Corte Constitucional, que aparecen con su decisión del 26 de mayo de 2011 y que culminan con la Orden del 25 de junio de 2014 denegando la solicitud de nulidad presentada por el Consejo de Estado, representan un ejemplo extremo de activismo judicial que manifiestamente un abuso radical de autoridad. Por esta razón desafía todas las expectativas razonables.

119. Mucho se revela en el muy sucinto primer intercambio registrado. El primer orador, el Dr. Ramírez de Páez, recurriendo a un coloquialismo, deja claro que el asunto en cuestión no es sólo el tema apropiado de una sesión

---

Demandantes afirman que si se supone que las alegaciones fácticas y los locales presentados son ciertos a los efectos de probar la suficiencia legal de la validaciones estándar de tratados cuando se alega como parte de una determinación jurisdiccional, se demostrará que los Demandantes han establecido, y mucho menos suficientemente alegados como cuestión de alegación, más de lo necesario *primera facie* mostrando, como se indica más plenamente a continuación.



plenaria, sino más bien de "la más plenaria de las sesiones plenarias".<sup>110</sup>

120. En la sesión plenaria, ese debate buscó reacciones y un curso de acción. Seis observaciones son particularmente pertinentes en esta fase jurisdiccional a los efectos de probar las pruebas y pruebas presentadas y el examen de la medida en que, como mínimo, se ha afirmado una presunción *prima facie*.

121. En primer lugar, el Dr. Giraldo está representado en el Acta por haber "expresado gran preocupación por el hecho de que el tren está más vivo que nunca porque el acuerdo entre caballeros ha sido violado y, por lo tanto, esta Cámara debe problema." También se le atribuye compartir la opinión del Dr. Ostau de Lafont sobre "la necesidad de que el Consejo de Estado entienda que su jurisdicción constitucional también implica salvaguardar los derechos fundamentales que tiene ante sí".<sup>111</sup>

122. En segundo lugar, se cita al Dr. Gil Botero y al Dr. Ramírez de Páez afirmando que "es necesaria una respuesta institucional".<sup>112</sup> Ambos

---

<sup>110</sup> C-28 p. 6. Dr. Ramírez de Páez se registra diciendo "Dra. Ramírez de Páez piensa que el tema es sala *plenísima*." (sin cursivas en el este?)

<sup>111</sup> *Id.* 6-7.

<sup>112</sup> *Id.* p. 7.

Magistrados, según el acta, comparten la preocupación de que "la invasión de la jurisdicción del Tribunal Constitucional es desconcertante porque deslegitima la jurisdicción del Consejo de Estado e ignora que el Consejo de Estado es un Tribunal de igual jerarquía a la Corte Constitucional."<sup>113</sup>

123. En tercer lugar, la comprensible preocupación derivada de la invasión de la Corte Constitucional a la jurisdicción del Consejo de Estado es expresada enfáticamente por el Dr. Vargas Rincón. Esa entrada dice:

El Dr. Vargas Rincón considera que, en cuanto a la Sala Cuarta del Consejo de Estado, la Corte de Constitucionalidad está desgarrando la jurisdicción constitucional de la Sala Cuarta *Contencioso Administrativo*, y [el Dr. Vargas Rincón] opina que un procedimiento de vacatur dirigido a la Orden de la Corte de Constitucionalidad debe derivarse y exponer en ese documento las razones por las que la Orden de la Corte Constitucional está completamente desprovista de locales.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> *Id.*

<sup>114</sup> En el original español dice:

124. En cuarto lugar, el Dr. Ortiz de Rodriguez expresa la necesidad de defender la integridad institucional del Consejo de Estado. Se le atribuye haber manifestado expresamente la preocupación de que el "Consejo de Estado debe ser defendido". Añade que la forma de proceder debe ser cuidadosamente considerada "porque es probable que se tenga que emprender un curso de acción para que el Consejo de Estado sentencia que surja de la *Contenciosa Administrativa* [sean respetados] [por el Tribunal Constitucional].<sup>115</sup>

---

Dr. Vargas Rincón considera que en el caso de la Sección Cuarta la Corte Constitucional le está arrebatando la competencia que la Constitución le da al Contencioso Administrativo y cree que procesalmente se puede proponer un incidente de nulidad y luego si exponer las razones por las cuales carece de todo efecto la sentencia de la Corte.

*Id.*

<sup>115</sup> *Id.*

En el lenguaje original dice:

Dra. Ortiz de Rodriguez considera que hay que defender la institucionalidad del Consejo de Estado pero invita a la reflexión en ese punto, porque seguramente habrá que tomar alguna decisión para que se respeten los fallos en la jurisdicción contenciosa administrativa, pero pone de presente la discusión que se acaba de dar con el proyecto de la Dra. Garcia.

125. Quinto, en la línea del Dr. Ortiz de Rodríguez, el Acta atribuye al Dr. Gómez Aranguren la extraordinaria y detención de que “está en juego es la propia institucionalidad del país y la orden judicial fiable y creíble, [el Dr. Gómez Aranguren] sugiere hablar directamente con los miembros del Tribunal Constitucional para asegurarse de que son conscientes del riesgo institucional de que el fallo del Tribunal Constitucional implica.”<sup>116</sup>

126. Sexta y finalmente, se atribuye una segunda intervención al Dr. Vargas Rincón. Esta entrada establece que el Dr. Vargas Rincón “insistió en que el tema relativo a la Sala Administrativa contenciosa plenaria debe ser abordado por el Presidente del Consejo de Estado presentando una moción para Vacar [la de la Corte Constitucional] Orden, basado en la falta de

---

<sup>116</sup> *Id.* p 7.

El original en español se lee:

Dr. Gómez Aranguren comenta que su posición en la Sección Segunda ha sido la de la posibilidad de que el juez se equivoque y la de que racionalmente sea el mejor argumento el que prevalezca para la justicia. *Piensa que está por medio la institucionalidad del país y la configuración del orden jurídico cierto y creíble, sugiere hablar con los miembros de la Corte Constitucional y que ellos sean conscientes de riesgo institucional que esto implica.* (énfasis suministrado)

jurisdicción." Además, se le parafrasea que "si la [Moción para Vaciar] no gana tracción, [el Consejo de Estado] debería emitir una resolución de que la Orden del Tribunal Constitucional no es en ningún momento [nula] y [el Consejo de Estado] debe proceder a asegurar el expediente."<sup>117</sup>

127. El Acta (*véase* C-28) debería ser considerada por este Tribunal en la fase jurisdiccional como parte de su análisis sobre la medida en que las alegaciones que los Demandantes han formulado, si se demuestra, darían lugar a violaciones de los TPA normas sustantivas de protección. Estas Actas son pertinentes para esa determinación, en particular en el contexto de un trato justo y equitativo, la denegación de justicia y la expropiación.

**K. Dictamen experto del Profesor y Juez Asociado Luis Fernando López-Roca Abordando el Activismo Judicial del**

---

<sup>117</sup> *Id.*

En idioma original dice:

Dr. Vargas Rincón insiste en que el tema es de plena contenciosa y que por ahora el Sr. Presidente proponga un incidente de nulidad de esa sentencia, por falta de competencia, y si no prospera emitir un auto dejando sin efectos el pronunciamiento de la Corte y ordenar el archivo del asunto.

## **Tribunal Constitucional en relación a la decisión del Consejo de Estado**

128. Prof. y Juez Asociado de la Corte de Constitucionalidad Luis Fernando López-Roca ha presentado un Dictamen experto en este caso. Si bien la <sup>118</sup>opinión del profesor López-Roca sobre expertos aborda principalmente la naturaleza abusiva y excesiva de la Superintendencia percances regulatorios que dan lugar a los procedimientos judiciales que son objeto de este caso, también opina en cuanto a la usurpación por parte del Tribunal Constitucional de la jurisdicción del Consejo de Estado que privó a los Demandantes de una indemnización por daños y perjuicios liquidados en el 114.183.417,80 USD. El Prof. López-Roca señala específicamente que el Tribunal Constitucional, del que es Juez Asociado, incurrió en al menos dos grandes actos de activismo judicial que son indefendibles.

129. En primer lugar, observa que el Tribunal Constitucional incurrió en error con respecto a su hipótesis de "Aviso constructivo", que constituye un abuso de su autoridad judicial, mucho más allá de un mero error de Derecho. Señala específicamente que:

---

<sup>118</sup> Ver Informe del Prof. López-Roca (CER-5).

En este caso, el Aviso de Capitalización y la reducción de capital a 0,01 COP nunca fueron notificados a los accionistas y, por lo tanto, (i) no fue eficaz, (ii) no pudo haber desencadenado la ejecución de los plazos de caducidad aplicables y, por lo tanto, (iii) los reclamos nunca caducaron.

Estas propuestas fueron subrayadas por el *Tribunal Administrativo de Cundinamarca*, así como por el Consejo de Estado. De hecho, sólo el Tribunal Constitucional volvió la vista gorda y la oreja sorda a estas premisas. Lo hizo, en mi opinión, sin tener competencia en absoluto sobre el asunto porque el Consejo de Estado de Sentencia representa la instancia de apelación más alta y final con respecto al *Contencioso Administrativo* en el país. Por esta razón, no es posible presentar una apelación del Consejo de Estado a cualquier otra instancia o superior.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Informe del Prof. López-Roca (CER-5) ¶ 121. En el idioma original dice:

En nuestro caso, el acto nunca fue notificado a los accionistas y, por tanto, (i) no fue eficaz, (ii) no comenzaron a correr los plazos y, en

130. Como testificó el Dr. Briceño, la Corte de Constitucionalidad es una institución extremadamente política.<sup>120</sup>No es independiente y distinto en la práctica del Poder Ejecutivo.<sup>121</sup>De ello, se deduce que ratificarían el ejercicio excesivo de la soberanía regulatoria del Estado a través de la Superintendencia y FOGAFIN. Estos abusos reglamentarios no pueden conciliarse y legitimarse salvo por un abuso correspondiente del ejercicio de la soberanía *judicial* por parte del Estado. El Informe de Expertos del Prof. López-Roca subraya claramente esta propuesta.

131. En este sentido, afirma:

La notificación [Aviso de capitalización y notificación de la reducción de capital a 0,01 COP] debería haber estado en consonancia con la legislación dispositiva sobre el tema. Por lo tanto, haber optado por

---

consecuencia, (iii) nunca hubo caducidad. Cosa se señalasen, tanto como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca como el Consejo del Estado y que solo fue desconocido por la Corte Constitucional, *a destiempo*, en mi opinión, pues la decisión del Consejo de Estado como máxima autoridad contencioso administrativa del país, no tenía alzada ni recurso alguno. (énfasis suministrado)

<sup>120</sup> Ver Dr. Briceño Informe de expertos (CER-4) ¶115.

<sup>121</sup> *Id.* ¶¶ 70, 73, 75, 115, *ver también* n. 38.



notificar al Representante Legal del Banco como metodología para notificar a los accionistas fue un error evidente que primero fue identificado por el Tribunal Administrativo de *Cundinamarca*, y más tarde por el Consejo de Estado. Ambos Tribunales opinaron que ni el Aviso de Curación ni la devaluación de las acciones por un valor de 0,01 COP fueron notificados y comunicados a los accionistas. Por consiguiente, la acción judicial presentada el 28 de julio de 2000 fue presentada *oportunamente*. Afirmar lo contrario, como expuso el Tribunal Constitucional, y sugerir que así fue mediante notificación constructiva ("*hecho notorio*"), y por lo tanto la notificación había sido efectiva desde el 3 de octubre de 1998, *con el debido respeto representa una propuesta irracional*.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> *Id.* ¶ 125. (énfasis en original)

En español dice:

La notificación claramente debía haberse ajustado a la ley. Por tanto, haber optado por la vía de la notificación al Representante Legal para dar por notificados a los accionistas era un error garrafal, como lo

132. En segundo lugar, el Prof. López-Roca, además de estar de acuerdo con la disidencia del juez Rojas Ríos, también considera que el Dictamen (i) de la Corte Constitucional no tiene fundamento, (ii) desafíe al propio precedente del Tribunal Constitucional, y (iii) no es más que una <sup>123</sup> *tour de force* que aspira a proteger al Estado de lo que fue primero una expropiación reguladora ilícita que se transformó en una toma *judicial*.<sup>124</sup>

133. Específicamente afirma:

El Tribunal Constitucional, apoyando sin fundamento alguno de los intereses del Estado, revocó la sentencia que una instancia final de apelación, el Consejo de Estado, emitió, y cambia su propio precedente jurisprudencial [de la Corte

---

reconocieron el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, primero, y el Consejo de Estado, más tarde, quienes dijeron que los actos no habían sido notificados a los accionistas. Por tanto, la demanda, incoada el 28 de julio de 2000, *fue presentada en tiempo hábil*. Decir lo contrario, como la Corte Constitucional sostuvo, y señalar incluso que era un *hecho notorio* y que el acto era eficaz desde el 3 de octubre de 1998, *era, con todo respeto, una sin razón*.

<sup>123</sup> *Id.* ¶¶ 126-127.

<sup>124</sup> *Id.*

Constitucional], todos probablemente con el fin de evitar que el gobierno se encuentre [el gobierno] obligado a pagar daños y perjuicios a los particulares que, para empeorar las cosas, son extranjeros [los accionistas de Estados Unidos].

Incluso hoy [en el momento de este escrito], los medios de comunicación informan de preocupaciones sobre tener que pagar por la expropiación de GRANAHORRAR para evitar que el Estado se encuentre obligado a pagar daños y perjuicios a las personas, que para empeorar las cosas, son extranjeros [Accionistas de Estados Unidos], o como más acertadamente declaró el Magistrado Rojas Ríos en su opinión disidente, 'una expropiación sin compensación.'<sup>125</sup>

---

<sup>125</sup> *Id.* ¶ 136.

En español original dice:

Entonces, la Corte Constitucional, respaldando sin ningún fundamento de los intereses del Estado, revoca la sentencia de última instancia del Consejo del Estado y cambia su propio precedente jurisprudencial, probablemente *para evitar que el gobierno se vea obligado a pagar por los daños* causados a unos particulares que – para más señas – son

134. Al comentar la expropiación *regulatoria* que condujo a la expropiación *judicial* por parte del Dictamen del Tribunal Constitucional del 26 de mayo de 2011, el Prof. López-Roca identifica tres ganancias financieras extremadamente importantes que redundan en beneficio de Colombia, que presionó a la Corte Constitucional en el ejercicio de un activismo judicial extremo inmune a los preceptos de control más rudimentarios, como la adhesión al Estado de derecho, el respeto al debido proceso fundamental, la deferencia al *stare decisis* en forma de precedente jurídico vinculante, deferencia a un tribunal judicial de igual nivel y de igual jerarquía, y el respeto de los límites de la jurisdicción de un tribunal superior.

135. El Prof. López-Roca observa en primer lugar que la expropiación hizo que el Estado "ganara" los ingresos derivados de haber asumido todas las garantías del Banco. Señala que no hay precedentes de que FOGAFIN y el Banco Central publiquen ganancias en virtud de esta metodología, o concepto análogo.<sup>126</sup>

---

extranjeros. Todavía hoy, las noticias se preocupan por lo que habría que pagar por la oficialización de GRANAHORRAR, por aquello que el Magistrado Rojas Ríos denominó una expropiación sin indemnización, en su salvamento de voto. (citation omitted)

<sup>126</sup> *Id.* ¶ 138 (i).

136. En tercer lugar, Colombia obtuvo ingresos por el servicio de las garantías (capital e intereses).<sup>127</sup>

137. Cuarto y final, el 1 de noviembre de 2005, el Gobierno de Colombia vendió GRANAHORRAR a BBVA por 423.000.000 de dólares.<sup>128</sup>

138. Cuando esta suma, añade el Profesor López-Roca, se compara con la contribución del Estado de COP 157 millardos (el equivalente a 99.795.000 dólares de EE.UU.), lo que representa una ganancia neta de USD 323.205.000, señala que esta cifra se transformó en una cifra neta *anual*, durante ese plazo de siete años correspondiente a USD 46,172,000 (cada año).<sup>129</sup>

139. La Opinión de Expertos del Prof. López-Roca derrama una considerable tinta a lo largo de 138 párrafos para establecer la tesis de que (i) el Programa de Reestructuración de Garantía, (ii) la *Cláusula*, (iii) la devaluación del valor de la acción de GRANAHORRAR a 0.01 COP, (iv) el Aviso de Capitalización, y (v) la requisita al por mayor del debido proceso por parte de FOGAFIN y la Superintendencia, constituyen eventos extremos, imprevisibles y altamente

---

<sup>127</sup> *Id.* ¶ 138 (ii).

<sup>128</sup> *Id.* ¶ 138 (iii).

<sup>129</sup> *Id.* ¶ 138 (i)-(iii).

politizados, mucho más allá de la discrecionalidad administrativa o la ley aplicable.<sup>130</sup>

140. Estas acciones reguladoras aberrantes no encuentran precedente, no pueden justificarse como existentes en la ley y carecen de coherencia económica interna. El profesor López-Roca cree que están impulsados políticamente.<sup>131</sup>

141. Opina que la Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007 corrigió acertadamente un error.<sup>132</sup> Esta "medida correctiva", que emana de un Tribunal con jurisdicción específica, que es el rango más alto de Colombia, a su vez privó al gobierno de aproximadamente USD 300,000,000 y puso en alto el abuso regulatorio de autoridad que FOGAFIN y la Superintendencia consumaron.<sup>133</sup>

142. Por lo tanto, el Prof. López-Roca razones, el Poder Ejecutivo presionó a su contraparte judicial política "para que anular" al Consejo de Estado como una forma de imponer un *imprimatur* de legitimidad y legalidad que, de otra

---

<sup>130</sup> *Id.* ¶¶ 114-138.

<sup>131</sup> *Id.* ¶¶ 84-130.

<sup>132</sup> *Id.* ¶ 96.

<sup>133</sup> *Id.* ¶ 138.

manera, no se puede caracterizar sino como un abuso y una aplicación excesiva de la autoridad.<sup>134</sup>

143. El Informe de Experto del Prof. López-Roca también debe considerarse en esta fase jurisdiccional como testimonio y autoridad en apoyo de las alegaciones de los Reclamantes que, siendo ciertas, establecerían violaciones de las protecciones sustantivas del TPA.

**III. LOS RECLAMANTES TIENEN *PRIMA FACIE* LA CARGA DE LA PRUEBA DEL CASO EN UNA AUDIENCIA BIFURCADA TRATÁNDOSE DE UN CASO JURISDICCIONAL**

**A. La Opinión De La Minoría Sobre El Estándar Para La Carga De La Prueba En Una Audiencia Jurisdiccional Bifurcada Está Plagada De Déficit y, por tanto, No Debe Aplicarse**

144. Difícilmente hay unanimidad entre los tribunales arbitrales sobre la carga de la prueba que se atribuye a la impugnación jurisdiccional de un Demandado. La integridad académica básica obliga a subrayar este estado conceptual. De hecho, los Tribunales Arbitrales han constatado que incluso cuando el Demandado ha “planteado

---

<sup>134</sup> *Id.* ¶ 96.

objeciones jurisdiccionales específicas, no corresponde al Demandado refutar la competencia del Tribunal.”<sup>135</sup>

145. Estos tribunales razonaron que “[l]a derecho internacional, como una cuestión de lógica jurídica y la aplicación del principio tradicionalmente expresado por la máxima latina '*actori incumbit probatio*,' corresponde a la Demandante la carga de probar todos los hechos esenciales necesarios para establecer la jurisdicción para sus reclamaciones.”<sup>136</sup>

146. No distinguen absolutamente entre (i) alegaciones reales que son jurisdiccionales, (ii) una audiencia sobre la competencia judicial y una sobre el fondo, (iii) las consecuencias derivadas de la concesión y denegación de una impugnación jurisdiccional, (iv) una alegación que busca un alivio afirmativo y una compensación que declara la jurisdicción, o (v) la lógica que conduce a la afirmación afirmativa de una defensa que declara que no hay jurisdicción.

147. Este enfoque, que está acote con múltiples supuestos no probados, lleva a la conclusión *necesaria* de que “[s]a los hechos jurisdiccionales no están aquí sujetos a ninguna

---

<sup>135</sup> *National Gas S.A.E. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/11/7, Award, April 3, 2014.

<sup>136</sup> *Id.*



prueba probatoria *'prima facie'*; y, en cualquier caso, esa prueba sería inaplicable en esta etapa del procedimiento de arbitraje en la que el Demandante (al igual que con el Demandado) tuvo la oportunidad suficiente de presentar pruebas en apoyo de su caso sobre las cuestiones jurisdiccionales bifurcadas y Tribunal para tomar decisiones definitivas sobre todos los hechos pertinentes controvertidos.”<sup>137</sup>

148. Lo ilustrado sobre las distinciones fundamentales difumina las presunciones materiales endémicas de las adjudicaciones procesales y sustantivas, entre otras consideraciones.

149. Otros tribunales simplemente sostienen que, a efectos de la evaluación de una impugnación jurisdiccional, *ni* el Demandante ni el Demandado soportan la carga de la prueba. Aunque “es indiscutible que [a] Tribunal determina su jurisdicción sin estar vinculado por el argumento de las partes.”<sup>138</sup>

150. Estos tribunales consagran este principio en detrimento de un análisis más flexible que buscaría balance “entre la necesidad de

---

<sup>137</sup> *Id.* (cita omitida)

<sup>138</sup> *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, March 21, 2007.

'asegurar que los tribunales y tribunales no se inundan de demandas que no tienen ninguna posibilidad de éxito o incluso pueden ser de naturaleza abusiva' en una de las dos, y la necesidad de "garantizar que, al examinar cuestiones de jurisdicción, los tribunales y tribunales no entren en el fondo de los casos sin un debate previo suficiente" por otra." por otra."<sup>139</sup>

151. Además, esta metodología se basa en la suposición menos clara y no probada de que las diferencias de procedimiento entre las partes, es decir, "Reclamantes" y "Demandados" no importa, ni la distinción entre prueba, alegaciones, cuestiones sustantivas o consultas de procedimiento. El razonamiento del tribunal en *Muhammet Çap v. Turkmenistan*<sup>140</sup> es emblemático de este enfoque.

152. En dicho procedimiento, el Tribunal abordó la construcción y el significado aplicables al art. VII del APPRI entre Turquía y Turkmenistán, que a nivel literal parecía tener la obligación obligatoria de litigar las cuestiones derivadas del APPRI ante el Tribunal Judicial correspondiente

---

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> *Muhammet Çap Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII(2) of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, February 13, 2015.

en Turkmenistán como condición previa a la presentación de un Reclamación.

153. El Tribunal anunció que “no acepta que la carga de la prueba con respecto a la jurisdicción *reine a ninguna de las Partes*. Por el contrario, el Tribunal debe determinar si tiene jurisdicción, y el alcance de su jurisdicción, sobre la base de todos los hechos y argumentos pertinentes presentados por las Partes.”<sup>141</sup>

154. El Tribunal expuso su metodología, que se basa en *cualquier* consideración de (i) la postura procesal del caso, (ii) cargas y presunciones aplicables de otro modo, y (iii) el peso relativo que debe atribuirse a los escritos jurisdiccionales y prueba real. A este respecto, la determinación se basó en abstracto con la sugerencia indirecta de la particularidad del caso real que se le había sometido en una fugaz referencia reutilizable a “todas las pruebas que obran en el expediente”. En su lugar, el Tribunal hace referencia a una prueba de equilibrio que sólo contiene un orden básico de prueba. No hay sustituto para el propio idioma del Tribunal:

120. A este respecto, en primer lugar corresponde a los Demandantes demostrar que están presentes los requisitos pertinentes para la

---

<sup>141</sup> *Id.* ¶ 119.

jurisdicción del Tribunal, incluido el consentimiento para el arbitraje.

No se puede presumir el consentimiento y debe establecerse su existencia. Por corolario, en este caso, cuando el Demandado impugna la jurisdicción, tiene que aportar pruebas que respalden sus objeciones. En consecuencia, el Tribunal debe sopesar las pruebas y argumentos de ambas Partes para determinar en equilibrio si es competente en esta materia.

121. En el presente asunto, el Tribunal debe interpretar el sentido de una disposición de un tratado de conformidad con las normas de interpretación de la Convención de Viena. En consecuencia, al llegar a su conclusión, y por las razones que se indican a continuación, el Tribunal ha tenido en cuenta el texto utilizado en los textos auténticos del artículo VII, apartado 2, las circunstancias en las que se concluyó el TBI, las opiniones expresadas por él y otros expertos en sus informes y en la audiencia, y las normas legales de construcción. El Tribunal ha llegado a sus conclusiones

sobre la base de todas las pruebas que constan en el expediente.<sup>142</sup>

155. Una iteración modificada de esta norma es articulada apenas un año después por el Tribunal en *Spence Int'l c. Costa Rica*.<sup>143</sup> En ese procedimiento, el Tribunal añadió la palabra "carga" a lo que de otro modo sería un análisis indistinguible del aplicado en el asunto *Muhammet Çap v. Turkmenistan*:

239. Se justifican dos observaciones preliminares. En primer lugar, el Tribunal observa que corresponde a una parte a presentar una propuesta que presente pruebas en apoyo de su caso. Esto se aplica a las cuestiones de competencia tal como se aplica al fondo de una reclamación, en particular en la medida en que se aplica a la base fáctica de una afirmación de competencia que debe demostrarse como parte y forma del caso del demandante. *Por lo tanto, corresponde* a los Demandantes probar los hechos necesarios para establecer la jurisdicción del Tribunal.

---

<sup>142</sup> *Id.* ¶¶ 120-121.

<sup>143</sup> *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. UNCT/13/2, Interim Award, October 25, 2016, ¶ 239.

Si esto se puede hacer, la carga se trasladará al Demandado para demostrar por qué, a pesar de los hechos probados por los Demandantes, el Tribunal carece de jurisdicción.

156. Aun así, otros Tribunales han optado por distinguir entre "hechos que tienen relevancia específicamente para la cuestión jurisdiccional únicamente y hechos que también son pertinentes para demostrar la existencia de alegaciones que van al fondo de la diferencia". De conformidad con este análisis, las alegaciones de un Reclamante relativas a la jurisdicción <sup>144</sup>*no* tienen ningún valor o presunción de corrección. Bajo este enfoque, el Tribunal rechaza la tesis de que las alegaciones jurisdiccionales del Demandante deben considerarse tan verdaderas como un predicado para comprobar si de hecho son tan competentes. Más bien, "distingue entre ... diferentes conjuntos de hechos con respecto a la carga de la prueba. El Tribunal de <sup>145</sup>*Blue Bank International and Trust (Barbados) Ltd* al adoptar esta metodología despojó al Demandado de cualquier gravedad o presunción a una impugnación jurisdiccional. Esta metodología es aberrante.

---

<sup>144</sup> *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso del CIADI No. ARB/12/20, Premio, 26 de abril de 2017, ¶65.

<sup>145</sup> *Id.*

157. El enfoque del Tribunal de *Blue Bank International and Trust (Barbados) Ltd* no tiene en cuenta *ninguna* carga por parte de un Demandado que presente una impugnación jurisdiccional. Por el contrario, impone toda la carga a la Demandante en la fase jurisdiccional únicamente la obligación de un Demandante de probar desde una perspectiva probatoria merece hechos relacionados:

66. Sin embargo, a juicio del Tribunal, es necesario distinguir entre estos diferentes tipos de hechos en lo que respecta a la carga de la prueba. Todos los hechos que sean positivos a efectos de jurisdicción deben ser probados en la etapa jurisdiccional. A este respecto, la Demandante tiene la carga de probar los hechos necesarios para establecer la competencia, en la medida en que sean impugnados por la Demandada. En cambio, hechos que son pertinentes para el fondo de las reclamaciones del Demandante, tales como si se ha producido una infracción del Tratado, si se ha incurrido en responsabilidad, si el Demandante ha sufrido daños indemnizables y, en caso afirmativo, cuál es el importe de la responsabilidad (cuántica), son todos los asuntos sobre los que el Demandante no necesita cumplir una

carga de la prueba en la etapa jurisdiccional.<sup>146</sup>

158. Los cuatro estándares y metodologías identificadas en (i) *National Gas S.A.E. v. The Arab Republic of Egypt*, (ii) *Muhammet Çap v. Turkmenistan*, (iii) *Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al. v. Republic of Costa Rica*, y (iv) *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, son distintas pero profundamente relacionadas pues comparten dos denominadores comunes.

159. En primer lugar, estos análisis no distinguen entre una carga de la prueba que se refiere a las alegaciones que solicitan una reparación afirmativa y un nivel de prueba diferente relativo a las alegaciones que afirman bases jurídicas y fácticas para el ejercicio de la competencia por parte de un tribunal arbitral. Estas distinciones son materiales y ampliamente reconocidas por el derecho internacional y la gran mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. No debe ignorarse, en parte, porque está relacionada con la política fundamental de proporcionar a las partes presunciones que favorecerían el acceso a una audiencia de méritos.

---

<sup>146</sup> *Id.* ¶ 66.



160. En segundo lugar, las cuatro metodologías y normas vuelven a la vista gorda ante las consecuencias dispares derivadas de la concesión o denegación de una impugnación jurisdiccional. Para exponer la propuesta obvia que no se considera, la concesión de una impugnación jurisdiccional representa el fin del caso y establece por razones técnicas la posibilidad de emitir lo que de otro modo pueden ser reclamaciones meritorias. Es por esta razón que el derecho internacional y el derecho de la abrumadora mayoría de los sistemas nacionales proporcionan conceptualmente a los demandantes una presunción expansiva y no restrictiva de la verdad con respecto a las alegaciones jurisdiccionales.

161. Sólo ante una demostración de que, sin ninguna hipótesis racional de ley o de hecho, un Demandante puede alegar las medidas jurisdiccionales necesarias, debe sostenerse una impugnación jurisdiccional. La mayoría de los Tribunales Arbitrales han adoptado una metodología y norma que incorpora estas preocupaciones.

**B. La carga adecuada y el estándar aplicable de carga de la prueba en la**

**etapa jurisdiccional que representa la  
opinión de la mayoría**

162. Al determinar la carga de la prueba en la etapa jurisdiccional, la mayoría de los tribunales de arbitraje entre inversionistas y Estados han seguido el criterio establecido por la jueza Rosalyn Higgins en su opinión separada en el caso relativo a las plataformas petroleras (*República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*), ante la Corte Internacional de Justicia.<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> *Caso relativo a las plataformas petrolíferas Plataformas petrolíferas (República Islámica del Irán c. Estados Unidos de América)*, 1996 ICJ 803, 856, 32-34, 12 de diciembre de 1996 (Opinión separada del juez Higgins).

Véase, por ejemplo, *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe C.A. v. La República Bolivariana de Venezuela, caso del CIADI No. ARB/10/5 (Premio) (Marzo 2015)*, 84 (nota estándar); *David Minnotte y Robert Lewis contra la República de Polonia, caso del CIADI No. ARB(AF)/10/1 (Premio) (Mayo de 2014)*, 143 ("El Plataformas petrolíferas prueba, aplicada por los tribunales en casos como *Impregilo c. Pakistán*, requiere que el tribunal pregunte, no si las reclamaciones De violaciones del tratado, sino más bien si las reclamaciones son Capaz de las violaciones del tratado sobre la base de los hechos alegados por el reclamante, de modo que el tribunal es competente para atender esas reclamaciones."); *Ambiente Oficina S.P.A. y otros (caso anteriormente conocido como Giordano Alpes y otros) c. República Argentina, caso del CIADI No. ARB/08/9 (decisión sobre jurisdicción y admisibilidad) (Febrero 2013)*, 537-540; *SGS Societe Generale Surveillance S.A. v. La República de*

---

Paraguay, caso del CIADI No. ARB/07/29 (decisión sobre competencia judicial) febrero de 2010), 43-51 (adoptando la prueba de Higgins y observando que "[i]t es igualmente bien aceptado que, a efectos jurisdiccionales, basta con que los hechos afirmados por el Demandante, si se demuestran, Podría (no) violaría el provisions del TBI.") (emphasis en original); el Rompetrol Grupo N.V. c. Rumania, caso del CIADI No. ARB/06/3 (decision en objeciones preliminares del demandado a jurisdicción y admisibilidad) (Abril 2008), 75 ("Las cuestiones de hecho son las que el Demandado carga con la carga de probar de acuerdo con la norma requerida, a fin de sostener las pretensiones de la ley que basa en ellas."); Saipem S.p.A. v. La República Popular de Bangladesh, Caso del CIADI No. ARB/05/07 (decisión sobre la jurisdicción y la recomendación sobre medidas provisionales) (Marzo de 2007), 85 ("El Tribunal está de acuerdo con esta prueba, que está en línea con la propuesta por el juez Higgins en su opinión disidente en Aceite Pratforms."); Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría, caso del CIADI No. ARB/04/15 (Premio) (septiembre de 2006), 68 ("La onus es para el Demandante para mostrar lo que supuestamente constituye expropiación es al menos capaz de hacerlo. Debe haber, en otras palabras, un primera facie caso de que se aplique el TBI."); Pan American Energy, LLC, et al. v. República Argentina, caso del CIADI No. ARB/03/13, (decisión sobre objeciones preliminares) (27 de julio de 2006), 50 (observando que "un reclamante debe demostrar que primera facie sus alegaciones están comprendidas en las disposiciones pertinentes del TBI a los efectos de la competencia del Centro y de la competencia del tribunal (pero no si las reclamaciones están fundadas)."; Jan de No N.V., et al. c. Egipto, caso del CIADI No. ARB/04/13, (decisión sobre la jurisdicción) (junio 2006), 69-71 (indicando que el Demandante debe presentar un primera facie caso sobre los méritos); Canfor Corporation c. Estados Unidos; Terminal Forest Products Ltd. c. Estados Unidos (en el Arbitraje Consolidado de conformidad con el Artículo 1126 del Tratado

163. Como declaró el Tribunal en *Saipem S.p.A. v. La República Popular de Bangladesh*, "[l]a prueba logra un justo equilibrio entre una norma más exigente que implicaría examinar los

---

de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y las Reglas Arbitrales de la CNUDMI), (decisión sobre cuestiones preliminares) (6 de junio de 2006), 176 ("Sin embargo, cuando un Estado demandado invoca una disposición en el TLCAN que, según el demandado, prohíbe al tribunal decidir sobre el fondo de las reclamaciones, el demandado tiene la carga de la prueba de que la disposición tiene el efecto que alega."); Balakrishnan Construcción Turismo Comercio Y Sanayai A.S. c. República Islámica del Pakistán, caso del CIADI No. ARB/03/29, (decisión sobre la jurisdicción) (14 de noviembre de 2005), 195-196 (citando a la prueba y autoridad de Higgins que lo aplican); Impregilo S.p.A c. República Islámica del Pakistán, caso del CIADI No. ARB/03/3, (decisión sobre la jurisdicción) (Abril 2005), 239, n.103 ("En sus conclusiones separadas, la jueza Higgins propuso el siguiente enfoque: «La única manera en que, en el caso de autos, puede determinarse si las pretensiones de [Claimant] se basan suficientemente plausiblemente en [l]él [...] Tratado es aceptar Para Tener los hechos alegados por [Demandante] son verdaderos y a esa luz para interpretar [el Tratado] con fines jurisdiccionales, es decir, para ver si sobre la base de las alegaciones de hecho [del Reclamante] podría producirse una violación de una o más de ellas)(citaciones omitidas); Plama Consorcio Limited c. República de Bulgaria, caso del CIADI No. ARB/03/24, (decisión sobre la jurisdicción) (8 de febrero de 2005), 118-119 (observando que "[a]s considera la carga de la prueba sobre la objeción jurisdiccional de la Demandada, el Tribunal adopta el criterio ofrecido por el juez Higgins en su opinión separada en el Caso de plataformas petrolíferas."); Duke Energy International Peru Inversiones No. 1 Ltd. c. República del Perú, caso del CIADI No. ARB/03/28, (decisión de la ad hoc Cometer(marzo de 2011), 117-118.

méritos en la etapa jurisdiccional, y un estándar más ligero que se basaría enteramente en la caracterización de sus reivindicaciones.”<sup>148</sup>

164. En *Oil Platforms*, la juez Higgins expuso la prueba de la siguiente manera:

La única manera en que, en el caso de autos, puede determinarse si las pretensiones de [Reclamante] se basan suficientemente plausiblemente en el ... [t]ratado debe aceptar pro tem que los hechos alegados por [Demandante] sean verdaderos y, a esa luz, interpretar [los artículos pertinentes del Tratado] con fines jurisdiccionales, es decir, ver si, sobre la base de las alegaciones de hecho [del Demandante], sobre la base de las alegaciones de hecho de [la Demandante] podría ocurrir una violación de uno o más de ellos.<sup>149</sup>

165. Además, la juez Higgins explicó:

El Tribunal de Justicia debe... ver si, sobre los hechos alegados por [Demandante], las acciones [del Demandado] reclamadas podrían

---

<sup>148</sup> *Supra* ¶¶138, ¶ 85.

<sup>149</sup> *Id.* ¶ 32.

violación de los artículos del Tratado. Nada en este enfoque pone en riesgo la obligación de la Corte de mantener separadas las fases jurisdiccionales y de méritos... y para proteger la integridad del procedimiento sobre el fondo. Lo que es para los méritos —y que permanece prístino e intacto por este enfoque de la cuestión jurisdiccional— es determinar cuáles son exactamente los hechos, si como finalmente se determinó que sostienen una violación del [Tratado] y, en caso afirmativo, si existe una defensa en violación.... En resumen, es en el fondo que uno ve 'si realmente ha habido una brecha.'<sup>150</sup>

166. La mayoría de los tribunales en arbitrajes inversionista-Estado han adoptado el criterio del juez Higgins. Por ejemplo, en *el caso del Consorcio Plama Limited c. República de Bulgaria*, el Demandante alegó reclamaciones en virtud del Tratado sobre la Carta de la Energía ("ECT"), el Tratado Bilateral de Inversiones entre Chipre y Bulgaria, y el Convenio del CIADI. El Tribunal de *Plama* siguió el criterio de Higgins para determinar quién tiene la carga de la prueba

---

<sup>150</sup> *Id.* ¶¶ 33-34.

relativa a las objeciones del Demandado a las jurisdicciones por diversos motivos.<sup>151</sup>

167. El Tribunal de *Plama* también citó a otros Tribunales del CIADI que empleaban el criterio de Higgins al considerar que "debía al reclamante presentar su propio caso como lo considerara oportuno; que, al hacerlo, el reclamante debe demostrar" que los hechos alegados pueden estar comprendidos en las partes pertinentes del tratado correspondiente.<sup>152</sup>

168. Observando que el criterio de Higgins no era "en ningún sentido controvertido", el Tribunal de *Plama* lo aplicó y sostuvo que el Demandante había establecido prima *facie* que (i) era un inversionista en virtud del Artículo 1(7) del TCE el que tenía identidad en Chipre a pesar del argumento de la demandada de que se trataba de una mera "empresa de buzones"; (ii) la controversia relacionada con una inversión; y (iii) las acciones del Demandado podrían haber violado ciertas obligaciones que le impone el TCE.<sup>153</sup>

169. Como señaló el Tribunal de *Plama*, numerosos otros Tribunales habían aplicado el

---

<sup>151</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24 (decision on jurisdiction) (February 2005), ¶ 118.

<sup>152</sup> *Id.* ¶ 119.

<sup>153</sup> *Id.* ¶¶ 31, 126, 128, 131-32, 151.

criterio de Higgins antes de *Plama* (febrero de 2005). Muchos Tribunales lo han seguido desde entonces.<sup>154</sup>

170. Apenas decidido dos meses después de *Plama*, el Tribunal de *Impregilo S.p.A c. República Islámica del Pakistán* adoptó notablemente el enfoque del juez Higgins y<sup>155</sup> observó que "el test de jurisdicción es un objetivo, y su resolución puede requerir la interpretación definitiva de la disposición del tratado en la que se basa."<sup>156</sup> Además este razonamiento en el lenguaje sin que el tribunal del artículo *SGS c. Pakistán* "subrayó:

"... es para que el Demandante formule su caso. *Siempre que los hechos alegados por el Demandante y que aparezcan de los escritos iniciales* relativas a la violación de una o más disposiciones del APPRI, el Tribunal es competente para determinar la reclamación" [Citación omitida].<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> *Id.* ¶ 119.

<sup>155</sup> *Impregilo S.p.A c. República Islámica del Pakistán*, caso del CIADI No. ARB/03/3 (decisión sobre la jurisdicción) (Abril 2005).

<sup>156</sup> *Id.* ¶ 243.

<sup>157</sup> *Id.* ¶ 243, citing to *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/1 (decision on objections to jurisdiction) (August 2003), 18 *ICSID Rev. – FILJ* 301 (2003). Asimismo, citando a



171. Al formular observaciones sobre esta metodología, el Tribunal *del Impregilo* razonó que "[l]o refleja dos preocupaciones de cortesía; garantizar que los tribunales y tribunales no se inundan de demandas que no tengan posibilidades de éxito, o que incluso puedan ser de naturaleza abusiva; e igualmente para garantizar que, al examinar cuestiones de jurisdicción, los tribunales y tribunales no entren en el fondo de los casos sin un debate previo suficiente. ***De conformidad con esta jurisprudencia, el Tribunal ha examinado si los hechos alegados por el Demandante en este caso, si se establecen, pueden estar comprendidos en las disposiciones del APPRI que se ha invocado.***"<sup>158</sup>

172. En esta misma línea, en *Saipem S.p.A. v. La República Popular de Bangladesh*,<sup>159</sup> el Tribunal Arbitral aceptó el criterio de Higgins como norma pertinente. En el marco de su análisis, el Tribunal dejó claro que "de conformidad con la práctica internacional aceptada (y generalmente también con la práctica nacional), una parte tiene la carga de probar los hechos que afirma. Por ejemplo, un tribunal del CIADI sostuvo que el Demandante debía satisfacer la

---

*Salini Costruttori S.p.A., e Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13 (Award) (November 2004).

<sup>158</sup> *Impregilo v. Pakistan*, *supra* ¶ 254. (énfasis añadido)

<sup>159</sup> *Saipem Supra* nota 138.

carga de la prueba requerida en la fase jurisdiccional y hacer una demostración *prima facie* de las infracciones del Tratado.<sup>160</sup>

173. Además, al explicar la metodología aplicable relativa a las diversas determinaciones particulares de si las alegaciones en ese asunto estaban comprendidas en el ámbito de aplicación del TBI (es decir, pueden constituir una violación de las normas de protección en cuestión) el tribunal articulado en el estado de ánimo subjuntivo-condicional la investigación que se aplicará. Aclaraba que "en otras palabras, el

---

<sup>160</sup> *Id.* ¶83, citando en n. 14 a una lista no exhaustiva de casos, sólo uno de los cuales es anterior *Plama* aplicando el examen del Juez Higgins:

*Impregilo c. Pakistán* [Citar Omitido], 79. En el *primera facie* prueba a efectos de jurisdicción, *Ver* entre otros *UPS c. Canadá*, Decisión sobre competencia judicial, 22 de noviembre de 2002, n.o 33-37; *Siemens c. Argentina*, Decisión sobre competencia judicial, 3 de agosto de 2004, n.o 180, [se omite la cita a Internet]; *Plama c. Bulgaria* [Fn. 11], 118-120, 132; *Balakrishnan c. Pakistán* [Fn. 11] 185-200; *El Paso v. Argentina*, Decisión sobre competencia judicial, 27 de abril de 2006, n.o 40-45, 109, [se omite la cita a Internet]; *Jan de No V. Egipto*, Decisión sobre competencia judicial, 16 de junio de 2006, n.o 69-71, [cita a Internet omitida]; *Telenor c. Hungría*, Premio, 13 de septiembre de 2006, n.o 34, 53, 68, 80 [se omitió la cita a Internet].

Tribunal debería estar convencido de que, *si* los hechos alegados por *Saipem* resultaban finalmente verdaderos, podrían constituir una violación del artículo 5 del APPRI". Añadió que "a este respecto, el Tribunal está de acuerdo con la observación en *United Parcel Service* <sup>161</sup>*c. Gobierno del Canadá* de que "la referencia a que los hechos alegados son 'capaces' de constituir una violación de las obligaciones invocadas, en lugar de su "cayendo dentro" de las disposiciones, puede ser de poca o ninguna consecuencia."<sup>162</sup>

174. La decisión en *Phoenix Action Ltd. v. La República Checa* proporciona una mayor orientación. La prueba, que afirmaba que "[l]os supuestos hechos denunciados, tenían que ser aceptadas *pro tem* en la fase jurisdiccional."<sup>163</sup>

175. La excepción es cuando el Demandado expone pruebas creíbles de "hechos" para contradecir las alegaciones del Demandante con respecto a la jurisdicción. En ese momento, el Tribunal tendrá que resolver al fondo la controversia fáctica relativa a la cuestión

---

<sup>161</sup> *Id.* ¶ 86 (sin cursivas en origen), citando a *Impregilo c. Pakistán* *Supra* nota 155.

<sup>162</sup> *Id.*, citando a *United Parcel Service c. Gobierno de Canadá* [TLCAN], Decisión sobre competencia, 22 de noviembre de 2000, ¶36 [cita a Internet omitida].

<sup>163</sup> *Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April 15, 2009, at ¶ 62.

jurisdiccional o de otro tipo.<sup>164</sup> Por lo tanto, el Tribunal de *Phoenix Action* declaró:

Si... los hechos alegados son hechos sobre los que recae la competencia del tribunal, parece evidente que el tribunal tiene que decidir sobre estos hechos, si se impugna entre las partes, y no puede aceptar los hechos según lo alegado por el demandante. El tribunal debe tener en cuenta los hechos y su interpretación según lo alegado por el demandante, así como los hechos y su interpretación según lo alegado por el demandado, y tomar una decisión sobre su existencia e interpretación adecuada.<sup>165</sup>

**(i) Una Declaración Sucinta Sobre La Prueba Adecuada**

176. El Tribunal de *Phoenix Action* declaró que si un tribunal no puede determinar si "existe una inversión protegida" en la fase jurisdiccional, entonces la pregunta "debe unirse al fondo."<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> *Id.* ¶61.

<sup>165</sup> *Id.* ¶ 63.

<sup>166</sup> *Id.* ¶61; *ver también*, Convenio del CIADI, Art. 41(2) (declarando que los tribunales tienen la facultad discrecional de determinar una cuestión jurisdiccional "como cuestión preliminar o para unirla al fondo de la diferencia."); *C.*

177. La autoridad que adopta la metodología de la jueza Rosalyn Higgins estableció cinco elementos esenciales que son fundamentales para su perfecto funcionamiento.

178. En primer lugar, el Tribunal debe aceptar las alegaciones *pro tem* de la Demandante. Las alegaciones deben ser concebidas de una presunción de corrección a falta de una impugnación fáctica específica que pueda ponerlas en controversia real.<sup>167</sup>

179. En segundo lugar, la Demandante sólo tiene que hacer una *prima facie* que se muestre en los escritos procesales. Por lo tanto, el enfoque aplicable requiere probar la suficiencia del cumplimiento para determinar si, de ser cierto, daría lugar a una violación de tratado útil.<sup>168</sup>

---

*Schreuer, et al.*, La Convención del CIADI: Un comentario, Art. 41, 80 ("La necesidad de una unión al fondo es evidente cuando la respuesta a las preguntas jurisdiccionales depende de testimonios y otras pruebas que sólo pueden obtenerse a través de una audiencia completa del caso.")

<sup>167</sup> *Saipem, Supra* nota 138, 86 (declarando que "[l]a Tribunal debe determinar ahora si las reclamaciones 'están comprendidas en el ámbito de aplicación del TBI, suponiendo *Para Tener* que pueden ser sostenidos sobre los hechos."), citando a *Impregilo c. Pakistán, supra* nota 155, en el ¶ 263.

<sup>168</sup> *See, e.g., Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, supra* note 147, ¶ 69 (aplicando *prima facie* la prueba como la norma aplicable), y citando a

180. En tercer lugar, tras la realización de una *presunción prima facie*, la carga se traslada al demandado para demostrar que no existe jurisdicción *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* o *ratione voluntatis*. Si el Demandado conlleva esa carga, las objeciones podrán ser concedidas. Si el Demandado no asume con esa carga, se deniegan las objeciones. Si el Tribunal no puede formular la determinación sobre las pruebas que tiene ante sí, la cuestión debe estar unida al fondo.<sup>169</sup>

181. En cuarto lugar, por lo tanto, un Demandante en la fase jurisdiccional sólo tiene que establecer una presunción *prima facie* de que se cumplen todas las condiciones necesarias (incluido *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione voluntatis*) para que un tribunal arbitral considere que tiene jurisdicción sobre la reclamación.

182. Un Demandante no necesita probar todas las alegaciones fácticas necesarias para establecer la jurisdicción en el mismo asunto que

---

*Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, *supra* note 155, ¶ 108.

<sup>169</sup> *Phoenix Action*, 61 (si un tribunal no puede determinar si "existe una inversión protegida" en la fase jurisdiccional, entonces la pregunta "debe unirse al fondo").

probaría sus alegaciones fácticas en la etapa de fondo.<sup>170</sup>

183. En quinto lugar, de ello se deduce que el Tribunal debe estar convencido de que, *si* los hechos alegados por el Demandante resultan finalmente ciertos, el Demandante podría demostrar una violación del Tratado.<sup>171</sup>

184. En aras de la exhaustividad, “[l]a referencia a que los hechos que supuestamente eran 'capaces' de constituir una violación de las obligaciones invocadas, en lugar de su

---

<sup>170</sup> Ver, *E.g. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. La République du Paraguay*, Caso del CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre competencia, 12 de febrero de 2010, *Supra* en la página 12, ¶ 47 (Est  bien establecido que, en la fase jurisdiccional, el Demandante no necesita probar los hechos que alega para declarar una reclamación sobre la cual este Tribunal tiene jurisdicción. Todo lo que el Demandante debe hacer es alegar hechos que, si se demuestran en la etapa de mérito, podrían constituir una violación de las protecciones del Tratado. Es decir, a falta de circunstancias excepcionales, el Tribunal evaluar  si los actos y la omisión del Demandado, tomados como son alegados por el Demandante, son capaces de hacer una violación del tratado, dejando a la etapa de méritos que el Demandante demuestre alegaciones.”)

<sup>171</sup> Ver, *por ejemplo, Saipem c. Bangladesh*, *supra* Nota 138, 86 (En otras palabras, el Tribunal debe estar convencido de que, si los hechos alegados [demandante] finalmente resultan verdaderos, podrían constituir una violación del [Tratado]).

'comprendido en' las disposiciones, puede ser de poca o ninguna consecuencia.”<sup>172</sup>

185. Aquí, los Accionistas de los Estados Unidos han presentado pruebas amplias no sólo estableciendo una presunción *prima facie*, sino también demostrando bajo cualquier norma razonable que este Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* y *ratione voluntatis*. Los reclamantes, como parte de esta presentación, se han incorporado por referencia, con sólo citas seleccionadas articuladas como relevantes, el Aviso y Solicitud de Arbitraje del 24 de enero de 2018 presentado y notificado el 24 de enero de 2018. Esa escritura, junto con sus treinta (30) exposiciones, comprende la Prueba documental 1 de este Memorial. En las secciones siguientes, se analizan los elementos jurisdiccionales cada uno a su vez.

**IV. LOS RECLAMANTES HAN DEMANDADO Y ESTABLECIDO RATIONE PERSONAE, RATIONE VOLUNTATIS, RATIONE TEMPORIS Y RATIONE MATERIAE**

**A. Los reclamantes cumplen ampliamente la limitación *ratione personae* como una cuestión de derecho y hecho**

---

<sup>172</sup> *Id.* ¶ 86, citando a *UPS v. Government of Canada*, ¶ 36.



186. El lenguaje sencillo del TPA contempla la perfección de las reivindicaciones en virtud del Tratado por parte de auténticos ciudadanos duales de *buena fe*. Las dos disposiciones pertinentes del TPA a este respecto son inclusivas y no restrictivas. En marcado contraste con numerosos APPRIs,<sup>173</sup> el Artículo

---

<sup>173</sup> Véase, por ejemplo, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Mauricio y el Gobierno de la República Árabe de Egipto sobre la Promoción y Protección Recíproca de La Inversiones (el "APPRI Mauricio-Egipto", 2014), el Artículo 1.3) define a un "inversor": "inversor": con respecto a cualquiera de las Partes Contratantes, a cualquier persona física o jurídica que haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante, siempre que:

(a) la persona física deriva su nacionalidad en virtud de las leyes de una de las Partes Contratantes y no es simultáneamente nacional de la otra Parte Contratante;

Véase también, Tratado entre el La República de Belarús y la República de la India sobre Inversiones (el "APPRI Belarús-India", 2018), Artículo 1.1.6) define un "inversor" como sigue:

1.6. "inversor":

(a) una persona física, que sea nacional o ciudadana de una Parte de conformidad con su legislación. Una persona física que sea un doble nacional o ciudadano, de conformidad con su legislación, se considerará que es exclusivamente nacional o ciudadano del país de su nacionalidad/ciudadanía dominante y efectiva, cuando normalmente o permanentemente resida. En ningún caso el

12.20 afirma este derecho afirmativo inclusivo al definir "**inversionista de una Parte**" como "Parte o empresa estatal de la misma, o una persona de una Parte, que intenta hacer, está haciendo, o ha hecho una inversión en el territorio de otra Parte; *siempre que se considere que una persona física que es un ciudadano dual es exclusivamente ciudadana del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.*" (Énfasis en negrita en original y énfasis en cursiva suministrada)<sup>174</sup>

187. La política pública subyacente a la ampliación de los derechos en virtud del Tratado se basa en tres premisas fundamentales. Las tres son convincentes.

---

inversionista será nacional de una Parte en cuyo territorio se realice la inversión;

<sup>174</sup> La contrapartida está contenida en el capítulo 10, Art. 10.28, definiendo "inversionista de una Parte". Esta disposición dice lo siguiente:

**inversionista de una Parte** significa una Parte, o una empresa estatal de la misma, o una persona de Parte, que intente hacer, está haciendo o haya hecho una inversión en el territorio de otra Parte; *siempre que una persona física, que sea un ciudadano dual, se considerará exclusivamente ciudadano del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.* (énfasis en negrita en original, cursiva suministrada)

188. En primer lugar, los Estados con economías en transición constatan que la doble ciudadanía conduce a ingresos que afectan materialmente a la economía (i) al alentar a los ex ciudadanos expatriados a invertir en su estado de origen y (ii) proporcionar un marco de bienvenida para los expatriados ciudadanos para regresar, o para perseguir la residencia real en su país de origen, así como "en el extranjero".<sup>175</sup>

189. En segundo lugar, los Estados exportadores de capital generalmente han adoptado el consenso de que la doble ciudadanía en la legislación comúnmente conocida como la "ley de retorno", proporciona incentivos para los descendientes inmediatos de los nacionales de un Estado de origen, o seguidores en el Estado

---

<sup>175</sup> *Vea en general, Reclamaciones de nacionales duales en la era moderna*: El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Nota 83 YO MISMO. L. REV. 597 (1984); Más concretamente, aplicando este principio y política en el contexto del Estado de Liberia, *ver, por ejemplo, James Butty, Estados Unidos, Liberianos Puerro Unidad de Petición de Doble Ciudadanía*, NOTICIAS - VOZ AM. (5 de enero de 2011), <http://www.voanews.com/english/news/africa/Butty-Liberia-Dual-Citizenship-Petition-Drive-Kamara-05january11-112918084.html> (observando cabildeo y otros esfuerzos encaminados a persuadir al gobierno de Liberia para que establezca ciudadanía reconocida en virtud de la legislación liberiana).

religión, para repatriar sin consecuencias prácticas o económicas.<sup>176</sup>

190. 190. En tercer lugar, la calificación sobre la doble ciudadanía sujeta a una prueba de "nacionalidad dominante y efectiva" sirve como filtro o prueba de fuego que identifica los casos en los que se adquirió la doble ciudadanía para eludir en un error fraudulento y no genuino, de manera fide las leyes nacionales del país de origen, por lo general el Estado anfitrión. En el contexto de un TBI o como en este caso el TPA, el hurón de prueba dominante y eficaz elimina el abuso ilícito o fraudulento del proceso (es decir, la compra ilícita de tratados).

(i) **El Caso *Nottebohm***

191. El venerable castaño, ahora en gran medida criticado y desfavorecido, *el Caso*

---

<sup>176</sup> See Citizenship, Dep't Foreign Aff. & Trade, <https://www.dfa.ie/passports-citizenship/citizenship/born-abroad/> (last visited April 11, 2019) (Ir.) (explaining that someone can become an Irish citizen if one of the grandparents was born on the island of Ireland); Acquisition of Israeli Nationality, Isr. Ministry Foreign Aff. (April 13, 2019), <https://mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state/pages/acquisition%20of%20israeli%20nationality.aspx> (explaining that the Law of Return grants every Jew the right to come to Israel and become an Israeli citizen); Italian Dual Citizenship Requirements, It. Dual Citizenship, <http://www.italiandualcitizenship.com/> (last visited April 13, 2019).

*Nottebohm*<sup>177</sup> se atribuye en gran medida al origen de la iteración contemporánea del estándar *dominante y eficaz*. Aunque la historia de *Nottebohm* ha sido contada y recontada es necesario una recitación muy breve y abreviada. A pesar de la proliferación de literatura sobre el tema, poco se ha aportado mediante un análisis sostenido de la naturaleza de la prueba que aplica.

192. En *Nottebohm*, un ciudadano alemán (*Nottebohm*) por nacimiento (1881) solicitó la naturalización en Liechtenstein (1939), mientras todavía tenía la nacionalidad alemana.<sup>178</sup> En 1905, sin embargo, *Nottebohm* "se residencia" en Guatemala.<sup>179</sup> Estableció su sede principal de negocios y residencia en Guatemala hasta 1943.<sup>180</sup>

193. En 1939 *Nottebohm* solicitó la ciudadanía en Liechtenstein y la recibió en octubre de ese año.<sup>181</sup> Basándose en el nuevo estatus de ciudadano suizo de Liechtenstein, el gobierno de Liechtenstein interpuso una demanda ante la CIJ contra Guatemala en nombre de *Nottebohm* solicitando daños y perjuicios y restitución de

---

<sup>177</sup> *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 I.C.J. 4, Second Phase, April 6, 1955.

<sup>178</sup> *Id.* p 13

<sup>179</sup> *Id.*

<sup>180</sup> *Id.*

<sup>181</sup> *Id.*

bienes por lo que alegó que había sido un ilícito detención, detención, expulsión y expropiación de los bienes de *Nottebohm* sin indemnización en violación del derecho internacional.<sup>182</sup>

194. En su respuesta Guatemala “declaró expresamente que no podía ‘reconocer que el Sr. *Nottenbohm*, un sujeto alemán residente habitualmente en Guatemala, ha adquirido la nacionalidad de Liechtenstein sin cambiar su residencia habitual.”<sup>183</sup> La CIJ al examinar la medida de reparación solicitada con respecto a las solicitudes de detención, detención, expropiación y expulsión indebidas, así como la aplicación de la protección diplomática a *Nottebohm*, enmarcó sucintamente la cuestión en una sola frase:

En el presente caso es necesario determinar si la naturalización conferida a *Nottebohm* puede invocarse con éxito contra Guatemala, si, como ya se ha señalado, puede invocarse frente a ese Estado, de modo que Liechtenstein derecho a ejercer su protección a favor de *Nottebohm* contra Guatemala.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> *Id.*

<sup>183</sup> *Id.* p 19

<sup>184</sup> *Id.* p 21

195. La CIJ respondió negativamente a la pregunta. Al hacerlo, la opinión en tres ocasiones articula y se basa en el predecesor sobre la prueba "dominante y eficaz", que expresó como la nacionalidad "real y efectiva."<sup>185</sup>

196. Los elementos a tener en cuenta al aplicar la norma y llegar a una determinación eran amplios, flexibles y no exhaustivos. La CIJ razonó que "se tienen en cuenta los factores que son evidentes, y su importancia variará de un caso a otro: La residencia habitual del individuo en cuestión es un factor importante, pero hay otros factores como el centro de su sus lazos familiares, su participación en la vida pública, su apego mostrado por él para un país determinado, e inculcado en sus hijos, etc."<sup>186</sup>

197. La aplicación de la prueba "real y efectiva" activó mucho más que el enfoque de conteo de frijoles con respecto a las conexiones entre los tres estados: Liechtenstein, Guatemala y Alemania. Se realizó una investigación *cuantitativa* y no un cálculo *cualitativo* de los contactos con los distintos Estados. De hecho, la Corte Internacional de Justicia se esforzó por determinar si la naturalización de Nottebohm en Liechtenstein era de *buena fe* o estratégica para un solo propósito, no fidedigna o falsa.

---

<sup>185</sup> *Id.* at 22, 24.

<sup>186</sup> *Id.* at 22.

198. La Corte determinó que “en contraste [su residencia establecida en Guatemala continuamente durante 34 años], sus conexiones reales con Liechtenstein eran extremadamente tenues. No se instaló, no hay residencia prolongada en ese país en el momento de su solicitud de naturalización: la solicitud indica que estaba visitando allí y confirma ese carácter transitorio de esta visita por su solicitud de que la naturalización los procedimientos deben iniciarse y concluirse sin demora.”<sup>187</sup>

199. Del mismo modo, el Tribunal observó que “no hubo alegación sobre interés económico alguno o de ninguna actividad ejercida o que se ejerciera en Liechtenstein, y no se manifestó intención alguna de transferir la totalidad o parte de sus intereses en sus actividades a Liechtenstein.”<sup>188</sup>

200. En este mismo sentido, observó además que “los únicos vínculos que deben descubrirse entre el Principado y *Nottebohm* son las cortas estancias ya mencionadas en el presente en Vaduz de uno de sus hermanos: pero la presencia de su hermano se menciona en su

---

<sup>187</sup> *Id.* at 25.

<sup>188</sup> *Id.*



solicitud de naturalización sólo como referencia a su buena conducta.”<sup>189</sup>

201. Esta matriz fáctica llevó a la CIJ a concluir que el ejercicio de soberanía de Liechtenstein para otorgar el estatus de ciudadanía a *Nottebohm* no era oponible a Guatemala. Si bien la naturalización puede haberse llevado a cabo en conformidad con la legislación nacional de Liechtenstein, de conformidad con el derecho internacional público, la naturalización tenía un fin específico y carecía de autenticidad:

Estos hechos establecen claramente, por un lado, la ausencia de ningún vínculo de apego entre *Nottebohm* y Liechtenstein y, por otra parte, la existencia de una larga relación entre él y Guatemala, un vínculo que su naturalización no tiene en modo alguno debilitado. Esta naturalización *no se basaba en ninguna conexión previa real con Liechtenstein*, ni alteraba en modo alguno la forma de vida de la persona a la que se confería en circunstancias *excepcionales de alojamiento*. En ambos aspectos, faltaba la *autenticidad necesaria para un acto de*

---

<sup>189</sup> *Id.* at 25-26.

*tal importancia*, si va a tener derecho a ser respetado por un Estado en la posición de Guatemala. Se concedió sin tener en cuenta el concepto de nacionalidad adoptado en las relaciones internacionales.<sup>190</sup>

202. En efecto, la CIJ determinó que *Nottebohm* era una compra de tratado. Este objetivo constituía el propósito singular de la ciudadanía recién adquirida:

La naturalización se hizo para obtener un reconocimiento jurídico de la pertenencia de *Nottebohm* a la población de Liechtenstein, ya que le permitía sustituir su condición de *nacional de un Estado beligerante nacional de un Estado neutral*, con el único objetivo de entrar así en la protección de Liechtenstein pero no estar en sus tradiciones, intereses, su forma de vida o asumir las obligaciones -distintas de las obligaciones fiscales- y el ejercicio de los derechos de relación con el estatuto así adquirido.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> *Id.* at 26. (énfasis suministrado)

<sup>191</sup> *Id.* at 26. (énfasis suministrado)

203. El asunto *Nottebohm* es instructivo con respecto a este procedimiento por dos razones. En primer lugar, contrasta con las alegaciones *ratione personae* y los hechos que se apoderan antes de este procedimiento arbitral. En segundo lugar, el análisis *de la autenticidad* y el *propósito especial* de la CIJ utilizado para fundamentar su criterio "real y dominante" se ha importado al derecho internacional público del criterio dominante y eficaz de la protección de las inversiones.

204. En cuanto a la primera de estas dos consideraciones, cinco observaciones están en orden. En primer lugar, la CIJ de *Nottebohm* abordó un estatuto de ciudadanía de segunda vez en el tiempo de conformidad con la *naturalización*. Tal no es el caso aquí. Los demandantes Alberto Carrizosa, Felipe Carrizosa y Enrique Carrizosa nunca se convirtieron en ciudadanos estadounidenses en virtud de un procedimiento derivado de una solicitud de naturalización. Aunque los tres Demandantes nacieron en Colombia, en el momento del nacimiento, su madre era una ciudadana estadounidense de origen letón.

<sup>192</sup> En consecuencia, consonantes con el Anexo 1.3

---

<sup>192</sup> *Ver* Declaración de testigo de Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶¶ 5-6, Declaración de testigo de Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶¶ 6-8, Declaración de testigo de Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶¶ 2-5, and Declaración de testigo de Astrida Benita Carrizosa (CWS-4) ¶¶ 1-4

del TPA, Alberto Carrizosa, Enrique Carrizosa y Felipe Carrizosa son nacionales y ciudadanos de los Estados Unidos que no alcanzaron ese estatus en virtud de un proceso de naturalización, sino nacimiento a pesar de haber nacido tanto fuera de los límites geográficos de los Estados Unidos y su posesión periférica.”<sup>193</sup>

205. La Sección 14.01(g) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad de los Estados Unidos es relevante porque establece que los Demandantes, aunque nacieron fuera de los límites geográficos de los Estados Unidos y sus

---

<sup>193</sup> Annex 1.3 (Country-Specific Definitions), in part reads:

For purposes of this Agreement, unless otherwise specified:

**natural person who has the nationality of a Party** means:

(a) with respect to Colombia, Colombians by birth or naturalization, in accordance with Article 96 of the *Constitución Política de Colombia*; and

(b) with respect to the United States, ‘national of the United States’ as defined in the existing provisions of the *Immigration and Nationality Act*; and ...

territorios, son ciudadanos estadounidenses y fueron ciudadanos estadounidenses décadas antes de que esta causa madurase. Esta disposición dice lo siguiente:

**§ 1401. Nacionales y ciudadanos de Estados Unidos al nacer**

Los siguientes serán nacionales y ciudadanos de los Estados Unidos al nacer:

(g) persona nacida fuera de los límites geográficos de los Estados Unidos y sus posesión periférica de padres de los cuales es un extranjero, y la otra un ciudadano de los Estados Unidos que, antes del nacimiento de esa persona, estaba físicamente presente en los Estados Unidos o su posesiones mentirosas por un período o períodos que suman no menos de cinco años, al menos dos de los cuales fueron después de alcanzar la edad de catorce años.

206. La madre de los demandantes, Astrida Benita Carrizosa nació en Riga, Letonia en 1939.<sup>194</sup> En aproximadamente 1949, cuando ella

---

<sup>194</sup> See Astrida Benita Carrizosa Witness Statement (CWS-4) ¶ 6.

tenía sólo 10 años de edad, ella y su familia se mudaron a los Estados Unidos. Se convirtió en ciudadana estadounidense antes de cumplir 16 años.<sup>195</sup> .

207. La Sra. Carrizosa, de hecho, vivió en Cleveland, Ohio y asistió a Hillsdale College en Hillsdale, Michigan desde septiembre de 1957 hasta junio de 1959.<sup>196</sup> Luego asistió a la Universidad Case Western Reserve en Cleveland, Ohio, donde recibió una licenciatura en idiomas (Clase de 1962).<sup>197</sup> La Sra. Carrizosa nunca abandonó su ciudadanía estadounidense y sigue siendo ciudadana estadounidense a la fecha de este escrito.<sup>198</sup>

208. De hecho, la Sra. Carrizosa ha testificado que al casarse con su esposo en Colombia, la pareja estuvo de acuerdo en que sus hijos serían criados como ciudadanos estadounidenses.<sup>199</sup> Esa es la razón por la que fueron educados como ciudadanos

---

<sup>195</sup> *Id.* ¶ 4.

<sup>196</sup> *Id.* ¶ 6.

<sup>197</sup> *Id.* ¶ 7

<sup>198</sup> *Ver* Declaración de Testigo de Astrida Benita Carrizosa (CWS-4) ¶¶ 2, 4.

<sup>199</sup> *Id.* ¶ 10.

estadounidenses, o como '*gringos*', como se les conoce en Colombia.<sup>200</sup>

209. Por lo tanto, a diferencia de *Nottebohm* se dirigió al esfuerzo de naturalización, la doble nacionalidad de los accionistas estadounidenses no se refería en absoluto a un procedimiento de naturalización. Precedió por décadas a la ratificación del TPA, y mucho antes de la sentencia del 25 de junio de 2014 por la Corte Constitucional denegando el incidente de nulidad presentado por el Consejo de Estado.

210. En segundo lugar, en *Nottebohm* la CIJ determinó que *Nottebohm* buscaba la naturalización en Liechtenstein “no tanto con el fin de obtener el reconocimiento legal de la pertenencia de *Nottebohm* en la población de Liechtenstein, como lo era para sustituir su condición de nacional de un Estado beligerante con el de un nacional de un Estado neutral, con el único objetivo de entrar así en la protección de Liechtenstein, pero no de tradiciones, intereses, forma de vida o de asumir las obligaciones - distintas de las obligaciones fiscales- y el ejercicio de los derechos relativos a la condición así adquirida.”<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> Ver *Declaración de Testigo de Alberto Carrizosa* (CWS-1) ¶ 36.

<sup>201</sup> *Nottebohm*, *supra* n. 177, ¶¶ 191, 204.

211. El único propósito "compras de tratado" o factor no genuino, no de *buena fe* es inaplicable a los Demandantes. Los demandantes han sido ciudadanos estadounidenses toda su vida.<sup>202</sup> De ello se deduce que, bajo ninguna hipótesis razonable de hecho, lógica o ley, se puede encontrar que se han dedicado -en absoluto- a la compra de tratados u otra premisa no genuina para obtener el estatus de ciudadanía estadounidense. Su respectivo estatus de doble ciudadanía es paradigmáticamente genuino, el tipo de doble ciudadanía que el TPA busca proteger y fomentar.

212. En tercer lugar, la cuestión *de Nottebohm* se refería a la forma en que el cumplimiento de las legislaciones nacionales del Estado [Liechtenstein] naturalizando a un solicitante de un tercer Estado [Alemania] concedió a Liechtenstein derechos o vinculantes para un segundo Estado [Guatemala], como una cuestión de derecho internacional.

213. Por consiguiente, la cuestión fundamental de *Nottebohm* implica la medida en que el ejercicio legítimo del Derecho nacional por parte de un Estado puede injertar *unilateralmente*

---

<sup>202</sup> Declaración del Testigo Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶¶ 2, 6, Declaración del Testigo Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶¶ 2, 8, y Declaración del Testigo Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶2.



obligaciones en virtud del Derecho internacional público a otro Estado.

214. Tal no es el caso aquí. Por el contrario de cualquier imposición *unilateral* a Colombia, el estatus de doble ciudadanía de los Demandantes con fines de otorgar protección a inversionistas en virtud del TPA, es eminentemente *bilateral*. Al convertirse en signatario del TPA, Colombia reconoció y consintió afirmativamente que otorgaría protección de los tratados de inversión a los ciudadanos duales.<sup>203</sup>

---

<sup>203</sup> En cuanto al factor *Unilateral* en *Nottebohm*, la Corte razonó y concluyó:

Por lo tanto, está claro que el Gobierno de Guatemala Considera que hay Son no hay principios firmes de la ley generalmente reconocido con respecto a la nacionalidad, pero que el derecho de Liechtenstein a determinar en virtud de su propia ley que el Sr. Nottebohm era su propio nacional, y la obligación correlativa de Guatemala de reconocer la ley de Liechtenstein en esta intolerancia- no están limitados por normas rígidas de derecho internacional, *Pero solamente por las reglas relativas al abuso de derecho y fraude.*

He mencionado que no hay "convenciones internacionales" involucradas y ese no se ha demostrado ninguna "costumbre internacional". Guatemala ha reconocido que 'no hay sistema de reglas consuetudinarias', pero la teoría del vínculo está respaldada por

215. En cuarto lugar, *Nottebohm* se refería a la protección diplomática. De ello se deduce que las políticas subyacentes y se refiere a incidentes en el derecho internacional público de protección diplomática en muchos aspectos difieren de los que contienen el derecho internacional público de protección de las inversiones extranjeras. Estas diferencias son importantes porque los principios del derecho que rigen la protección diplomática carecen de elementos, como la expectativa de los inversores, la naturaleza y el carácter de *buena fe* de un inversor, así como las cualificaciones limitantes que necesariamente se refieren al ejercicio por un Estado de su soberanía regulatoria y judicial. La consideración sostenida de estos factores refuerza aún más los derechos de protección de las inversiones basadas en tratados de los inversores ciudadanos duales, como los de los reclamantes en el marco del TPA.

216. En quinto lugar, y por último, las complejidades de la aplicación de la norma predecesora, "real y eficaz" en *Nottebohm* se multiplican y empeoran en el contexto de ese caso debido a la presencia de tres Estados:

---

la opinión de que ciertas convenciones internacionales sugieren la existencia de una tendencia.

*Nottebohm, Md., Supra* nota 177.

Esta cuestión está totalmente ausente del caso ante este Tribunal.

Liechtenstein, Alemania y Guatemala. Estas cuestiones no son comunes al arbitraje entre inversionistas y Estados y, por lo tanto, no encuentran resonancia en el caso ante este Tribunal. El análisis aquí es simple. No está empanada por los intereses de un tercer Estado, ni por el marco temporal, las preocupaciones de naturalización de un solo propósito.

217. Además de los contrastes útiles de que los cinco factores mencionados contribuyen a los análisis de este caso, y más en general, al arbitraje entre inversionistas y Estados basado en tratados que aborda la prueba *dominante y efectiva* contemporánea, *Nottebohm* también contribuye con un segundo talismán analítico relevante y útil para la aplicación de la norma. La "prueba de enlace" de *Nottebohm* es una (i) investigación *cualitativa* sobre el (ii) "autenticidad"<sup>204</sup> del estatus de ciudadanía en cuestión durante el (iii) un plazo pertinente. En el caso de *Nottebohm*, el marco temporal del material era "en el momento de su naturalización."<sup>205</sup>

218. Con respecto a estos tres factores, la CIJ trató de "determinar si la nacionalidad concedida a *Nottebohm* por medio de la naturalización es de este carácter o, en otras palabras, si la conexión fáctica entre *Nottebohm* y

---

<sup>204</sup> *Nottebohm, supra* ¶¶ 201, 203.

<sup>205</sup> *Id.* p 24

Liechtenstein en el período anterior, contemporáneo con, y después de su naturalización parece ser lo suficientemente cercano, tan preponderante en relación con cualquier conexión que pueda haber existido entre él y cualquier otro Estado, que es posible considerar la nacionalidad conferida sobre él como *real* y eficaz, como la expresión jurídica exacta de un hecho social de una conexión que salió anteriormente o surgió a partir de entonces.”<sup>206</sup>

219. En el caso ante este Tribunal, la autenticidad del estatus de doble ciudadanía de los Demandantes durante *cualquier* plazo pertinente va más allá de cualquier reparo. Las Declaraciones de Testigos de Alberto, Felipe Carrizosa y Enrique Carrizosa hablan de una "nacionalidad estadounidense [que] es un vínculo legal que tiene como base un hecho social de apegos, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos recíprocos" con respecto a los Estados Unidos.”<sup>207</sup>

(ii) El Caso *Mergé*

220. Decidida sobre los talones del *asunto Nottebohm*, la Comisión de Conciliación Italia-

---

<sup>206</sup> *Id.* p 24.

<sup>207</sup> *Id.* p 23.

Estados Unidos en el asunto *Mergé*<sup>208</sup> aplicó los principios enunciados en *Nottenbohm* para determinar si un doble ciudadano de la Estados Unidos e Italia (Sra. *Mergé*) deben considerarse predominantemente nacionales de los Estados Unidos en el sentido del artículo 78 del Tratado de Paz y se les permite presentar reclamaciones por bienes dañados durante la Segunda Guerra Mundial.

221. Después de examinar una colorida discusión académica que exploró hasta qué punto se excluyó la protección diplomática en casos de doble nacionalidad en los que la persona que es nacional del Estado contra el cual se hace la reclamación por la fuerza de la Doctrina de la Igualdad Soberana de Estado en contraste con el principio de eficacia o dominante a nivel nacional,<sup>209</sup> la Comisión tomó nota de que en el intervalo entre sus reuniones en París y en Roma la CIJ emitió la Decisión *Nottebohm*. Al adoptar los principios de *Nottebohm*, observó:

El principio... basado en la igualdad soberana de los Estados, que excluye la protección diplomática en caso de doble nacionalidad, debe ceder ante el principio de nacionalidad efectiva

---

<sup>208</sup> *Caso Mergé - Decisión No 55*, 10 de junio de 1955, Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos.

<sup>209</sup> *Id.* 241.

siempre que dicha nacionalidad sea la del Estado reclamado.<sup>210</sup>

222. Sin embargo, la aplicación conceptual de la práctica fue que la Comisión entendió *Nottebohm* no como un criterio de admisibilidad, sino como una enunciación de una rúbrica expansiva (i) particular para cada caso, (ii) una donde la "residencia habitual" era solo una de muchos factores a considerar y no un elemento dominante, y (iii) los elementos a pesar no son exhaustivos. La Comisión razonó:

Habida cuenta de los principios aceptados, se considera que el Gobierno de los Estados Unidos de América tendrá derecho a proteger a sus nacionales ante esta Comisión en casos de doble nacionalidad, Estados Unidos e Italia, siempre que la nacionalidad de los Estados Unidos es la nacionalidad efectiva.

Con el fin de establecer la prevalencia de la nacionalidad de los Estados Unidos en casos individuales, la residencia habitual puede ser uno de los criterios de evaluación, *pero no el único*. También debe considerarse la

---

<sup>210</sup> *Id.* 247.

conducta del individuo en su vida económica, social, política, cívica y familiar, así como el vínculo más cercano y eficaz con uno de los dos Estados.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> *Id.* (sin cursivas en el este?)

Comisión pasó a enumerar algunos factores a tener en cuenta. Sin embargo, atemperó esta lista subrayando que, en relación con las premisas a las que acaba de hacer referencia, "los siguientes principios **Puede** servir como guías:

(a) La nacionalidad de los Estados Unidos prevalecerá en los casos de hijos nacidos en los Estados Unidos de un padre italiano y que hayan vivido habitualmente allí.

(b) La nacionalidad de los Estados Unidos también prevalecerá en los casos que involucren a italianos que, después de haber adquirido la nacionalidad de los Estados Unidos por naturalización y por lo tanto han perdido la nacionalidad italiana, han vuelto a adquirir su nacionalidad de origen como cuestión de derecho como resultado de haber permanecido en Italia durante más tiempo. Dos años, sin la intención de volver a transferir su residencia de forma permanente a Italia.

(c) Con respecto al caso de doble nacionalidad que involucra a mujeres estadounidenses casadas con nacionales italianos, la nacionalidad de los Estados Unidos prevalecerá en los casos en que la familia hubiera tenido residencia habitual en los Estados Unidos y los intereses y los vida

223. La prueba cuantitativa *cuantitativa* aplicada en *Nottebohm* y *Mergé* se ha importado al derecho internacional público de protección de las inversiones.

**(iii) El Reclamante, Accionista de Estados Unidos Alberto Carrizosa**

224. 224. El Reclamante Alberto Carrizosa, a modo de ejemplo, testifica que se mudó a Miami (Florida, EE. UU.) en 1983 y en ese momento residía en 3 Grove Isle Drive, Apt. 605, Coconut Grove, Florida 33133.<sup>212</sup> Asistió a la escuela secundaria en Gulliver Preparatory School en Miami, y se graduó en 1984.<sup>213</sup> Al graduarse de la escuela secundaria Alberto Carrizosa asistió a la universidad en la Universidad de Boston, donde recibió una licenciatura en Administración de Empresas. Su dirección en ese momento era

---

profesional del jefe de la familia se establecieron en los Estados Unidos.

(d) En caso de disolución del matrimonio, si la familia se estableció en Italia y la viuda transfiere su residencia a los Estados Unidos de América, se debe evaluar si la nueva residencia es de carácter habitual, caso por caso, teniendo en cuenta también la conducta, especialmente con respecto a la crianza de sus hijos, con el fin de decidir cuál es la nacionalidad predominante. (Énfasis añadido)

<sup>212</sup> Ver Declaración de Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 12.

<sup>213</sup> *Id.* ¶ 13.



1038 Beacon Street, Brookline, Massachusetts  
02446.<sup>214</sup>

225. 225. Después de su graduación de la Universidad de Boston en 1988, Alberto Carrizosa asistió al Instituto de Finanzas de Nueva York, donde tomó cursos de análisis financiero, fusiones y adquisiciones. En ese momento, vivió en la ciudad de Nueva York y trabajó para Shearson Lehman Hutton ("Shearson"). Durante su mandato con Shearson, el Sr. Carrizosa se convirtió en titular de la licencia de la Serie 7 y obtuvo la licencia para vender todo tipo de valores con la excepción de los productos básicos y futuros.<sup>215</sup> En esa época su oficina estaba ubicada en 31 West 52 nd Street, Nueva York, Nueva York 10019.<sup>216</sup>

226. 226. En 1990, como se detalla más detalladamente en la Declaración de Testigos de Alberto Carrizosa, se trasladó a Colombia. Y el 1 de julio de 1998 Alberto Carrizosa fue ascendido a Presidente del Consejo de Administración de GRANAHORRAR. En esa capacidad, gran parte de su tiempo se destinó a la interacción con FOGAFIN, la Superintendencia, el Banco Central

---

<sup>214</sup> *Id.* ¶ 14.

<sup>215</sup> *Id.* ¶ 20.

<sup>216</sup> *Id.* ¶ 21.

y otras agencias de instituciones financieras del gobierno colombiano.<sup>217</sup>

227. La Declaración de Testigo del Sr. Alberto Carrizosa establece que nunca renunció ni se distanció social, cultural o financieramente de los Estados Unidos. De hecho, Estados Unidos fue el hogar del Sr. Carrizosa no sólo en sus años educativos formativos y adultos, y en su desarrollo profesional en Shearson, sino también en momentos difíciles, como en octubre de 1998 cuando FOGAFIN y la Superintendencia (i) Diluyó ilícitamente el valor de las acciones de GRANAHORRAR al monto nominal de copa 0.01 y (ii) recapitalizó al Banco por un monto de COP 157,000,000,000, tras haber proporcionado a GRANAHORRAR una invitación a capitalizar el pago en esa cantidad dentro de las 14 horas en el mismo día: un plazo que físicamente no se podía cumplir.<sup>218</sup>

228. Alberto Carrizosa testifica además que durante este difícil período de tiempo su inclinación mental y emocional fue regresar a Miami, lo cual hizo. En 2003 trabajó en New World Network como Director hasta el último de 2003. En esa capacidad fue responsable del desarrollo de una empresa de infraestructura de

---

<sup>217</sup> *Id.* ¶ 28.

<sup>218</sup> *Ver*, RFA ¶ 136, n.89, hacienda referencia a la Resolución No. 002, fechada Octubre 3, 1989, anexa como C-20.

telecomunicaciones que desarrolló el Arcos-1 (Americas Region Caribbean Ring System). Este proyecto consistió en un anillo de fibra óptica que conectaba a 14 países de la región de la cuenca del Caribe.<sup>219</sup> Sus lazos con los Estados Unidos son profundos y significativos.

229. En 2005 Alberto Carrizosa se unió a Wireless Ventures USA Inc., un proveedor de TELEVISIÓN HV con sede en McLean, Virginia. Trabajó allí hasta 2007.<sup>220</sup>

230. En 2007 Alberto Carrizosa regresó a Colombia y trabajó en i.C. Interventorías e Construcciones Group.<sup>221</sup>

231. Alberto Carrizosa ha testificado sobre su doble ciudadanía entre Estados Unidos y Colombia. En sus propias palabras explicó que “creció en una familia donde las tradiciones, costumbres y festividades eran las festividades de los Estados Unidos.”<sup>222</sup> Testifica que su “actitud hacia el trabajo y la ética es definitivamente la de los Estados Unidos y [su] idioma principal es el inglés.”<sup>223</sup>

---

<sup>219</sup> Ver Declaración de Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 29.

<sup>220</sup> *Id.* ¶ 28.

<sup>221</sup> *Id.* ¶ 31.

<sup>222</sup> *Id.* ¶ 32.

<sup>223</sup> *Id.* ¶ 34.

232. En relación con esta última propuesta relativa al idioma inglés, cuenta que "el idioma que siempre se habla en casa cuando [él] vivía con [sus] padres y hermanos", era el idioma inglés.<sup>224</sup> Agrega que es "quizás decir que en Colombia [a él y a sus hermanos] se les conoce como 'los *gringos* (los estadounidenses)."<sup>225</sup>

233. En su declaración de testigo, el Sr. Alberto Carrizosa establece contactos cuantitativos y cualitativos adicionales con los Estados Unidos que son importantes para la consideración de la prueba de [nacionalidad] *dominante y efectiva*.<sup>226</sup>

234. Alberto Carrizosa testifica que la mayoría de sus activos pasivos se encuentran en los Estados Unidos.<sup>227</sup> También presenta declaraciones de impuestos en los EE.UU.<sup>228</sup>

235. Alberto Carrizosa usa el pasaporte estadounidense cuando viaja.<sup>229</sup>

---

<sup>224</sup> *Id.* ¶ 36

<sup>225</sup> *Id.*

<sup>226</sup> *Id.* ¶¶ 33-50.

<sup>227</sup> *Id.* ¶¶ 39-45.

<sup>228</sup> *Id.* ¶ 47.

<sup>229</sup> *Id.* ¶ 50.

236. Su testimonio demuestra que vive en Colombia porque es el lugar donde se encuentra su negocio.<sup>230</sup>

237. Alberto Carrizosa hace aportes a una cuenta de ahorros para su jubilación que se encuentra en los Estados Unidos.<sup>231</sup>

238. Es dueño de una propiedad en los EE.UU. y paga impuesto *ad valorem* (impuesto sobre la propiedad) en los EE.UU.<sup>232</sup>

239. Él, justificadamente, esperaba que el TPA protegiese sus inversiones en Colombia y por esta razón no transfirió su negocio fuera de Colombia.<sup>233</sup>

**(iv) El Reclamante, Accionista de Estados Unidos Felipe Carrizosa**

240. Felipe Carrizosa asistió primero a una escuela estadounidense en Colombia y luego, desde 1983 (i) escuela secundaria Gulliver Preparatory

---

<sup>230</sup> *Id.* ¶ 45.

<sup>231</sup> *Id.* ¶ 43.

<sup>232</sup> *Id.* ¶ 44.

<sup>233</sup> *Id.* ¶ 92.

School y (ii) a Lehigh University en Bethlehem, Pensilvania en los Estados Unidos.<sup>234</sup>

241. Testifica “que todos [sus] intereses personales están centrados en los Estados Unidos.”<sup>235</sup>

242. También cuenta cómo sus padres siempre quisieron que [él] creciera y fuera educado como ciudadano estadounidense. Como resultado de esa perspectiva, todas las tradiciones familiares, festividades y acontecimientos siempre se han basado en la cultura estadounidense, y en la mayoría de los casos los celebran en Estados Unidos.<sup>236</sup>

243. Felipe Carrizosa testifica que “el idioma en la casa de sus padres, y ahora en su casa es el inglés.”<sup>237</sup>

244. El testimonio establece que las dos hijas de Felipe Carrizosa son ciudadanos estadounidenses que viajan con pasaporte estadounidense, asisten a una escuela estadounidense en Bogotá (Colegio Nueva Granada) y frecuentes campamentos de verano en

---

<sup>234</sup> Ver Declaración de Testigo de Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶¶ 12-13.

<sup>235</sup> *Id.* ¶ 24.

<sup>236</sup> *Id.* ¶ 23.

<sup>237</sup> *Id.*

los Estados Unidos.<sup>238</sup> Felipe quiere que sus hijas completen su educación en los Estados Unidos y encuentren un trabajo allí.<sup>239</sup>

245. Felipe afirma que él y su familia “tienen una conexión especial con Florida. Cuando el trabajo y otros compromisos lo permiten, [Felipe y su familia] pasan tiempo en su residencia en Miami.”<sup>240</sup> Esa propiedad se encuentra en 17475 Collins Avenue, Unit 1102, Sunny Isles, Florida.<sup>241</sup> En cuanto a tener un vínculo genuino y un hecho social de vinculación con los Estados Unidos, Felipe Carrizosa se describe a sí mismo como un ciudadano de los EE. UU.<sup>242</sup> Siempre viaja internacionalmente usando su pasaporte de los Estados Unidos.<sup>243</sup>

246. La única razón por la que se identifica como colombiano en Colombia es para cumplir con el artículo 22 de la Ley 43 de 1993 según la cual:

El nacional colombiano que  
posea doble nacionalidad, *en el  
territorio nacional*, se someterá

---

<sup>238</sup> *Id.*

<sup>239</sup> *Id.* ¶ 28.

<sup>240</sup> *Id.* ¶ 31.

<sup>241</sup> *Id.* ¶ 34.

<sup>242</sup> *Id.* ¶ 32.

<sup>243</sup> *Id.* ¶ 36.

a la Constitución Política y a las leyes de la República. En consecuencia, su ingreso y permanencia en el territorio, así como su salida, deberán hacerse siempre en calidad de colombianos, *debiendo identificarse como tales en todos sus actos civiles y políticos.*<sup>244</sup>

247. Agrega que "en otras palabras, incluso si nunca hubiera estado en Colombia, la ley me obligaría a identificarme como ciudadano colombiano al entrar en Colombia por primera vez."<sup>245</sup>

248. En su declaración testimonial de Felipe Carrizosa establece vínculos adicionales y proposiciones fácticas de las que lógicamente puede deducirse que tiene un vínculo genuino y verdadero con los Estados Unidos que surge de un hecho social de aceptación de *buena fe*.

249. Felipe Carrizosa testimonia que la mayoría de sus activos líquidos pasivos se encuentran en Estados Unidos (ahorros).<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> *Id.* ¶ 37 (énfasis añadido), cita al idioma original f.n. 2.

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> *Id.* ¶ 33.



250. Su testimonio demuestra que vive en Colombia porque es el lugar donde se encuentra su negocio.<sup>247</sup>

251. Felipe Carrizosa realiza aportes a una cuenta de propósito especial para su retiro que se encuentra en los Estados Unidos..<sup>248</sup>

252. Él tiene propiedades en Estados Unidos.<sup>249</sup> y paga impuesto *ad valorem* (impuesto a la propiedad) en Estados Unidos.<sup>250</sup>

253. Felipe Carrizosa testifica que justificadamente esperaba que el TPA protegiese sus inversiones en Colombia.<sup>251</sup>

**(v) El Reclamante, accionista de Estados Unidos Enrique Carrizosa**

254. Enrique Carrizosa testifica que aunque nació en Bogotá, sus recuerdos de niño están asociados, casi exclusivamente, con los EE. UU.<sup>252</sup> Explica que cuando tenía 8 años su familia

---

<sup>247</sup> *Id.* ¶ 32.

<sup>248</sup> *Id.* ¶ 24.

<sup>249</sup> *Id.* ¶ 34.

<sup>250</sup> *Id.* ¶ 24.

<sup>251</sup> *Id.* ¶ 70.

<sup>252</sup> *Ver* Declaración de Testigo de Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 6.

se mudó a los EE. UU. . Esa dirección fue 3 Grove Isle Drive, Apt. 6, Coconut Grove, Florida 33133.<sup>253</sup>

255. Enrique Carrizosa asistió a la Academia Gulliver y la Escuela McGlaggan en Miami, Florida, de 1983 a 1986.<sup>254</sup>

256. Entre 1986 y 1993, Enrique Carrizosa residió en Colombia y continuó su plan de estudios en la escuela de los Estados Unidos en Bogotá.<sup>255</sup> Además, durante ese período de tiempo, sin embargo, viajó muy a menudo hacia y desde los Estados Unidos. De hecho, todas las vacaciones y las vacaciones de verano pasaron en Miami, Florida.<sup>256</sup>

257. Su testimonio indica que aproximadamente pasó cuatro meses de cada año en Miami, Florida, durante este período de 7 años. Los mejores y más cercanos amigos de Enrique Carrizosa viven en Miami, Florida.<sup>257</sup> Entre 1993 y 2004, Enrique Carrizosa vivió en la ciudad de

---

<sup>253</sup> *Id.*

<sup>254</sup> *Id.* ¶ 7.

<sup>255</sup> *Id.* ¶ 8.

<sup>256</sup> *Id.* ¶ 9.

<sup>257</sup> *Id.* ¶ 9.

Evanston en Chicago, en el estado de Illinois, EE. UU.<sup>258</sup>

258. En 1993 se matriculó en Northwestern University y recibió una licenciatura en ingeniería industrial en 1998.<sup>259</sup>

259. Al graduarse entre 1998 y 2001, Enrique trabajó como Consultor en Marakon Associates en Chicago. Marakon and Associates es una firma de estrategia corporativa. El trabajo de Enrique Carrizosa consistió en identificar oportunidades de negocios y desarrollar estrategias.<sup>260</sup>

260. Entre 2001 y 2003, Enrique Carrizosa se inscribió en la Kellogg School of Management en Northwestern University, donde recibió un MBA. Durante ese tiempo (2002) completó una pasantía en IBM en Armonk, Nueva York. Desde 2003 hasta 2004, Enrique Carrizosa trabajó en Chicago, Illinois, para Bain & Co. como consultor.<sup>261</sup>

261. En 2004 regresó a Colombia para atender negocios y ha ocupado varios cargos.

---

<sup>258</sup> *Id.* ¶ 10.

<sup>259</sup> *Id.* ¶ 11.

<sup>260</sup> *Id.* ¶ 13.

<sup>261</sup> *Id.* ¶ 16.

Ahora es presidente de la Junta del Grupo IC y supervisa a aproximadamente 420 empleados, incluidos gerentes de área, profesionales [por ejemplo, contadores, abogados e ingenieros, entre otros] y personal no especializado.<sup>262</sup>

262. Enrique Carrizosa está casado con una ciudadana de los Estados Unidos y tiene dos hijas, las cuales son ciudadanas de los Estados Unidos. Asisten a la escuela estadounidense en Bogotá.<sup>263</sup> El testimonio de Enrique Carrizosa sobre lo que él considera su estatus de ciudadanía predominante no podría ser más claro. Además de tener el inglés como el "idioma en el hogar", su familia inmediata también se suscribe a la cultura y las tradiciones de los EE. UU.<sup>264</sup>

263. Enrique Carrizosa testifica con respecto a su doble ciudadanía de la siguiente manera:

Toda mi vida la cultura de los Estados Unidos ha sido la única cultura con la que me relacioné. Asistí a escuelas de EE.UU. Que enseñaban sistemas, currículos y valores de EE.UU.... Mi esposa y yo queremos que nuestras hijas completen su educación y

---

<sup>262</sup> *Id.* ¶ 17.

<sup>263</sup> *Id.* ¶ 31.

<sup>264</sup> *Id.* ¶ 30.

encuentren un trabajo en los Estados Unidos.<sup>265</sup>

264. Enrique Carrizosa usa el pasaporte de Estados Unidos cuando viaja.<sup>266</sup>

265. Él justificadamente esperaba que el TPA protegiese sus inversiones en Colombia.<sup>267</sup>

266. La mayoría de sus activos generadores de ingresos se encuentran en los Estados Unidos.<sup>268</sup> Él presenta declaraciones de impuestos en los Estados Unidos.<sup>269</sup>

267. Enrique Carrizosa tiene su cuenta de retiro en los Estados Unidos.

268. Enrique Carrizosa posee una propiedad en los Estados Unidos y paga impuestos *ad valorem* (impuesto a la propiedad) en los Estados Unidos.<sup>270</sup>

269. El testimonio del Reclamante ante este Tribunal es diferente de *Nottebohm*, pero está

---

<sup>265</sup> *Id.* ¶ 30.

<sup>266</sup> *Id.* ¶ 38.

<sup>267</sup> *Id.* ¶ 70.

<sup>268</sup> *Id.* ¶ 34.

<sup>269</sup> *Id.* ¶ 41.

<sup>270</sup> *Id.* ¶ 37.

legalmente dentro de su alcance. No es posible analizar estos testimonios y concluir que se aseguró la doble ciudadanía, como en *Nottebohm*, con el único propósito de obtener algún tipo de beneficio estratégico, en este caso de un Estado anfitrión.

270. De manera similar, la situación de doble ciudadanía de los Demandantes es genuina, de buena fe y ciertamente anterior a (i) las inversiones en cuestión, y (ii) las violaciones al Tratado que subyacen a esta causa.

271. Los reclamantes representan precisamente el tipo de ciudadanía dual cuyas inversiones contemplaba la protección del TPA.<sup>271</sup> Sin duda, su “nacionalidad es un vínculo legal que tiene como base un hecho social, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos.”<sup>272</sup>

**(vi) Como Un Asunto De Reclamo Y De Prueba, Los Reclamantes Han Cumplido Ampliamente Con El Estándar De Nacionalidad Dominante Y Efectiva Adoptado Por Parte De Los**

---

<sup>271</sup> *Nottebohm*, *supra* note 177.

<sup>272</sup> *Id.* at 23.

## Tribunales Arbitrales Basados En Tratados

272. A la fecha de este escrito, ningún tribunal ha interpretado la prueba dominante y efectiva bajo el TPA. Varios tribunales, no todos ellos interpretando una disposición dominante y efectiva similar a los Artículos 10.28 y 12.20 de la TPA, han aplicado la prueba de "efectivo" o "vínculo genuino" de *Nottebohm* para determinar hasta qué punto se garantiza el estado de ciudadanía dual o naturalizada para burlar lo que de otro modo podría ser el efecto excluyente de la nacionalidad del Estado receptor.

### a. *Micula v. Rumania*

273. El razonamiento y la decisión del tribunal arbitral en *Ioan Micula, et al. v. Rumania*,<sup>273</sup> es particularmente perspicaz debido a su análisis de *Nottebohm*, aunque reconoce su inaplicabilidad a los hechos particulares de ese caso.

274. El caso se decidió de conformidad con el APPRI Suecia-Rumania, que no dice nada sobre

---

<sup>273</sup> *Ioan Micula, Viorel Micula, F.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20 (decision on jurisdiction and admissibility) (Septiembre 2008).

la doble ciudadanía y, por lo tanto, la prueba dominante y efectiva.

275. Sin embargo, lo que se cuestionaba era si la nacionalidad de dos ciudadanos suecos de origen rumano que se admitían naturalizados era oponible a Rumania. Específicamente, la Demandada afirmó que las dos personas físicas que participan como Demandantes no tenían derecho al ejercicio de protección por tratado de Rumania porque “un estado con el cual la parte lesionada (o aquí, un "inversionista") tiene vínculos abrumadoramente más fuertes que el estado bajo la nacionalidad de la reclamación que se está planteando tiene derecho a anular dicha reclamación sobre la base de esos vínculos abrumadores (la ausencia de vínculos materiales con el estado de la nacionalidad).”<sup>274</sup> La prueba “efectiva-genuina” se activó en virtud de la afirmación de la Demandada de que:

La regla de la nacionalidad efectiva se aplica incluso cuando solo hay una nacionalidad en juego como se confirma en el caso *Nottebohm* [Citación omitida], la Corte Internacional de Justicia sostuvo que una persona que no tenga un vínculo genuino o efectivo con el estado no podría invocar la nacionalidad de ese

---

<sup>274</sup> *Id.* ¶ 71.



estado contra otro estado, con el que ese individuo tiene una conexión larga y estrecha.<sup>275</sup>

276. El Tribunal resumió las aseveraciones de la Demandada de la siguiente manera:

En este caso, la Demandada argumenta que la nacionalidad sueca [de las Demandantes] es efectiva y se obtuvo únicamente "para promover su propósito" [cita omitida]. Al observar si existe una conexión genuina, la Demandada concluye sobre la base de un informe de investigación [cita omitida] [que los Demandantes] residen permanentemente y permanecen físicamente casi constantemente en Rumania. También encuentra que sus intereses profesionales y económicos, así como sus lazos culturales, sociales y familiares están en y con Rumania. Como resultado de estos vínculos fuertes y continuos con Rumania, a los [Demandantes] se les impide invocar su nacionalidad sueca con respecto a Rumania [cita omitida].<sup>276</sup>

---

<sup>275</sup> *Id.* ¶ 72.

<sup>276</sup> *Id.* ¶ 74.

277. El Tribunal rechazó estas afirmaciones y encontró que la afirmación de la Demandada de que la nacionalidad sueca de las Demandantes no podía ser vinculante para Rumania debido a los presuntos vínculos tenues de las Demandantes con Suecia, no tenía fundamento.<sup>277</sup>

278. A pesar de que el tribunal arbitral en *Micula* reconoció que *Nottebohm* no puede interpretarse como aplicable al caso o para establecer una excepción que prohíba a un Estado hacer la vista gorda a "la nacionalidad única de un individuo sobre la base del hecho de que este individuo ha no residió en el país de su nacionalidad por un período de tiempo ", aplicó hipotéticamente la prueba de vínculo genuino o efectivo.

279. La aplicación de *Nottebohm* llevó al tribunal a concluir que "los vínculos [de los Demandantes] con Suecia no son de la naturaleza necesaria para exigir que el Tribunal que cuestione la efectividad de la nacionalidad sueca [de los Demandantes] o su oponibilidad a Rumania."<sup>278</sup> Llegó a esta determinación al considerar las siguientes seis proposiciones, todas las cuales, se aplican en el caso ante este Tribunal

---

<sup>277</sup> *Id.* at 105.

<sup>278</sup> *Id.* at 104.

en lo que respecta a los tres reclamantes, Alberto Carrizosa, Enrique Carrizosa y Felipe Carrizosa:

Primero, se señaló que los Demandantes tenían “activos en Suecia”;<sup>279</sup>

Segundo, uno de los Demandantes tenía "suegros... que vivían en Suecia";<sup>280</sup>

En tercer lugar, una de las Demandantes tenía "dos hijas [que eran] nacionales suecas";<sup>281</sup>

Cuarto, los Demandantes “tienen la intención de retirarse en Suecia”;<sup>282</sup>

En quinto lugar, los Demandantes hicieron aportes a “fondos de pensión para ese efecto”;<sup>283</sup>

---

<sup>279</sup> *Id.* ¶ 104. El testimonio ante este tribunal es que los tres Demandantes tienen activos en los Estados Unidos. *Ver* Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶¶ 39, 45, Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶¶ 32-34, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶¶ 33-35.

<sup>280</sup> *Id.* ¶ 26. Los suegros de Enrique Carrizosa viven en EE.UU.

<sup>281</sup> *Id.*

*Ver* Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶ 27, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 24.

<sup>282</sup> *Id.*

En este caso, los tres reclamantes han declarado su intención de jubilarse en los Estados Unidos. *Ver* Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 43, Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶ 29, and Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 32.

Sexto, el Tribunal observó en su razonamiento que “el hecho de que [los Demandantes] residen actualmente en Rumania no es un factor decisivo. De hecho, está claro que lo han hecho para administrar su negocio y, como lo demuestra [uno de los Demandantes], podrían vivir en otro país si tuvieran su negocio ubicado en otro lugar.”<sup>284</sup>

280. Para estar seguros, la configuración de hecho de *Micula* difiere del caso aquí en cuestión.

281. Como se dijo, el APPRI Suecia-Rumania no dice nada sobre la cuestión de la doble ciudadanía. Además, *Micula* también se refiere a la nacionalidad de un solo Estado, Suecia. A diferencia de *Nottebohm*, donde Guatemala nunca otorgó la nacionalidad de *Nottebohm*, en *Micula* (aunque cuestionada por la Demandada), los demandantes habían rechazado afirmativamente

---

<sup>283</sup> *Id.*

Los reclamantes aquí también ofrecen pagos a fondos de pensiones en los Estados Unidos por la misma razón. Ver Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 43 Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶ 33, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 36.

<sup>284</sup> *Id.*

Lo mismo ocurre en el caso ante este Tribunal. De hecho, los tres reclamantes han declarado que solo viven en Colombia porque es donde se encuentra su negocio. Ver Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 45, Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶ 32, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶¶ 33. (énfasis suministrado)

su ciudadanía rumana cuando se hicieron ciudadanos de Suecia.<sup>285</sup> A pesar de estas diferencias, el análisis en *Micula* es determinante aquí en favor de los accionistas de los Estados Unidos.

282. Al comprometerse en una aplicación hipotética de *Nottebohm*, el Tribunal destacó que la prueba de enlace genuina es de naturaleza *cualitativa*. Esta interpretación de la prueba está respaldada por la construcción que el Tribunal colocó sobre la presencia física dominante de los Demandantes en Rumania, el Estado anfitrión.

283. Dejando a un lado cualquier consideración de la cuestión de un solo Estado, el Tribunal analizó los factores que se relacionaron con la legitimidad y la profundidad del vínculo de los Demandantes con Suecia, a pesar de lo que parecía ser la propuesta no cuestionada de que los Demandados residían habitualmente en Rumania, el Estado anfitrión.<sup>286</sup>

---

<sup>285</sup> *Id.* ¶ 3(a) and (b).

<sup>286</sup> En este sentido en el Laudo de *Micula* en parte pertinente se lee:

En este caso, la Demandada argumenta que la nacionalidad sueca de los Sres. *Micula* es ineficaz y se obtuvo únicamente "para promover su propósito" [cita omitida]. Al observar si existe una conexión genuina, la Demandada concluye, sobre la base de un

---

informe de investigación [cita omitida] que los Sres. *Micula* residen permanentemente y permanecen físicamente casi constantemente en Rumania. También encuentra que sus intereses profesionales y económicos, así como sus lazos culturales, sociales y familiares están en y en qué Rumania. Como resultado de estos vínculos fuertes y continuos con Rumania, los Sres. *Micula* tienen prohibido invocar su nacionalidad sueca con respecto a Rumania [citación omitida].

*Id.* ¶ 74.

La parte demandada también buscó poner en duda la residencia habitual y continua de los Demandantes en Suecia. La referencia a esta evidencia es útil:

Según la Demandada, tal objeción [a la legitimidad de la nacionalidad sueca], si se presentara, golpearía la raíz de la nacionalidad, y sería en lugar de la objeción de "inopabilidad" [cita omitida]. Rumania escribió al Tribunal el 4 de julio de 2008 según lo acordado al final de la audiencia y solicitó una prórroga hasta el 18 de julio de 2008 para presentar una solicitud de autorización para objetar la adquisición de la nacionalidad sueca por parte de [una de las personas físicas]. En su carta, Rumania puso en duda su cumplimiento del requisito de residencia de cinco años para la concesión de la nacionalidad en virtud de la legislación sueca entre febrero de 1989 (fecha de su permiso de residencia permanente) y el 23 de febrero de 1994 (adquisición de la nacionalidad). Rumania no solo cuestionó la intención del [Reclamante] de residir en Suecia, sino que sostuvo que "*no residió 'habitualmente' en*

284. En *Micula*, el Tribunal aceptó la presencia física dominante aumentada en el promedio de Rumania, tanto por alegato como por prueba real. Sin embargo, al considerar la totalidad de las circunstancias, observó que la calidad de la fianza de lealtad de los Demandantes a Suecia superaba con creces la presencia habitual en la contención de Rumania como factor determinante.

285. En esta línea de pensamiento, el Tribunal desestimó correctamente el argumento del "único propósito" de la Demandada porque esa alegación simplemente no era compatible con el vínculo y la unión de lealtad establecidos a Suecia, como lo demuestra la cronología de los eventos materiales, y efectividad"de la nacionalidad sueca [de los Demandantes].<sup>287</sup>

---

*Suecia después de algún tiempo en 1992'*  
[cursiva en el original].

Además, la Demandada argumentó que la validez de la renuncia a la nacionalidad rumana era una condición de validez de la adquisición de la nacionalidad sueca. La renuncia del [Demandante] se basó en el hecho de que residía en Suecia y que no tenía interés en regresar a Rumania, lo que, según la Demandada, resultó ser incorrecto.

*Id.* ¶ 75. (énfasis en original)

<sup>287</sup> *Id.* ¶ 104.

286. Aquí, en el caso ante este Tribunal, los vínculos de los Demandantes con los Estados Unidos son oponibles a Colombia de hecho y de derecho.

287. Estructuralmente y, *en cierta medida*, más cerca del caso ante este Tribunal se encuentra *Olguín v. Paraguay*.<sup>288</sup> Allí, la Demandante, con doble nacionalidad de los Estados Unidos, presentó una reclamación bajo la rúbrica del CIADI contra la República del Paraguay derivada de violaciones a los tratados en relación con una inversión en el sector de procesamiento de alimentos en Paraguay (específicamente una planta de productos de maíz), como propiedad y operado por una entidad en el país.<sup>289</sup> Aunque comprensiblemente, la prueba dominante y efectiva no se consideró porque el APPRI aplicable guarda silencio sobre el tema, el Tribunal expresó sus propuestas relevantes como parte de su análisis y concluyó que carecía de jurisdicción sobre la base del efecto exclusivo del régimen del CIADI sobre el tema.<sup>290</sup>

---

<sup>288</sup> *Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5 (Award) (July 26, 2001).

<sup>289</sup> *Id.* ¶¶ 50-51.

<sup>290</sup> El Laudo no hace ningún esfuerzo por distinguir entre un caso de doble estado y un caso de tres estados. Sobre la base de los hechos que tiene ante sí, la nacionalidad de la Demandante no debería haber dado lugar al despido, ni siquiera en virtud de las restricciones del art 25 de CIADI, por la simple razón de que el estatus de doble nacionalidad



288. Sin embargo, el Tribunal reconoció que “aquí no hubo controversia sobre el hecho de que [el Demandante] tiene doble nacionalidad, y que ambas son efectivas.”<sup>291</sup>

289. El caso ante este Tribunal también ejemplifica las dos nacionalidades, *ambas* de las cuales son efectivas. El análisis relevante implica un examen cercano y sostenido de la naturaleza de la "efectividad" de los respectivos enlaces emocionales con los Estados Unidos y Colombia.

290. El testimonio individual y colectivo de los Demandantes establece que la efectividad del vínculo con Colombia, que es real y genuino, se determina exclusivamente porque es asunto del negocio de los Demandantes. La mayoría de los otros vínculos efectivos culturales, sociales y educativos con Colombia se han minimizado a

---

era el de un tercer Estado y no se refería a los Estados contratantes en virtud del APPRI. El Tribunal ignoró este hecho crítico y también se abstuvo de participar en cualquier análisis del art. 25. En efecto, el Laudo ni siquiera hace referencia a ese artículo. De manera similar, no tiene un análisis de las adjudicaciones que interpretan el Artículo 25. En cambio, el Tribunal razonó que debido a que el Demandante residía en los Estados Unidos y bajo la legislación peruana, el lugar de la dirección registrada es determinante de los "derechos específicos de esa persona ... [la Demandante] no podría reclamar la protección en virtud APPRI [Perú-Paraguay].”

<sup>291</sup> *Id.* ¶ 61. (énfasis suministrado)

elementos esenciales, mitigados o totalmente eviscerados. Si bien los Demandantes ciertamente reconocen las muchas y grandes contribuciones culturales que el excelente Estado colombiano tiene para ofrecer, y de hecho también comparten esa rica cultura, su preferencia ha sido abrazar y enfatizar su herencia de los Estados Unidos.

291. En consecuencia, a pesar de su presencia física en Colombia, la *naturaleza* de ese lugar principal de residencia es importante. Un ejemplo útil de esta proposición y de su análisis concomitante se encuentra en el testimonio de Enrique Carrizosa y Felipe Carrizosa con respecto a la educación de sus respectivos hijos.<sup>292</sup>

292. Las hijas de los reclamantes asisten al Colegio Nueva Granada (anteriormente denominado *The Anglo-American School*).<sup>293</sup>

293. Este colegio tiene un plan de estudios preparatorio para las universidades de los Estados Unidos.<sup>294</sup> Ofrece cursos de “Advance placement” (“AP”) para los cuales las universidades de los EE.

---

<sup>292</sup> El testimonio de Alberto Carrizosa sobre este respecto es silencioso porque no tiene hijos.

<sup>293</sup> Ver Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 31 y Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶ 27.

<sup>294</sup> La dirección del sitio web de la escuela es <https://cng.edu/>. Cabe destacar que el sitio web está en idioma inglés.

UU. otorgan créditos de currículo.<sup>295</sup> La mayoría de las clases se imparten en el idioma inglés.<sup>296</sup> En consecuencia, a pesar de que el Colegio Nueva Granada se encuentra en Colombia, cualitativamente, sus vínculos sustantivos y culturales predominantes son principalmente con los Estados Unidos, su historia, idioma, cultura y tradiciones culturales.

**b. *Ballantine v. República Dominicana***

294. En un caso presentado en septiembre de 2014 como consecuencia de presuntas violaciones del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y Centroamérica, se observó la escasez admitida de laudos arbitrales basados en tratados que interpretan la prueba dominante y efectiva en el contexto del derecho internacional público de protección de inversiones (DR-CAFTA) titulado: *Ballantine v. República Dominicana*.<sup>297</sup> A pesar del paso de cinco años, ese trámite sigue pendiente. La Orden Procesal No. 2, presentada el 21 de abril de 2017, hace apenas dos años, ofrece algunas ideas valiosas que concuerdan

---

<sup>295</sup> *Id.*

<sup>296</sup> *Id.*

<sup>297</sup> *Michael Ballantine v. The Dominican Republic*, PCA Case No. 2016-17 (CAFTA-DR) (UNCITRAL) (September 2014). Notablemente, el abogado del demandado en *Ballantine v. República Dominicana* es el mismo de la República de Colombia en el caso ante este Tribunal.

con la construcción cualitativa expansiva de la prueba dominante y efectiva en cuestión ante este Tribunal.

295. Debido a que el artículo 10.28 del CAFTA-DR es idéntico en todos los aspectos, espere el uso de la palabra "nacional" en lugar de "ciudadano" a la definición de "inversionista de una Parte" en el art. 12.20 de la APT, la metodología que el Tribunal identifica como apropiada, aunque no explique abiertamente el tema, ciertamente es aplicable aquí.<sup>298</sup>

296. Al señalar que "las Partes acuerdan que el CAFTA-DR no expresa ninguna norma para la determinación [*de nacionalidad dominante y efectiva*] y acuerdan que la referencia al derecho internacional es apropiada... [el] Tribunal observa, por lo tanto, que se trata de una cuestión de primera impresión cuando una disposición que

---

<sup>298</sup> El Artículo 10.28 del CAFTA-DR establece:

**Inversionista** de una Parte significa una Parte o empresa estatal de la misma, o un nacional o una empresa de una Parte, que intenta realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; siempre que, sin embargo, una persona física que tenga doble nacionalidad se considere exclusivamente nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva; ... (énfasis en original)

aborda esta norma debería interpretarse en el contexto inversor-Estado-inversión-tratado.”<sup>299</sup>

297. En el párrafo número 25 de la Orden Procesal, el Tribunal se ocupa de su propia exégesis de *Nottebohm* y del caso *Mergé*, aunque de forma algo abreviada en alcance y profundidad.<sup>300</sup> La referencia al párrafo 25 de la Orden Procesal No. 2 obliga a la referencia en su totalidad:

El Tribunal observa que de la letra de esta disposición se desprende que el DR-CAFTA permite que un “inversionista de una Parte” tenga doble nacionalidad. Así, el Tribunal opina que la cuestión clave ante sí es valorar cuál es el significado de las palabras “dominante y efectiva” al determinar la nacionalidad de los Demandantes en el contexto del DR-CAFTA. El Tribunal considera que los elementos analizados por otros tribunales (incluso si no estaban interpretando disposiciones de un tratado de inversión) serán ciertamente relevantes para el

---

<sup>299</sup> Orden Procesal No. 2 ¶ 22.

<sup>300</sup> En la nota al pie n. 27 del párrafo número 25 de la Orden Procesal No. 2, el Tribunal deja claro que se basa en los casos *Nottebohm* y *Mergé*.

análisis del Tribunal, incluyendo, entre otros, el Estado de residencia habitual, las circunstancias en que se adquirió la segunda nacionalidad, el vínculo personal del individuo con un país específico y el centro de la vida económica, social y familiar de la persona.<sup>301</sup>

298. El Tribunal observó que cualquier interpretación exhaustiva de la prueba dominante y efectiva tendría que estar enraizada en las particularidades fácticas del caso que se le había sometido. Observó específicamente tener que examinar (i) “el contexto inmediato” de la matriz de hechos, (ii) la “adquisición de la nacionalidad dominicana” de las Demandantes, (iii) las “razones alegadas para adquirir esa nacionalidad”, (iv) “los hechos rodeado por la inversión” en cuestión, (v) “la conducta del Estado anfitrión frente a los Demandantes,” (vi) “la conducta de los Demandantes con respecto al Estado anfitrión,” y (vii) “la evidencia referente a los hechos anteriores a la fecha de presentación del arbitraje.”<sup>302</sup>

299. La aplicación de estos factores concluye que los Estados Unidos y no Colombia constituyen la ciudadanía dominante y efectiva de los Reclamantes.

---

<sup>301</sup> *Id.* ¶ 25.

<sup>302</sup> *Id.* ¶¶ 26-27.

300. En *Ballantine*, la mayoría del Tribunal optó por denegar la solicitud de bifurcación de la Demandada al señalar que los factores que deben considerarse y “en las circunstancias del presente caso, los hechos relacionados con la Objeción parecen estar entrelazados con los relativos al fondo, lo que justificaría escucharlos juntos.”<sup>303</sup>

301. A pesar de que es un reto reunir una narrativa prístina del expediente de hechos ante el Tribunal, es evidente que *Ballantine* se refiere a un caso de *naturalización voluntaria*, curiosamente en relación con el Estado anfitrión. Este solo hecho hace que se diferencie del caso ante este Tribunal.

302. Los reclamantes en nuestro caso no se sometieron a ningún proceso de naturalización. Por estas razones han sido ciudadanos estadounidenses desde el momento del nacimiento y educados en las formas y tradiciones de los Estados Unidos desde su nacimiento. La ciudadanía estadounidense y las formas de la cultura estadounidense no los visitaron como adultos o adultos jóvenes. Este hecho indiscutible importa. Los demandantes disfrutaron de una disposición y estilo de vida a la que se han adherido desde sus años de formación hasta el presente.

---

<sup>303</sup> *Id.* ¶ 28.

303. El testimonio ante este Tribunal también afirma que los Demandantes compartían la expectativa de que el TPA protegería su inversión en Colombia.<sup>304</sup>

1. **Autoridad de los *Claims Tribunal* en reclamos sobre nacionalidad efectiva y dominante**

304. Ocupando un espacio diferente al derecho internacional de protección diplomática y más cercano al de protección de inversiones están los casos del tribunal iraní-estadounidense. Uno de los primeros casos en decidir el estándar de dominante y efectivo en el contexto de la doble nacionalidad fue *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*<sup>305</sup>.

305. Ese proceso se refería a un doble ciudadano de los Estados Unidos e Irán que presentó una demanda contra un banco por deshonorar un cheque. Analíticamente, el Tribunal desde el principio rechazó una clara afirmación textual de significado que ambas partes afirmaron en relación con la interpretación de la declaración

---

<sup>304</sup> Ver Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 92, Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶ 61, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 70.

<sup>305</sup> *Nasser Esphahanian v. Bank Tejarat*, (Award), IUSCT Case No. 157 (31-157-2) (March 29, 1983).



de liquidación de reclamaciones.<sup>306</sup> La Demandante sostuvo que “el texto es claro e inequívoco, ya que se aplica a todos los nacionales de los Estados Unidos y de Irán, incluidos los de doble nacionalidad, sin restricciones.”<sup>307</sup> La parte demandada en parte afirmó que “Irán no reconoce la doble nacionalidad y no se puede presumir que la haya aceptado cuando se firmó la Declaración.”<sup>308</sup>

306. Al rechazar tanto las reclamaciones por ser fáciles como auto-servidas, el Tribunal de Reclamaciones revisó lo que entendió como literatura legal "contemporánea" sobre el tema de la doble nacionalidad y la norma aplicable, junto con la medida en que el principio de dominante y

---

<sup>306</sup> Article XI(1) de la Declaración de liquidación de reclamaciones en la parte pertinente proporciona:

1. Se establece un tribunal arbitral internacional (el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos) con el fin de decidir las reclamaciones de nacionales de los Estados Unidos contra Irán y las reclamaciones de nacionales de Irán contra los Estados Unidos....

El Artículo VII (1) de la Declaración establece en la parte pertinente que un "nacional" de Irán o de los Estados Unidos, según sea el caso, significa (a) una persona física que es un ciudadano de Irán o de los Estados Unidos....

<sup>307</sup> *Esphahanian v. Tejarat*, *supra* note 305, ¶ 19.

<sup>308</sup> *Id.* ¶ 20.

efectivo para la nacionalidad se corresponde con la estructura de las Declaraciones de Argel, así como con las circunstancias que rodearon la conclusión de dicha declaración.<sup>309</sup>

307. Al proceder así, el Tribunal de Reclamaciones observó que "existe un considerable cuerpo de leyes, precedentes y literatura legal, analizados en este documento, lo que lleva a la conclusión de que la norma aplicable del derecho internacional es la de una nacionalidad dominante y efectiva."<sup>310</sup> El Tribunal de Reclamaciones estudió cuidadosamente el asunto jurisdiccional que tenía ante sí como una presentación de una determinación de si las "conexiones fácticas con los Estados Unidos" de la Demandante en el período anterior, contemporáneas con y después de su naturalización como ciudadano estadounidense

---

<sup>309</sup> *Id.* ¶¶ 38-41.

Se observó que cincuenta y dos ciudadanos estadounidenses fueron incautados en Teherán y en ese momento varios demandantes aseguraron los embargos judiciales relativos a los activos iraníes ubicados en los Estados Unidos. Fue en ese marco fáctico que los gobiernos de los Estados Unidos e Irán acordaron sustituir la jurisdicción del tribunal de reclamaciones por la jurisdicción de los tribunales iraníes y estadounidenses con respecto a las controversias que anteriormente habían constituido la litigios en los tribunales nacionales de ambos países. *Id.* ¶ 41.

<sup>310</sup> *Id.* ¶ 24.

¿son más efectivas que sus hechos y conexiones con Irán durante el mismo período”<sup>311</sup>

308. Incluso desde el marco mismo de la cuestión, el análisis del Tribunal de Reclamaciones comienza a ser ilustrativo y analíticamente útil para los propósitos actuales. El problema jurisdiccional como se enmarca identifica un estándar "*más efectivo que*".<sup>312</sup> El término "más efectivo" que empleó el Tribunal de Reclamaciones refleja un análisis cualitativo de la naturaleza y el tipo de conexiones con los Estados en cuestión, que tampoco es de carácter absoluto.

309. Se prestó una cuidadosa consideración a esta prueba, que consistió en algo más que una simple enumeración o conteo de contactos "relevantes". El Tribunal de Reclamaciones sostuvo que la nacionalidad más efectiva de la Demandante y, por lo tanto, la dominante era la de los Estados Unidos a pesar de observar dos hechos muy relevantes registrados.

310. En primer lugar, se estableció que los "contactos de la Demandante con Irán desde que

---

<sup>311</sup> *Id.* ¶ 48 (énfasis anadido), el *Claims Tribunal citando a Nottebohm* [1955] I.C.J. Rpts. at 24.

<sup>312</sup> *Id.* ¶ 48.

fue a los Estados Unidos para estudiar han sido significativos, pero mucho más limitados.”<sup>313</sup>

311. Como parte de este análisis, se observó que “aparte del contacto con familiares que todavía viven en Irán, [i] ha realizado muchas visitas a Irán, [ii] ha retenido su pasaporte iraní y [iii] 'más importante ha sido su residencia principal allí durante aproximadamente nueve meses de cada uno de los años 1970-77 [iv] donde vivía su familia [v] mientras los niños asistían a la escuela estadounidense en Teherán.”<sup>314</sup>

312. La evidencia también estableció que el Demandante “operó fuera de Irán” y dedicó aproximadamente “un tercio de su tiempo” a esa jurisdicción.<sup>315</sup> En este sentido, el registro también demostró que la familia de la Demandante regresaba anualmente a los Estados Unidos para vacaciones de verano y “mantenía una residencia secundaria allí.”<sup>316</sup> Una parte de los impuestos del Demandante, esa parte atribuida a su trabajo en Irán, se pagó al Gobierno de Irán.<sup>317</sup> De hecho, “todos los sueldos y reembolsos [del demandante] le fueron pagados en Irán en riales..., la mayoría

---

<sup>313</sup> *Id.* ¶ 50.

<sup>314</sup> *Id.* ¶ 50.

<sup>315</sup> *Id.*

<sup>316</sup> *Id.*

<sup>317</sup> *Id.*

de los cuales invirtió en certificados de depósito, que eran la fuente de fondos para el cheque impagado que era la base de [su] reclamo.”<sup>318</sup>

313. Un segundo hallazgo crítico que no impidió que el Tribunal de Reclamaciones sostuviera que los vínculos más efectivos eran con Estados Unidos y no con Irán, fue que el Demandante probablemente haya estado utilizando su nacionalidad iraní “*para disfrazar* el verdadero alcance de [la propiedad interés de una subsidiaria de una entidad con sede en los EE. UU. en Houston].”<sup>319</sup> La preocupación comprensible del Tribunal de Reclamaciones con respecto a este hecho se expresó porque, como se dijo, “es el tipo de uso de una nacionalidad secundaria lo que puede hacer que el Tribunal niegue una reclamación.” No lo hizo porque aparentemente allí [estaba] ‘no hay evidencia de que permitirle a su empleador usarlo como su accionista nominal fuera una parte sustancial de su trabajo, por lo que no parecía que el reclamante

---

<sup>318</sup> *Id.*

<sup>319</sup> *Id.* ¶ 51.

Es significativo que, en cuanto a esta cuestión estrecha pero importante, el Tribunal no haya incurrido en una prueba de causalidad "sino para" que podría haberle llevado a concluir lo contrario. Una interpretación clara de la narrativa fáctica proporcionada en el dictamen establece una base fáctica suficiente para concluir que "pero para" este estatus de ciudadanía Es probable que no hubiera sido empleado.

utilizara ese *subterfugio* de *manera significativa* para obtener beneficios disponibles solo para los ciudadanos iraníes que ahora reclaman.”<sup>320</sup>

314. El examen por el Tribunal de Reclamaciones de estos dos conjuntos de factores sugiere convincentemente un enfoque cualitativo. Probó la naturaleza del contexto.

315. Similarmente ilustrativos son los contactos reales que persuadieron al Tribunal para encontrar que los contactos más efectivos de la Demandante eran con los Estados Unidos. Varios de estos factores fueron enumerados.<sup>321</sup> A pesar de

---

<sup>320</sup> *Id.* ¶ 51.

<sup>321</sup> El Tribunal observó:

Los contactos [de la Demandante] con los Estados Unidos fueron largos y consistentes. [Reclamante] ha residido en los Estados Unidos desde 1946. Sirvió en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos. Se convirtió en ciudadano estadounidense en 1958. Está casado con una mujer estadounidense, y tienen dos hijos que son estadounidenses, no hablan farsi y han sido educados únicamente en escuelas estadounidenses. Excepto por un tiempo limitado durante el período 1970-78 ..., las inversiones de [Demandante] han sido todas en los Estados Unidos. Compró cuatro residencias en los Estados Unidos entre 1957 y 1979. Desde que se convirtió en ciudadano de los Estados Unidos, el [Reclamante] ha pagado impuestos en los Estados Unidos y ha votado en las elecciones en los Estados

esta lista de factores, el Tribunal de Reclamaciones prestó especial atención al llegar a la determinación de que la nacionalidad dominante y efectiva de la Demandante era la de los Estados Unidos, en un factor. Al analizar todas las premisas fácticas que se unen a ambas nacionalidades en su totalidad, se llegó a la conclusión de que “todas las acciones [del Demandante] relevantes para esta reclamación podrían haber sido realizadas por un no iraní.”<sup>322</sup>

316. Esta misma conclusión se aplica al caso que nos ocupa. El testimonio ante este Tribunal establece que la mayoría de los activos pasivos de los Demandantes (es decir, los activos que no generan ingresos del negocio) se encuentran (i) fuera de Colombia y (ii) principalmente en los Estados Unidos.<sup>323</sup> El testimonio es igualmente convincente al afirmar que, pero para la ubicación del negocio en Colombia, las Demandantes vivirían en los

---

Unidos, incluso durante los años 1970-78 cuando estuvo fuera de los Estados Unidos. la mayor parte del año.

*Id.* ¶ 49.

<sup>322</sup> *Id.* ¶ 53.

<sup>323</sup> *Ver* Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶¶ 38-44, Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶¶ 32-34, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶¶ 33-37.

Estados Unidos, en gran medida como lo hizo el análisis del Tribunal *Micula*.<sup>324</sup>

317. *Attaollah Golpira v. Iran*<sup>325</sup> casi decidido simultáneamente con *Esphahanian v. Iran*. Por lo tanto, comparte la distinción de ser uno de los primeros casos en aportar una norma sustantiva a la prueba de nacionalidad dominante y efectiva, aunque también en el contexto de un Tribunal de Reclamaciones. La primera sentencia de la Cámara Dos del Tribunal de Reclamaciones, la ley aplicable, el análisis del problema jurisdiccional hace referencia al caso de *Esphahanian* como firmado "hoy", la misma fecha en que se emitió la opinión del caso *Golpira*.

318. El Tribunal de Reclamaciones de *Golpira* falló a favor de la Demandante en la jurisdicción, determinando que su nacionalidad dominante y efectiva era la de los Estados Unidos, pero a favor de Irán en la reclamación sustantiva que alega la expropiación. El fallo jurisdiccional, muy a lo largo de líneas de *Esphahanian*, enmarcó el problema jurisdiccional ante él como si las "conexiones fácticas de *Golpira* con los Estados Unidos" en el período anterior [1953]<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> *Supra* ¶ 273 citando a *Micula* n. 286.

<sup>325</sup> *Attaollah Golpira v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, IUSCT Case No. 211 (Award No. 32-211-2) (March 1983).

<sup>326</sup> *Id.* ¶ 6.



contemporáneo con [febrero de 1964]<sup>327</sup> y siguiendo su naturalización como ciudadano de los Estados Unidos [de febrero de 1964 a marzo de 1983]<sup>328</sup> ¿Fueron más efectivas que sus conexiones fácticas con Irán durante el mismo período?”<sup>329</sup> Aquí también se produjo un análisis cualitativo.

319. Particularmente revelador es que el Demandante en ese caso, *también relacionado con un procedimiento de naturalización* (que lo distingue materialmente del caso ante este Tribunal), había pasado todos sus años de formación en Irán, que incluía la escuela secundaria, la universidad y la escuela de medicina. (También materialmente distinguible del caso ante este Tribunal)<sup>330</sup> De hecho, fue a la edad de veintiséis años que “[el Demandante] dejó a Irán para realizar una pasantía en Jacksonville, Florida, Estados Unidos de América, donde llegó en 1953.”<sup>331</sup> Además, no fue hasta el 14 de febrero de 1964, *once años después de abandonar Irán*, que el Demandante “se convirtió en ciudadano estadounidense.”<sup>332</sup> El reclamante también

---

<sup>327</sup> *Id.* ¶ 7.

<sup>328</sup> *Id.*

<sup>329</sup> *Id.* ¶ 15 citando a *Nottebohm*.

<sup>330</sup> *Id.* ¶ 6.

<sup>331</sup> *Id.*

<sup>332</sup> *Id.* ¶ 7.

registró a sus dos hijos en la sección consular de la embajada iraní en los Estados Unidos en Washington poco después de que nacieron.”<sup>333</sup> No hay tal analogía en el presente caso.

320. A pesar de estos contactos, el Tribunal de Reclamaciones encontró motivos suficientes para el ejercicio de la jurisdicción fundamentalmente sobre la base de los siguientes dos párrafos:

Los dos hijos [de la Demandante] han sido educados exclusivamente en escuelas de los Estados Unidos. [Reclamante] ha participado regularmente en actividades culturales, cívicas y comerciales en los Estados Unidos. Él es un votante registrado en Maryland, y posee bienes raíces residenciales y comerciales en los Estados Unidos.<sup>334</sup>

Los contactos [de la Demandante] con los Estados Unidos fueron largos y consistentes. Reside en los Estados Unidos desde 1953 y practica la medicina en Baltimore, Maryland desde 1958. Se convirtió en ciudadano estadounidense en 1964. Aunque está

---

<sup>333</sup> *Id.* ¶ 11.

<sup>334</sup> *Id.* ¶ 8.

casado con un iraní, tiene dos hijos que nacieron en los Estados Unidos y han vivido y se han educado únicamente en los Estados Unidos. Toda su vida profesional y prácticamente todas sus inversiones se han centrado en los Estados Unidos. Es propietario de propiedades residenciales y comerciales en los Estados Unidos. Desde que se convirtió en ciudadano de los Estados Unidos, el [Reclamante] ha pagado impuestos de los Estados Unidos y ha votado en las elecciones de los Estados Unidos.<sup>335</sup>

321. Cuando se leen juntos, la totalidad de los contactos y el carácter cualitativo de esos contactos en *Esphahanian* y *Golpira* se comparan muy favorablemente con los contactos de los Demandantes en este caso y ciertamente invitan a un hallazgo de que los Estados Unidos es el lugar dominante y efectivo de ciudadanía dentro del Significado de la TPA. Incluso la revisión más superficial de los párrafos 6 y 16 del caso *Golpira* demuestra que los contactos de los Demandantes, colectiva e individualmente, son al menos tan profundos de conformidad con cualquier consideración cualitativa de estos vínculos.

---

<sup>335</sup> *Id.* ¶ 16 (énfasis añadido).

322. Esta comparación favorable se refuerza aún más cuando los hechos particulares del caso ante este Tribunal se analizan en el marco del derecho internacional público de protección de inversiones. En una era de globalización económica en lugar de un Tribunal de Reclamaciones especial con un número muy limitado de consideraciones políticas relacionadas. Independientemente del prisma político a través del cual se llega a los hechos relevantes para cualquier determinación del alcance y la calidad de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva, los vínculos y lazos de por vida de los Demandantes con los Estados Unidos superan la letanía de consideraciones que enmarcan tanto a los casos de *Esphahanian* y *Golpira*.

**B. Los reclamantes cumplen ampliamente los requerimientos de *Ratione Voluntatis* de derecho y de hecho**

323. El caso ante este Tribunal responde a la rigurosidad *ratione voluntatis*. De hecho, el consentimiento está aquí presente como una cuestión de *súplica y prueba*. El TPA contiene dos disposiciones de consentimiento que este Tribunal debe considerar. Ambos aclaran que Colombia ha dado su consentimiento para arbitrar disputas inversionista-Estado de conformidad con el TPA. En primer lugar, el Artículo 10.17 (**Consentimiento**

de cada Parte en el Arbitraje) en la parte pertinente dice:

1. *Cada parte consiente la presentación de una reclamación para arbitraje en virtud de esta Sección y de conformidad con este Acuerdo.*

324. Los requisitos para dar su consentimiento en virtud del Capítulo 10 del TPA se enuncian en el Artículo 10.18 (**Condiciones y Limitaciones de Cada Parte**).<sup>336</sup>

---

<sup>336</sup> La cita al artículo 10.18 en su totalidad es obligatoria:

1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje en virtud de esta Sección si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el reclamante adquirió por primera vez, o debería haber adquirido por primera vez, el conocimiento del incumplimiento alegado en virtud del Artículo 10.16.1 y el conocimiento de que el reclamante ( Para las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 10.16.1 y el conocimiento de que el demandante (para las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 10.16.1 a)) o de la empresa (para las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 10.16.1,b) ha incurrido en pérdidas o daños y perjuicios.

- 
2. Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje bajo esta Sección a menos que:
- (a) los reclamantes consienten por escrito el arbitraje de acuerdo con los procedimientos establecidos en este Acuerdo; Y
  - (b) el aviso de arbitraje va acompañado,
    - (i) para las reclamaciones sometidas a arbitraje de conformidad con el Artículo 10.16.1(a), por la renuncia por escrito del reclamante y
    - (ii) para las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b), por las exenciones por escrito del demandante y de la empresa de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal administrativo o tribunal bajo la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier procedimiento con respecto a cualquier medida que constituya una violación mencionada en el Artículo 10.16.
3. No obstante lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 2, el demandante (para las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 10.16.1 a)) y el demandante o la empresa (para las reclamaciones presentadas en virtud del artículo 10.16.1 b)) podrán iniciar o proseguir una acción que solicite medidas cautelares y no el pago de daños

---

monetarios ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que la acción se interpusiera con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante la Arbitraje.

4. (a) Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje:

(i) por incumplimiento de una autorización de inversión en virtud del Artículo 10.16.1(i)(b) o del Artículo 10.16.1(b)(i)(B), o

(ii) por incumplimiento de un acuerdo de inversión en virtud del artículo 10.16.1 a) i) C) o del artículo 10.16.1.b)i)(C),

si el demandante (para las reclamaciones presentadas en virtud del punto 10.16.1 a) o el demandante o la empresa (para las demandas presentadas en virtud del punto 10.16.1(b) ha presentado previamente el mismo supuesto incumplimiento al tribunal administrativo o tribunal del demandado, o a cualquier otra controversia vinculante procedimiento de liquidación.

(b) Para mayor certeza, si un reclamante opta por presentar una reclamación del tipo descrito en el apartado a) a un tribunal administrativo o tribunal del demandado, o a cualquier otro procedimiento vinculante de solución de

325. Ninguno de los seis factores calificativos para el consentimiento, según lo establecido en el Artículo 10.18 de la TPA, está aquí presente, como se explica con más detalle a continuación.

326. En particular, además de las disposiciones a medida ofrecidas por las Partes contratantes de conformidad con el Capítulo 12 de la TPA (Servicios financieros), se importan protecciones básicas adicionales al Capítulo 12 de otros capítulos de la TPA para el propósito específico de los beneficios para los inversionistas y las inversiones en el sector de servicios financieros, como es el caso. Por lo tanto, las Partes en la TPA intentaron proporcionar protecciones expansivas a las inversiones e inversionistas del Capítulo 12 más allá de las detalladas en ese capítulo. El Artículo 12.1 (2) amplía la protección disponible bajo el Capítulo 12 incorporando ciertas disposiciones bajo el Capítulo 10 en el Capítulo 12. El Artículo 12.1 (2) establece:

*El Capítulo Diez (Inversión) y el Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) se aplicaron a las medidas*

---

controversias, esa elección será definitiva, y el demandante a partir de entonces no podrá someter la reclamación a arbitraje en virtud de la Sección B.



*descritas en el párrafo 1 solo en la medida en que dichos Capítulos o Artículos de dichos Capítulos se incorporen a este Capítulo.*

...

*(b) La Sección B (Solución de controversias entre inversores y Estados) del Capítulo Diez (Inversión) se incorpora al presente y forma parte de este Capítulo únicamente por reclamaciones de que una Parte ha infringido los Artículos 10.7 (Expropiación y Compensación), 10.8 (Transferencias), 10.12 (Denegación de beneficios) o 10.14 (Formalidades especiales y requisitos de información), tal como se incorpora en este Capítulo.*

327. En consecuencia, los Artículos 10.5 a los Artículos 10.7 están incorporados en el Capítulo 12 de la TPA. Sin embargo, lo más importante es que las Partes contratantes importaron expresamente en el Capítulo 12 el consentimiento para arbitrar las disputas entre inversionistas y Estados disponibles bajo el Capítulo 10 de la TPA.

328. Es necesario subrayar que el art. 10.2 (1) aclara las distintas protecciones disponibles en el Capítulo 10 y el Capítulo 12. En él se establece:

*En caso de inconsistencia entre este Capítulo y cualquier otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia.*

329. La incorporación por referencia del Capítulo 10 es significativa. Esta incorporación establece, entre otras cosas, que las partes contratantes:

- (i) **consintieron** en proporcionar a los inversores extranjeros y las inversiones en el sector de servicios financieros ciertos estándares fundamentales de protección puestos a disposición de los inversores extranjeros en virtud del Capítulo Diez que son adicionales a los previstos en el Capítulo 12; y
- (ii) **han consentido expresa e inequívocamente** en arbitrar las disputas entre inversionistas y Estados en virtud del Capítulo 12 de la TPA.

330. ste marco tiene perfecto sentido racional porque claramente busca otorgar a los inversionistas en el sector de servicios financieros

un conjunto igual de protecciones que aquellos otorgados a otros inversionistas.

331. En consecuencia, la aplicación combinada de las disposiciones pertinentes del art. 12, del art. 10, y el derecho internacional consuetudinario, al tratamiento puesto a disposición de los inversionistas y las inversiones en el sector de servicios financieros, incluye, entre otros, los siguientes estándares de protección:

- (i) Trato justo y equitativo,
- (ii) Expropiación e indemnización,
- (iii) Nación Más Favorecida ("MFN"),
- (iv) Tratamiento Nacional,
- (v) Medios efectivos, y
- (vi) Arbitraje.

332. El artículo 12.3 de la TPA otorga a los inversionistas de servicios financieros el beneficio del trato de la nación más favorecida. Por lo tanto, los inversores en virtud del Capítulo 12 de la TPA pueden importar derechos sustantivos y de procedimiento más allá de los contenidos en los Capítulos Diez y Doce.

**(i) La Cláusula De MFN En El Capítulo 12  
Amplía El Alcance De Protección De La TPA**

333. El TPA tiene dos cláusulas de MFN relevantes. Aunque los Demandantes aquí solo confían en la cláusula MFN contenida en el art. 12.3, para fines interpretativos, la referencia a la cláusula MFN establecida en el Capítulo 10 es útil.

334. El artículo 10.4(2) dice lo siguiente:

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier no Parte con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducta, operación y venta u otra disposición de inversión.

335. Significativamente, esta disposición contiene una calificación *restrictiva* significativa en la nota 2. Esa disposición dice:

Para mayor certeza, 'con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducta, operación y venta u otra disposición de inversiones' a que se hace referencia en los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4

no abarca los mecanismos de resolución de disputas, como los de Sección B [del Capítulo Diez], que están contempladas en tratados internacionales de inversión o acuerdos comerciales.<sup>337</sup>

336. El sentido llano del art. 10.4 La cláusula de MFN, según lo calificado por la nota 2, contempla únicamente la importación de derechos sustantivos y no procesales. Por lo tanto, un reclamante cuyas reclamaciones no se refieren al sector de instituciones financieras, que procesa sus reclamaciones de conformidad con el Capítulo 10 de la TPA, está prohibido de hacer uso de las normas procesales de protección y derechos otorgados a cualquier no parte de conformidad con otro tratado de inversión o acuerdo comercial. El lenguaje textual del Artículo 10.4 (2), en la n. 2 simplemente lo dice. Su interpretación de significado llano ordinario es inequívoca.

337. Los Demandantes han presentado este procedimiento conforme al Capítulo 12. Según lo establecido en la Solicitud de Arbitraje,<sup>338</sup> los Reclamantes son accionistas estadounidenses que tenían acciones en GRANAHORRAR, una institución financiera en Colombia. Ninguna de estas proposiciones es ni puede ser disputada. La

---

<sup>337</sup> Art. 10.4(2) n.2.

<sup>338</sup> Ver RFA 1, 2, 4, 5, 196-197, 204-206, 236.

cláusula de MFN en el Capítulo 12, en la cual los Demandantes se basan, en parte, lee:

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, a las instituciones financieras de otra Parte, a las inversiones de los inversionistas en instituciones financieras y a los proveedores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorga a los inversionistas, instituciones financieras, inversiones de inversores en instituciones financieras y proveedores de servicios financieros transfronterizos de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en circunstancias similares.

338. El Artículo 12.3 (1) *no contiene* el lenguaje restrictivo de calificación que se adjunta al Art. 10.4 (2) en la forma de la nota a pie de página de esa disposición 2. Los dos artículos (Art. 10.4 (2) n.2 y 12.3 (1)) son eminentemente reconciliables conceptual y prácticamente. Incluso si no lo fueran, sin embargo, como se observó anteriormente, el art. 10.2 (**Relación con otros capítulos**) sí dispone que “[i]n el evento de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia.”

## (ii) Cánones Interpretativos Aplicables

339. Es común que los Tribunales de los inversores y los Estados interpreten las cláusulas de la MFN de conformidad con las restricciones impuestas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“VCLT” por sus siglas en inglés). A manera de ejemplo el Tribunal en *National Grid v. Argentina*<sup>339</sup> aplicando la VCLT observó:

Como ha sido ya manifestado por el Tribunal, el Tribunal interpretará el Tratado según lo preceptuado por la Convención de Viena. El Artículo 31 de la Convención dispone que todo tratado internacional ‘deb[e] interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.’ [cita omitida] En cuanto a la intención de las partes, el enfoque de la Convención de Viena y de la CIJ consiste en que ‘lo que interesa es la intención de las partes expresada en el texto, que es la guía más segura para determinar la intención común más reciente de las

---

<sup>339</sup> *National Grid, Plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, (jurisdiction) (June 2006).

partes.’ [cita omitida] La Convención no establece normas diferentes de interpretación para diferentes cláusulas. La misma norma de interpretación se aplica a todas las disposiciones de un tratado, trátase de cláusulas sobre solución de controversias o de cláusulas MFN.<sup>340</sup>

340. Más aun, “[e]l Tribunal observa que la cláusula MFN no se refiere expresamente a solución de controversias ni, por lo demás, a ninguna otra norma de trato prevista específicamente en el Tratado. Por otra parte, la solución de controversias no es una de las excepciones previstas a la aplicación de la cláusula. Desde el punto de vista de la interpretación, la mención específica de un asunto excluye a los restantes: *expressio unius est exclusio alterius*.”<sup>341</sup>

---

<sup>340</sup> *Id.* ¶ 80.

Prof. Loukas Mistelis ha emitido una Opinión Experta en este caso, que se adjunta como CER-1 (“Prof. Mistelis Expert Report (CER-1)”). Aborda esta práctica en los párrafos 42-59. El Tribunal está respetuosamente invitado a consultarlo.

<sup>341</sup> *Id.* ¶ 82 con la siguiente cita:

Confirma esta interpretación el siguiente enunciado de las normas generales de aplicación de la cláusula MFN contenidas en la *Encyclopedia of Public International Law*: “Por su propia naturaleza, la cláusula de



341. La aplicación de estos cánones de la VCLT, frecuentemente citados y conocidos, en los artículos 31 y 32, sugiere, de manera bastante convincente, que la cláusula de MFN contenida en el art. 12.3 (1) es expansivo y no restrictivo, particularmente con respecto a la misma calificación que limita el alcance del art. 10.4 (2), es decir, la no aplicación de la cláusula MFN a los derechos procesales.

---

incondicionalidad, a menos que se acuerde otra cosa, abarca todas las concesiones otorgadas, por la razón que fuere, por el Estado otorgante al tercer Estado". R. Bernhardt (ed.), 8 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 411, 415 (1985).

*Id.* ¶ 82, n.67.

En National Grid, la cláusula de MFN se utilizó para la importación de derechos procesales de arbitraje:

Para concluir, el Tribunal considera que, en el contexto en el que la Demandada ha dado su consentimiento al arbitraje para la resolución del tipo de controversias planteadas por el Demandante, el "tratamiento" en virtud de la cláusula MFN del Tratado hace posible que los inversionistas del Reino Unido en Argentina recurrir al arbitraje sin recurrir primero a los tribunales argentinos como se establece en el Tratado de los Estados Unidos y la Argentina. Por lo tanto, el Tribunal rechaza esta objeción a su jurisdicción.

*Id.* ¶ 82.

342. Esta construcción del art. 12.3 (1) se relaciona con los artículos 31 y 32 del VCLT, así como con la práctica propia de la República de Colombia post-*Maffezini*<sup>342</sup> de limitar, cuando así lo haya elegido, el alcance de las cláusulas de MFN para aplicar solo a los derechos sustantivos y no procesales otorgados a los inversionistas e inversiones de terceros. El Prof. Mistelis señala dos ejemplos ilustrativos:

Como los tratados celebrados por Colombia después de la decisión de *Maffezini*, se puede observar que *algunos* de ellos establecen una restricción a la aplicación de la cláusula de MFN.:

(a) Acuerdo entre la República de Colombia y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (firmado a 17 de mayo de 2006) Artículo 4, párr. 2

Para mayor certidumbre, se entiende además que el trato más favorable mencionado en dicho

---

<sup>342</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7 (jurisdiction) (January 2000).

párrafo no abarca los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones previstos en otros acuerdos internacionales relacionados con las inversiones concluido por la Parte interesada. [cita omitida]

(b) Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia (firmado el 17 de marzo de 2010)

### Artículo III

#### **Disposiciones sobre el Trato Nacional y la Naciones Más Favorecida**

1. Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante efectuadas en su

territorio, un tratamiento no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de otro tercer Estado, cualquiera que sea. Es más favorable al inversionista.

2. El tratamiento más favorable que se otorgará en las circunstancias similares a las que se hace referencia en este Acuerdo no abarca los mecanismos para la solución de controversias sobre inversiones, como las contenidas en los Artículos IX y X de este Acuerdo, que se contemplan en tratados o acuerdos internacionales de inversión. [cita omitida]<sup>343</sup>

---

<sup>343</sup> Reporte del Prof. Mistelis (CER-1) ¶ 33.

343. El Prof. Mistelis aclara además que "[s]iguiendo el caso en *Maffezini v. España*, algunos Estados comenzaron a cambiar sus cláusulas de MFN e introdujeron ciertas restricciones, siendo el APPRI Reino Unido-Colombia, que se firmó en 2010 pero que entró en vigor en 2014, un ejemplo típico."<sup>344</sup>

344. Por lo tanto, además de la interpretación textual del art. 12.3 (2), la propia práctica de Colombia demuestra que cuando elige hacerlo, el Demandado en efecto califica y restringe sus cláusulas de MFN al agregar un lenguaje específico, que generalmente prohíbe la importación de derechos procesales.

345. Lo hizo con respecto al art. 10.4 (2) de la TPA, así como en los dos BIT inmediatamente mencionados anteriormente. La ausencia de *cualquier* lenguaje restrictivo calificativo que se adjunte a la cláusula MFN contenida en el art. 12.3 (1) es un testimonio del amplio alcance y aplicación de esta disposición. Debe leerse como cualquier otra disposición en un tratado.

346. La práctica general y convencional del tratado post-*Maffezini* otorga un tratamiento expansivo similar a las cláusulas de MFN en ausencia de disposiciones claras y expresas en contrario.

---

<sup>344</sup> *Id.* ¶ 34.

347. Aquí también la opinión experta del Prof. Mistelis es instructiva:

Parece haber una masa crítica de casos en los que los tribunales afirman que, a falta de una exclusión expresa u otras razones políticas, las disposiciones de solución de controversias están cubiertas por el alcance de una cláusula de MFN. En mi opinión, esta línea de casos sugiere el estado actual de las cosas.

Por lo tanto, es posible argumentar que los inversionistas y las inversiones que se encuentran dentro del alcance del Capítulo XII del Tratado entre los Estados Unidos y Colombia [TPA] tienen derecho a basarse en las disposiciones contenidas en el Artículo 12.3 del mismo Tratado para importar las disposiciones de solución de controversias disponibles en otros acuerdos similares. Tratados suscritos por Colombia con terceros estados.<sup>345</sup>

348. El razonamiento previsto para el uso de la práctica de la MFN para importar derechos procesales, y en particular los derechos relacionados con las disposiciones de resolución de

---

<sup>345</sup> *Id.* ¶¶ 95-96.

disputas, es sólido. Los derechos procesales que brindan a los inversionistas la capacidad de hacer que las protecciones sustantivas sean realmente viables y, por lo tanto, aplicables, no pueden distinguirse de manera significativa de los derechos sustantivos cuyo objetivo es proteger las inversiones.

349. El principio rector que incide en ambos conjuntos de derechos es el mismo; A saber, la protección de los inversores extranjeros y las inversiones. La discriminación entre estos derechos (protección de tratados sustantivos y derechos procesales para hacer cumplir tal tratamiento sustantivo) haría que la protección sustantiva no tenga sentido al esculpir su vehículo de cumplimiento. Esto importa.

350. Aquí también es útil la opinión de los expertos de Mistelis. Señala que “las disposiciones de solución de controversias por su propia naturaleza pertenecen a la misma categoría que las protecciones sustantivas para los inversores extranjeros. En otras palabras, la forma en que un derecho se ejerce de manera procesal es parte integral de la protección sustantiva.”<sup>346</sup>

351. Este razonamiento encuentra amplia resonancia en los laudos inversor-estado.

---

<sup>346</sup> *Id.* ¶ 92.

**(iii) El “Todos Los Asuntos” Y El Estándar De “Tratamiento”**

352. En *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*<sup>347</sup> la Demandante interpuso una acción basada en el APPRI entre la República Federal de Alemania y la República de Argentina, que contenía el predicado jurisdiccional de la presentación de la disputa a los tribunales locales durante un período de dieciocho meses. En un esfuerzo por evitar este predicado, el Demandante buscó importar el derecho procesal de presentar directamente una reclamación arbitral sin la condición previa de solicitar un recurso judicial en los tribunales locales, de conformidad con el APPRI entre Argentina y Chile.

353. El Tribunal desestimó la objeción jurisdiccional de que la cláusula de MFN en el APPRI subyacente, que carecía de requisitos explícitos, no preveía la importación de derechos procesales.<sup>348</sup> La Demandada reforzó aún más esta afirmación al argumentar que la confianza de la Demandante en *Maffezini* era inapropiada porque

---

<sup>347</sup> *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8 (jurisdiction) (August 2004).

<sup>348</sup> *Id.* ¶ 32-35.



la cláusula de MFN en ese caso era excepcionalmente amplia donde el tratado en cuestión simplemente mencionaba la palabra "trato", sin más.

354. El Tribunal rechazó la objeción jurisdiccional de la Demandada por este motivo y, al hacerlo, observó:

La Demandada ha alegado que, en *Ambatielos*, la administración de justicia se refiere a derechos procesales sustantivos como el trato justo y equitativo y no a cuestiones puramente jurisdiccionales. El Tribunal no encuentra ninguna base en el razonamiento de la Comisión para justificar tal distinción. Por otro lado, el Tribunal considera que el Tratado, junto con otros muchos tratados de protección de inversiones, ofrece como característica distintiva mecanismos especiales de solución de controversias que no están normalmente abiertos a los inversores. El acceso a estos mecanismos es parte de la protección otorgada en virtud del Tratado. Forma parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se

obtienen a través de la cláusula MFN.<sup>349</sup>

355. El Tribunal señaló además que sus conclusiones sobre esta cuestión coinciden con *Maffezini* a pesar de la amplia cláusula de MFN "todos los asuntos sujetos a este Acuerdo" en el APPRI de *Maffezini* el de España-Argentina, y el alcance del "tratamiento" único contenido en el APPRI República Federal Alemana -Argentina.<sup>350</sup> A este respecto, sostuvo que "la formulación es más restringida pero, como se concluyó anteriormente, considera que el término "tratamiento" y la frase "actividades relacionadas con la inversión" son lo suficientemente amplias como para incluir disputas de acuerdo.<sup>351</sup>

356. Similarmente, en *AWG v. la República Argentina*,<sup>352</sup> el Tribunal encontró que la Demandante, basándose en el Artículo IV del APPRI Argentina-España, y una segunda Demandante que se fundaba en el Artículo III del APPRI Argentina-Reino Unido, pudo invocar los derechos procesales más favorables que la Argentina otorgó a Francia en el APPRI

---

<sup>349</sup> *Id.* ¶ 102.

<sup>350</sup> *Id.* ¶ 103.

<sup>351</sup> *Id.*

<sup>352</sup> *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 (jurisdiction) (August 2006).

Argentina-Francia, y permitió perfeccionar una reclamación sin cumplir primero la condición previa de haber recurrido a los tribunales locales de Argentina.<sup>353</sup>

357. Al explicar su participación, el Tribunal razonó que no encontró “ninguna regla ni razón para interpretar la cláusula de trato de nación más favorecida de manera diferente a cualquier otra cláusula en los dos APPRI.”<sup>354</sup> Se explicó además que “[el] lenguaje de los dos tratados es claro. Aplicando la metodología de interpretación normal al Artículo IV del APPRI Argentina-España, el tribunal encuentra que el sentido corriente de esa disposición es que los asuntos relacionados con la solución de controversias se incluyen dentro del término “todos los asuntos” y que, por lo tanto, [el reclamante] puede aprovechar del trato más favorable otorgado a los inversionistas en el APPRI Argentina-Francia con respecto a la solución de controversias. Del mismo modo, en el caso de la Argentina-Reino Unido. En ese APPRI, los derechos con respecto a la solución de controversias, se refieren a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la disposición de una inversión tal como se establece en el Artículo III del Tratado; en consecuencia, [el reclamante diferente] también puede aprovechar

---

<sup>353</sup> *Id.* ¶ 68.

<sup>354</sup> *Id.* ¶ 61.

el trato más favorable en el APPRI Argentina-Francia a los inversionistas franceses.”<sup>355</sup>

358. Más específicamente sobre el estrecho tema de establecer diferencias sin distinciones en relación con los derechos sustantivos y procesales dentro del ámbito de una cláusula de MFN no calificada, observó el Tribunal:

Después del análisis de las disposiciones sustantivas de los APPRI en cuestión, el Tribunal no encuentra base para distinguir los asuntos de solución de controversias de cualquier otro asunto cubierto por tratados bilaterales. Desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, los propósitos declarados tanto del APPRI Argentina-España como en el APPRI Argentina-U.K., la solución de controversias es tan importante como otros asuntos regidos por los APPRI y es una parte integral del régimen de protección de inversiones que los respectivos estados soberanos han acordado. En este contexto, la Demandada argumenta además que este Tribunal debe aplicar el principio de *ejusdem generis* al interpretar los

---

<sup>355</sup> *Id.*

APPRI para excluir los asuntos de solución de controversias del alcance de la cláusula de nación más favorecida, porque la categoría 'solución de controversias' no es del mismo *género* que los asuntos abordados en la cláusula. El Tribunal no encuentra base para aplicar el principio *ejusdem generis* para llegar a ese resultado.<sup>356</sup>

359. La ausencia de un lenguaje restrictivo o calificativo en el TPA invita a una interpretación razonable y expansiva de la cláusula de MFN para incluir los derechos procesales para arbitrar, así como los derechos sustantivos según la teoría de que un análisis intelectualmente riguroso lleva necesariamente a la conclusión de que Los derechos procesales para arbitrar son endémicos y no pueden separarse de la protección sustantiva, y ellos mismos son paradigmáticamente principios de protección de la inversión de primer orden.

360. Los Tribunales en *Siemens*, *AWG*, y *National Grid* no son emblemáticos de los premios atípicos que recuerdan una visión apriorística de un problema. Por el contrario, al sostener que los derechos procesales protegen las inversiones como lo hacen las normas de protección "sustantivas", estos Tribunales se adhieren a la historicidad

---

<sup>356</sup> *Id.* ¶ 59.

apropiada que se adhiere a los orígenes, la formación y la transformación de las cláusulas de MFN.

361. Esa historia, como se alude en la Opinión Experta del Prof. Mistelis,<sup>357</sup> sugiere que la formación (orígenes), la transformación y el desarrollo contemporáneo de la práctica de la MFN es uno que busca crear paridad entre los reclamantes y los Estados de acogida de conformidad con la inclusión de principios básicos con los que las partes contratantes están familiarizados y han aceptado que son vinculantes porque se han extendido estas protecciones (tanto procesales como sustantivas) a las no partes en otros instrumentos.

362. Los tribunales que determinan que las cláusulas de MFN comprenden comprensiblemente los principios de protección procesales y sustantivos, en ausencia de limitaciones expresas en el tratado subyacente han proporcionado a la comunidad internacional premisas bien razonadas que el Tribunal aquí se alienta a considerar y adoptar.

363. El análisis del Tribunal en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. la*

---

<sup>357</sup> Ver el Reporte del Prof. Mistelis (CER-1) ¶¶ 11-23.

*República Argentina*<sup>358</sup> es útil. En ese caso, al considerar que la cláusula MFN Argentina-España sirvió para importar derechos procesales del APPRI Argentina-Francia, el Tribunal informó su razonamiento al suscribir el principio fundamental de que no encontró "ninguna regla ni razón para interpretar a los más favorecidos". -la cláusula de tratamiento de la nación es diferente de cualquier otra cláusula en los dos APPRI."<sup>359</sup> Señaló además que "[el] lenguaje de los dos tratados es claro. Aplicando la metodología de interpretación normal al Artículo IV del APPRI Argentina-España, el Tribunal considera que el significado ordinario de esa disposición es que los asuntos relacionados con la solución de controversias se incluyen dentro del término "todos los asuntos" y que, por lo tanto, [el Demandante] puede aprovechar del trato más favorable otorgado a los inversionistas en el APPRI Argentina-Francia con respecto a la solución de controversias."<sup>360</sup>

364. Si bien la cláusula de MFN en *Suez* fue textualmente de la clase más amplia debido al lenguaje expansivo calificativo "en todos los asuntos", y acompañada de una lista de

---

<sup>358</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17 (jurisdiction) (May 2006).

<sup>359</sup> *Id.* ¶ 61.

<sup>360</sup> *Id.*

excepciones particulares, aquí se aplica el razonamiento y la posición del Tribunal en este caso. Encontrar lo contrario sería interpretar la palabra "tratamiento" en el art. 12.2 (1) aparte de mantener su "significado común" para sugerir que otorgar derechos procesales específicos en un tratado no constituye un "tratamiento" o que, de alguna manera, la concesión de derechos procesales no forma parte de "[t] el proceso o forma de comportarse o tratar con una persona o cosa [en este caso, un Estado]."<sup>361</sup>

365. El Tribunal abordó directamente la palabra "tratamiento" [o trato como se ha utilizado en esta traducción] en las cláusulas de la MFN que contemplaban ese alcance en *Impreglio*.<sup>362</sup> En ese caso, como en *Suez*, el APPRI Argentina-Italia subyacente contenía un alcance muy amplio de "todos los demás asuntos" en su cláusula de MFN, y permitía al reclamante (beneficiario de la cláusula MFN) importar los derechos procesales más generosos previstos en el APPRI argentino-estadounidense.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> OXFORD ENGLISH DICTIONARY (Fifth Edition), primera entrada para el sustantivo "tratamiento."

<sup>362</sup> *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17 (Award) (June 2011).

<sup>363</sup> *Id.* ¶ 95.

El APPRI argentino-estadounidense le brindó al inversor una variedad de opciones para la presentación de la resolución de



366. El Tribunal consideró que el amplio alcance de "todos los asuntos" de la cláusula de MFN le otorgaba a la Demandante el derecho a un tratamiento procesal más favorable incluido en el APPRI Argentina-Estados Unidos. Esta posición se basó en tres premisas fundamentales, todas las cuales representan consideraciones útiles para determinar el caso que nos ocupa.

367. En primer lugar, y comprensiblemente, se puso un énfasis considerable en el cuerpo de autoridad que aborda las cláusulas de MFN que tienen el alcance de "todos los asuntos". Aquí, el Tribunal observó "que hay un volumen masivo de jurisprudencia que indica que, al menos cuando existe una cláusula de MFN que se aplica a" todos los asuntos "regulados en el APPRI, se incorporarán cláusulas más favorables de solución de controversias en otros APPRI. Los casos relevantes son *Maffezini*, *Gas Natural*, *Suez [I and II]*, y *Camuzzi*."<sup>364</sup>

368. Además, calificó esta declaración subrayando que "al menos un caso en el que el tribunal, a pesar del hecho de que la cláusula de MFN cubría" todos los asuntos ", consideró que esto era insuficiente para hacer que la cláusula

---

disputas, desde los tribunales nacionales y los tribunales administrativos hasta la perfección de la reclamación directamente en el contexto del arbitraje internacional.

<sup>364</sup> *Id.* ¶ 104. (cita omitida)

fuera aplicable al acuerdo. El caso es *Berschader*, pero debe notarse que uno de los árbitros discrepó fuertemente en este punto y que también hubo algunos elementos especiales que contribuyeron al resultado.”<sup>365</sup>

---

<sup>365</sup> *Id.* ¶ 29, también citando la Opinión Separada del Prof. Todd Weiler, ¶¶ 15-25; *Berschader*, laudo de jurisdicción, ¶¶ 185-208:

En particular, la cláusula de MFN en cuestión en *Berschader* declaró que se aplicaría 'particularmente a los Artículos 4, 5 y 6', es decir, trato justo y equitativo, no expropiación y libre transferencia de fondos, pero no se incluyó en esta lista el Artículo 10 del APPRI, que abordó la resolución de disputas, y en consecuencia, el tribunal concluyó que el significado ordinario de 'todas las cuestiones cubiertas por el presente Tratado' no era realmente que la disposición de MFN se extiende a todas las cuestiones cubiertas por el tratado. *Id.* ¶ 194. Además, el tribunal señaló que no había habido claridad en la jurisprudencia en el momento en que se concluyó el APPRI en cuanto a si las cláusulas MFN podían abarcar las cláusulas de arbitraje y, por lo tanto, las Partes simplemente podrían no haber contemplado este resultado. *Id.* ¶ 202. Finalmente, el tribunal consideró la evidencia de la práctica de APPRI de la Unión Soviética que demostró que siguió una política de no consentir nunca en el arbitraje y los APPRI en relación con las preguntas sobre si se había producido un acto de expropiación, que derivaba de las opiniones particulares de ese Estado sobre la soberanía. En opinión del

369. En segundo lugar, el Tribunal se esforzó por analizar el término "tratamiento" como un estándar independiente, separado y distinto de "todos los asuntos", y rechazó la aplicación restrictiva del principio *ejusdem generis* por parte de la Demandada:

*El Tribunal Arbitral opina que el término "tratamiento" es en sí mismo lo suficientemente amplio como para ser aplicable también a cuestiones procesales como la solución de controversias. Además, la redacción de "todos los demás asuntos regulados por este Acuerdo" es ciertamente lo suficientemente amplia como para cubrir las reglas de solución de controversias. El argumento de que el principio *ejusdem generis* limitaría su aplicación a asuntos similares a 'inversiones' e 'ingresos y actividades relacionadas con tales inversiones' no es convincente, ya que la redacción no permite que 'todos los demás asuntos' se lean como 'todos similares asuntos' o 'todos los otros asuntos del mismo tipo'. Tampoco el argumento de que un*

---

tribunal, esto "sugiere fuertemente" que la Unión Soviética no tenía la intención de que la cláusula MFN se extendiera a los asuntos de resolución de disputas. *Id.* ¶ 204.

concepto abarcador como' todos los demás asuntos 'haría que los términos mencionados anteriormente' inversiones 'e' ingresos y actividades relacionadas con dichas inversiones 'sean superfluos, ya que de hecho, no es inusual en la redacción legal indicar ejemplos típicos, incluso en disposiciones que están destinadas a ser de aplicación general.<sup>366</sup>

370. En esta misma línea de razonamiento, ahora limitado solo a las cláusulas de MFN del "tratamiento", el Tribunal observó que "incluso en algunos casos, pero no en todos, en los que las cláusulas de MFN eran menos exhaustivas [que el 'todos los asuntos 'Cláusulas de alcance MFN] y solo contemplaban el trato MFN de los inversores y las inversiones, los tribunales consideraron que esto era suficiente para cubrir la solución de controversias. Los casos en cuestión son *Siemens*, *National Grid* y *RosInvest*."<sup>367</sup>

371. Como se reveló con respecto a las cláusulas de MFN de "todos los asuntos", el Tribunal identificó *Salini*,<sup>368</sup> *Plama*, *Telenor*, y

---

<sup>366</sup> *Id.* ¶ 99. (énfasis añadido)

<sup>367</sup> *Id.* ¶ 105. (cita omitida) (énfasis añadido)

<sup>368</sup> *Salini v. Jordan*, *supra* note 157.

*Wintershall*,<sup>369</sup> como casos que abordan el "tratamiento" del ámbito de MFN que sostiene que la importación de derechos procesales fue proscrita.<sup>370</sup> Por lo tanto, advirtió que "[i] a partir de estos premios se desprende que *algunos* tribunales han tenido *fuertes reservas* sobre el desarrollo general de la jurisprudencia en esta área. Por lo tanto, es claro que estos casos siguen siendo controvertidos y que la jurisprudencia predominante que se ha desarrollado no es universalmente aceptada."<sup>371</sup>

372. En tercer lugar, el Tribunal expresó franca y legítimamente su preocupación por las preguntas tan consecuentes como presumiblemente el derecho de un inversionista a recibir la protección procesal que un Estado contratante otorga a un tercer Estado en virtud de un tratado de protección de inversiones, "*en cada caso sería depende de las opiniones personales de los árbitros.*"<sup>372</sup> De hecho, caracterizó este posible estado de cosas como "*desafortunado.*"<sup>373</sup>

---

<sup>369</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14 (Award) (December 2008).

<sup>370</sup> *Impregilo v. Argentine Republic*, *supra* note 362, ¶ 107.

<sup>371</sup> *Id.* (énfasis añadido)

<sup>372</sup> *Id.* ¶ 108. (énfasis añadido)

<sup>373</sup> *Id.* (énfasis añadido)

373. La mayoría de los comentarios constructivos y descriptivos del Tribunal Arbitral de *Impregilo* fueron acompañados por una exhortación de sentido común para evitar adjudicaciones basadas en opiniones apriorísticas "hac[iendo] la determinación sobre la base de la jurisprudencia siempre que se pueda discernir una clara jurisprudencia" y en el contexto de cada caso particular.<sup>374</sup>

**a. Autorización Para La Aplicación Del "Tratamiento" De La Cláusula MFN En Cuanto Al Alcance De Los Derechos Procesales**

374. Revisión de los casos que sostienen que una cláusula de MFN del alcance del "tratamiento" *no se extiende* a los derechos procesales para arbitrar son sustancialmente diferentes del caso ante este Tribunal. De hecho, *los Reclamantes instan al Tribunal a consultar a esta autoridad.*

375. El Tribunal en *Salini* se enfrentó a una cuestión fundamentalmente diferente de la que aquí concierne al Tribunal. En *Salini*, el APPRI Italia-Jordania no contemplaba el arbitraje CIADI. En un esfuerzo por eludir esta disposición, el Demandante buscó importar la jurisdicción de CIADI desde el APPRI EE.UU.-Jordania y el

---

<sup>374</sup> *Id.* ¶ 108.

APPRI Jordan-Reino Unido. Tal esfuerzo no está aquí en cuestión.

376. Además, el Tribunal de *Salini* observó que la Demandante no ofrecía ninguna autoridad o práctica que sugiriera que el alcance del "tratamiento" del APPRI entre Italia y Jordania fuera expansivo para alcanzar los derechos procesales de solución de controversias que Jordania había extendido a los terceros no partes en tratados de comercio o inversión similares.<sup>375</sup> En el caso ante este Tribunal, la misma calificación a la cláusula MFN contenida en el art. 10.4 estaba destinado a limitar esa cláusula en cuanto a su alcance con respecto a los derechos procesales. Como se ha señalado, tal calificación no se adjunta al art. 12.3 (1) Cláusula MFN. Cuando ambas disposiciones se leen en *pari materia*, se deduce que tanto el lenguaje como la intención de las partes son claros para que la cláusula del art. 12.3 sea lo suficientemente amplia como para incluir derechos procesales para arbitrar. Esta distinción es material y dispositiva en este punto. No encontró lugar en el disco de *Salini*.

377. Por último, el Tribunal de *Salini* adoptó un enfoque jurisprudencialmente

---

<sup>375</sup> *Salini*, *supra* n. 157, ¶ 118.

A este respecto, el Tribunal Arbitral señaló que "[l] astablemente, los Demandantes no han citado ninguna práctica en Jordania o Italia en apoyo de sus reclamaciones."

determinado y prioritario. Sin involucrarse en ningún análisis, determinó que una cláusula de alcance de "tratamiento" MFN simplemente no puede interpretarse para alcanzar los derechos procesales para arbitrar contenidos en otro tratado.

378. Detrás de esta convicción conceptual se encuentra el supuesto no comprobado de que los derechos procesales no protegen las inversiones, o lo hacen de manera teórica y prácticamente diferente de la manera en que las normas de protección de los tratados salvaguardan las inversiones. Este enfoque, por definición, oculta la posibilidad de participar en una adjudicación caso por caso basada en la totalidad de toda la evidencia disponible. Está fundamentalmente equivocado.

379. *Telenor v. Hungría* es igualmente inapropiado.<sup>376</sup> En ese caso, el Tribunal fundamentó la denegación de la extensión del alcance de "tratamiento" de MFN (Art. IV del APPRI Noruega-Hungría) para alcanzar los derechos procesales. El análisis del Tribunal se basa, en gran medida, en el análisis de *Plama v. Bulgaria*.<sup>377</sup> *Plama*, sin embargo, se decidió sobre

---

<sup>376</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15 (Award) (September 2006).

<sup>377</sup> *Plama v. Bulgaria*, *supra* note 147.



la base de cuestiones fácticas materiales que no están presentes en el caso ante este Tribunal. De hecho, el caso de *Suez* distingue a *Plama*. Esos mismos factores distintivos, *excepto* por el alcance de la cláusula de MFN (el menos importante como subrayado por el mismo Tribunal de *Suez*), se aplican al caso en cuestión y por esta razón ni *Plama* ni *Telenor* son fuente de confianza.

380. Específicamente, el Tribunal de *Suez* señaló como "más importante" [que la diferencia en el alcance de la cláusula MFN contenida en el APPRI España-Argentina] que el Tribunal de *Plama* "se guió por la intención real de los Estados contratantes. De hecho, las negociaciones posteriores entre Bulgaria y Chipre demostraron que las "dos Partes Contratantes en el APPRI no consideraban que la disposición de MFN se extiende a las disposiciones de solución de controversias en otros APPRI."<sup>378</sup> Con respecto a esta observación, el Tribunal de *Suez* además declaró que la intención de las Partes en *Plama* de limitar el alcance de las cláusulas MFN "estaba en línea con el hecho de que, en el momento de la conclusión del APPRI, *Bulgaria estaba bajo un Régimen comunista, que favorecía los tratados bilaterales de inversión y la protección limitada para los inversionistas extranjeros y disposiciones muy limitadas para la resolución de disputas*

---

<sup>378</sup> *Suez, supra* note 358, ¶ 63.

*internacionales.*”<sup>379</sup> Además, en *Plama*, el Tribunal de *Suez* agrega comentarios adicionales: “La Demandante intentó reemplazar las disposiciones de solución de controversias en el aplicable APPRI Bulgaria-Chipre *in toto* por mecanismos de resolución de controversias ‘incorporados’ de otro tratado.”<sup>380</sup>

381. En consecuencia, la considerable dependencia del Tribunal de *Telenor* en *Plama* hace que su análisis sea internamente sospechoso e inaplicable a este caso.<sup>381</sup>

382. Además, el análisis en *Telenor* adolece del mismo déficit metodológico de interpretación que el enfoque en *Salini*. También en *Telenor*, el Tribunal aplica un enfoque apriorístico a la cuestión que es evidente en la siguiente proposición de ese caso que merece ser leída y releída:

Una cosa es estipular que el inversor debe tener el beneficio de la inversión de MFN, pero otra muy distinta es usar una cláusula de MFN para evitar

---

<sup>379</sup> *Id.* (énfasis en el original)

<sup>380</sup> *Id.*

<sup>381</sup> El Tribunal de *Telenor* en la parte pertinente declara: “[este] su Tribunal respalda incondicionalmente el análisis y la declaración de principios presentados por el tribunal de *Plama*.”

una limitación prevista en el mismo APPRI cuando las partes no han elegido el idioma en la cláusula de MFN que muestra esa intención para ello, como se ha hecho en algunos APPRI.<sup>382</sup>

383. El objetivo de una cláusula de MFN es precisamente importar un trato más favorable que el contenido en el tratado de base. Como tal, cualquier ejercicio práctico de una cláusula de MFN, ya sea sustantivo o de procedimiento, siempre puede caracterizarse como un esfuerzo de una parte "para evitar una limitación en el mismo BIT cuando las partes no han elegido el idioma en la cláusula de MFN mostrando una intención para hacer esto, como se ha hecho en algunos APPRI ". La suposición no probada en esta declaración es que el término "tratamiento" de alguna manera es intrínsecamente limitado y no puede usarse para extenderse a una premisa más favorable contenida en otro tratado. La proposición es tautológica.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> *Telenor, supra* note 376, ¶ 92.

<sup>383</sup> Significativamente, en *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, CSID Case No. ARB/04/14 (Award) (December 2008) (declarando que el término "tratamiento" en un enfoque de significado simple no puede interpretarse como derechos de procedimiento de importación porque "no se menciona que el "tratamiento" de la nación más favorecida en cuanto a inversiones y actividades relacionadas con la inversión debe ser con respecto a 'todas las relaciones' o que

(iv) **El Sector de Servicios Financieros:  
Consideraciones sobre MFN**

384. Una interpretación ortodoxa del significado simple y llano del término "tratamiento" se hace más imperativa cuando, como aquí, se hace una reclamación de conformidad con el Capítulo 12 de la TPA con respecto al sector de servicios financieros. El Sr. Olin Wethington ha presentado una Declaración de Testigo Experto (Reporte) en este caso y habla directamente sobre este tema.<sup>384</sup>

385. El Sr. Wethington, como se explica más detalladamente en su Declaración de Testigo Experto,<sup>385</sup> explica su papel como negociador principal del Capítulo de Servicios Financieros del Capítulo 14 de los Servicios Financieros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN") (Capítulo 14 de los TLCAN), después de lo cual el Capítulo 12 de la APT está estructurado.

---

se extienda a 'todos los aspectos' o cubra 'todos los asuntos en el tratado'). *Id.* ¶ 162. El Tribunal aplica un alcance tan estrecho al término "tratamiento" que simplemente ni siquiera puede satisfacer la definición rudimentaria del sustantivo tal como figura en el *Oxford English Dictionary*. *Ver supra* n. 361.

<sup>384</sup> Copia fiel de la Declaración del Testigo Experto de Olin L. Wethington ("Reporte") se incluye con las siglas CER-2.

<sup>385</sup> Wethington (CER-2) ¶¶ 19-25.

386. A este respecto, explica que “asumió el rol de negociador principal del Capítulo de Servicios Financieros del TLCAN, Capítulo 14, que cubre todo el alcance del comercio y la inversión en servicios financieros, pero con especial atención a la banca, valores, y subsectores de seguros. La inversión en sectores no financieros se negoció en el Capítulo 11, el Capítulo de Inversión. El negociador principal en el Capítulo de Inversiones fue uno de mis diputados.”<sup>386</sup>

387. Además, explica que su “principal responsabilidad como principal negociador del Capítulo de Servicios Financieros fue formular y lograr los objetivos de negociación de los Estados Unidos. Como tal, [él] dirigió las negociaciones del TLCAN relacionadas con el sector del Capítulo de Servicios Financieros, incluida la disposición sobre banca, valores y seguros. Esto se extendió a las disposiciones relacionadas con la inversión y operación dentro de estos sectores, incluidas las disposiciones sobre trato nacional y protección de la nación más favorecida (MFN) en la resolución de disputas en los servicios financieros.”<sup>387</sup>

388. Mr. Wethington confirma la importancia de las cláusulas de MFN y el funcionamiento práctico de estas cláusulas en

---

<sup>386</sup> *Id.* ¶ 20.

<sup>387</sup> *Id.* ¶ 20.

favor de los inversores y las inversiones en el sector de servicios financieros. Opina que:

Durante la negociación del Capítulo de Servicios Financieros del TLCAN se prestó mucha atención a la ampliación de la definición de "servicios financieros" para incluir a todos los sectores de servicios financieros, no solo a los sectores financieros más importantes, como los bancos y los valores. Además, el equipo negociador de los Estados Unidos creía que ciertas garantías eran esenciales para el acuerdo; lo más importante, las obligaciones de brindar trato nacional y la protección de la nación más favorecida.<sup>388</sup>

389. A este respecto, detalla las contribuciones fundamentales del trato nacional y el trato MFN en este sector e ilustra la percepción que tienen los negociadores de los Estados Unidos sobre el alcance y el alcance de las cláusulas del trato MFN que figuran a continuación:

La inclusión en el TLCAN de los derechos sustantivos y de resolución de disputas dentro del alcance de la disposición del Capítulo 14 de la MFN

---

<sup>388</sup> *Id.* ¶ 25.

refleja el deseo de las Partes de aumentar las oportunidades de inversión y las protecciones. En ese momento, estas amplias protecciones de la MFN para los inversionistas de servicios financieros se consideraban críticas tras la crisis de deuda soberana que había afectado a la región de América Latina. Cuando los Estados Unidos tienen la intención de limitar el alcance de la disposición MFN, lo hacen expresamente.<sup>389</sup>

390. En particular, explica que “[n]o se encuentran tales exclusiones aplicables a los sectores financieros en el TLCAN. Por ejemplo, la cláusula de MFN en el APPRI Albania-EE.UU proporciona una exclusión expresa para ciertos procedimientos para acuerdos multilaterales relacionados con acciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (“OMPI”). En este mismo sentido, los Estados Unidos firmaron (pero no ratificaron) la Asociación Transpacífica, que incluía una cláusula de MFN con una limitación explícita contra la inclusión de los derechos procesales de solución de controversias entre inversores y Estados.”<sup>390</sup>

---

<sup>389</sup> *Id.* ¶ 30.

<sup>390</sup> *Id.*

391. En cuanto a la cláusula MFN aquí en cuestión en el art. 12.3 (1) de la TPA explica:

La provisión de MFN en el capítulo de servicios financieros de Colombia-EE.UU. La TPA también debe interpretarse de manera amplia para incluir tanto derechos sustantivos como derechos de resolución de disputas. El lenguaje en el Artículo 12.3 (1) de la TPA es idéntico al Artículo 1406 del TLCAN, excepto que usa el término ‘proveedores’ en lugar de ‘suplidores’:

*1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte, instituciones financieras de otra Parte, inversiones de inversionistas en instituciones financieras y proveedores de servicios financieros transfronterizos de otra Parte, un trato no menos favorable que el otorgado a los inversionistas, instituciones financieras, inversiones de inversores en instituciones financieras y proveedores de servicios financieros transfronterizos de cualquier otra Parte o de un país*



*que no sea Parte, en circunstancias similares.*

Al igual que con el artículo 1406 del TLCAN, el artículo 12.3 de la TPA no incluye ninguna limitación expresa en el alcance de la disposición de MFN. Si los Estados Unidos y Colombia hubieran querido limitar el alcance de la disposición de MFN en el capítulo de servicios financieros, lo habrían hecho.

De hecho, este es el enfoque que tomaron los Estados Unidos y Colombia en la TPA. La nota a pie de página 1 de la cláusula de MFN del artículo 10.4 del TPA que rige las protecciones para las inversiones en servicios **no financieros** excluye *expresamente* ciertos derechos de resolución de disputas de la siguiente manera:

Para mayor certeza, el tratamiento 'con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducta, operación y venta u otra disposición de inversiones' a que se hace referencia en los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4

*no abarca los mecanismos de resolución de disputas, como los En la Sección B, que están previstas en los tratados internacionales de inversión o acuerdos comerciales (énfasis añadido).*

Los inversores de servicios financieros de los Estados Unidos cubiertos por las disposiciones MFN libres de limitaciones contenidas en el Capítulo 12 de la TPA y su Capítulo homólogo 14 del TLCAN no están sujetos a la limitación que se encuentra en el Artículo 10.4 de la TPA.

Si bien la TPA contiene un plazo de prescripción de tres años para los reclamos de arbitraje de inversionista-Estado general, la República de Colombia ha otorgado un período de limitación de cinco años más favorable a todos los inversionistas suizos de conformidad con el tratado bilateral de inversión entre Colombia y Suiza. Por lo tanto, de conformidad con las disposiciones del Artículo 12.3 de la TPA, los inversionistas estadounidenses *tienen derecho a disfrutar del plazo de prescripción de cinco años para cualquier disputa de*

*inversión contra Colombia* en virtud de la TPA.<sup>391</sup>

392. El testimonio del Sr. Wethington es significativo porque el TLCAN, como señala, se ha utilizado como modelo para los posteriores acuerdos de libre comercio. El TPA de Estados Unidos y Colombia no es una excepción. El TPA no solo extrae estructuras y disposiciones del TLCAN, sino que también tiene una redacción real similar, sino del todo idéntica.

393. Significativamente, la práctica del tratado de Colombia está muy en línea con el enfoque de redacción del tratado bien establecido que el Sr. Wethington hace referencia. Su práctica convencional es bastante elocuente. A modo de ejemplo, en los casos en que Colombia considere necesario limitar el ámbito de aplicación de las cláusulas de MFN puede encontrarse más allá del Capítulo 10 del TPA. Ilustrativo es, el Protocolo adjunto que el APPRI Colombia-Suiza proporciona:

**Ad Artículo 4 paragrafo 2**

(2) Para mayor certeza, se entiende además que el tratamiento más favorable al que se hace referencia en dicho párrafo *no abarca* los mecanismos para la solución de

---

<sup>391</sup> *Id.* ¶¶ 31-35.

controversias sobre inversiones previstas en otros acuerdos internacionales relacionados con inversiones concluidas por la parte interesada.

394. Un enfoque VCLT de sentido común ordinario establece que los Estados Unidos y Colombia acordaron expresamente arbitrar las disputas entre inversores y Estados que surjan del TPA. De hecho, el Artículo 12.1 (2) (a) (b) incorpora estándares de protección (Art. 12.1 (2) (a)) y derechos procesales de solución de controversias (Art. 12.1 (2) (b)) del Capítulo Diez.

395. Solo por razones de integridad, y con mucha cautela, los Reclamantes también afirman que el consentimiento en sí mismo, y no solo un tratamiento de resolución de disputas más favorable, puede importarse mediante la aplicación de la cláusula del MFN de conformidad con el art. 12.3 (1) de la TPA. Como señala el Sr. Wethington, en el acuerdo entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Colombia en el art. 11 (5) acordó que “un inversionista no puede presentar una disputa para su resolución de acuerdo con este Artículo *si han transcurrido más de cinco años* desde la fecha en que el inversionista adquirió por primera vez o debería haber adquirido conocimiento de los hechos que dieron lugar a la disputa.”

396. La incorporación del plazo de prescripción de cinco años en virtud del art. 12.3 (1) de la TPA proporciona además una reconocible base adicional independiente para el consentimiento.<sup>392</sup>

**C. Los Reclamantes Cumplen Ampliamente Los Requisitos *Ratione Temporis* Como Una Cuestión De Derecho Y Hecho**

397. *Ratione Temporis* no es un problema en este caso.

398. Los demandantes, Alberto Carrizosa, Felipe Carrizosa y Enrique Carrizosa, como se demostró aquí, son ciudadanos estadounidenses por nacimiento.<sup>393</sup> A diferencia de los casos en que

---

<sup>392</sup> Ver, e.g., *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*, SCC Case No. V079/2005 (jurisdiction) (October 2007), ¶¶ 131-135; *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20 (jurisdiction) (July 2013), ¶¶ 22-23; *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, UNCITRAL Case (Award) (October 2009), ¶¶ 22-23, citing to *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment of December 12, 1996, Separate Opinion of Judge Higgins (I.C.J. REPORTS, 1996), ¶ 35; *National Grid plc v. Argentine Republic*, UNCITRAL Case (jurisdiction) (June 2006), ¶ 80; Prof. Mistelis Expert Report (CER-1) ¶¶ 97-99; and C. SCHREUER ET AL., *THE ICSID CONVENTION—A COMMENTARY* 248 (Cambridge University Press, 2<sup>nd</sup> ed.).

<sup>393</sup> *Supra* ¶ 204, Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶¶ 5-6, Felipe Carrizosa (CWS-2) ¶¶ 6-8, y Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 2.

el abuso del proceso se relaciona con los Reclamantes de "un solo propósito" que participan en la compra de un tratado dentro de los marcos de tiempo durante los cuales sabían o deberían haber conocido un evento que desencadenaría un posible procedimiento basado en presuntas violaciones de las normas de protección del tratado, no existe El promedio puede ser creíblemente avanzado aquí.

399. La reclamación presentada en el presente procedimiento venció el 25 de junio de 2014 cuando la Corte Constitucional denegó la solicitud del Consejo de Estado para anular la opinión de la Corte Constitucional (C-25).<sup>394</sup> Esa fecha representa el agotamiento y el fin de todo el trabajo judicial que da lugar a esta acción. Por lo tanto, no es posible realizar compra de tratados basadas en la ciudadanía estadounidense de los Demandantes, o de otra manera.

400. El TPA se firmó el 22 de noviembre de 2006. Entró en vigor el 15 de mayo de 2012. Por lo tanto, la disputa antes de que este Tribunal madurara y se acumulara aproximadamente dos

---

<sup>394</sup> *Ver* Sentencia de la Corte Constitucional del 25 de junio de 2014 (C-26). El Tribunal Constitucional en los párrafos 2.2.1 y 2.2.2 establece que la moción del Consejo de Estado para la anulación llegó un día tarde. Sin embargo, los argumentos en los que el Consejo de Estado basó su apelación coincidieron con los formulados por los accionistas de GRANAHORRAR. Por lo tanto, serían analizados por la Corte Constitucional.

años después de que el tratado en cuestión se convirtiera en una obligación legalmente vinculante para las Partes contratantes. La violación de *ratione temporis* común según la cual se acumula una reclamación antes del momento en que el supuesto tratado operativo entra en vigencia y se convierte en una obligación vinculante para los Estados contratantes no está aquí.

401. El testimonio del reclamante, Alberto Carrizosa, establece que para el 2 de octubre de 1998 (fecha de la Notificación de Capitalización)<sup>395</sup> “[él] poseía y controlaba una participación accionaria del 13,5797% en GRANAHORRAR.”<sup>396</sup> Como parte de ese testimonio, el Sr. Alberto Carrizosa ha adjuntado su “Anexo Compuesto 2” a su Declaración Testimonial con el Registro de Accionistas registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia.

402. El testimonio del reclamante, Enrique Carrizosa, establece que para el 2 de octubre de 1998 (fecha de la Notificación de Capitalización)<sup>397</sup> “[él] poseía y controlaba una participación accionaria del 13.3420% en GRANAHORRAR.”<sup>398</sup>

---

<sup>395</sup> Ver RFA at 5.

<sup>396</sup> Alberto Carrizosa (CWS-1) ¶ 52.

<sup>397</sup> Ver RFA at 5.

<sup>398</sup> Enrique Carrizosa (CWS-3) ¶ 42.

Como parte de ese testimonio, el Sr. Enrique Carrizosa ha adjuntado su Anexo Compuesto 2 a su Declaración Testimonial en un Registro de Accionistas registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia.

403. El testimonio del reclamante, Felipe Carrizosa, establece que para el 2 de octubre de 1998 (fecha de la Notificación de Capitalización)<sup>399</sup> “[él] poseía y controlaba una participación accionaria del 13.3353% en GRANAHORRAR.”<sup>400</sup> Como parte de ese testimonio, el Sr. Felipe Carrizosa ha adjuntado su Anexo Compuesto 2 a su Declaración Testimonial en un Registro de Accionistas registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia.

404. Sin embargo, lo que es más importante, a los fines de una determinación *ratione temporis*, el 1 de noviembre de 2007, el Consejo de Estado emitió su fallo a favor de las Demandantes y contra Colombia.<sup>401</sup> Esa Sentencia representa la inversión de los Demandantes en su forma entonces monetizada.<sup>402</sup> La Corte Constitucional revocó la sentencia del Consejo de Estado el 26 de mayo de 2011. Como se indicó

---

<sup>399</sup> Ver RFA at 5.

<sup>400</sup> Felipe Carrizosa (CWS-3) ¶ 38.

<sup>401</sup> Ver RFA ¶ 153, C-22.

<sup>402</sup> C-22.



anteriormente, esa decisión se convirtió en definitiva el 25 de junio de 2014.

405. La Solicitud de arbitraje en este procedimiento se presentó el 24 de enero de 2018, es decir, tres años y siete meses (213 días) a partir de la maduración del último elemento que hace que estas reclamaciones estén en tiempo. De acuerdo con el análisis establecido en la sección *ratione voluntatis* de este Memorial, los reclamantes han ejercido su derecho de conformidad con el art. 12.3 (1) de la TPA para invocar la disposición de limitaciones de cinco años contenida en el acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República de Colombia y la Confederación Suiza, Art. 11 párrafo 5 de ese tratado.

406. Aquí se cumple la restricción *ratione temporis*.

**D. Los Reclamantes Cumplen Ampliamente Con Los Requisitos *Ratione Materiae* Como Una Cuestión De Derecho Y Hecho**

407. El Artículo 12.20 define a la institución financiera como “cualquier intermediario financiero u otra empresa que esté autorizada para hacer negocios y regulada o supervisada como una institución financiera conforme a la ley de la Parte en cuyo territorio

está ubicada.” Ese mismo Artículo define más adelante “Institución financiera de otra Parte” como “institución financiera, incluida una sucursal, ubicada en el territorio de una Parte que está controlada por personas de otra Parte.”

408. Del mismo modo, el Art. 12.20 al definir la inversión, se hace referencia explícita a las definiciones del Artículo 10.28 con la excepción de “préstamos” e “instrumentos de deuda”. Ninguna excepción es aplicable aquí. A su vez, el Artículo 10.28 proporciona una definición amplia de inversión bastante estandarizada de la siguiente manera:

**inversión** significa cada activo que un inversionista posee o controla, directa o indirectamente, que tiene las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o ganancia, o la asunción de riesgo. Las formas que puede tomar una inversión incluyen:

- (a) una empresa;
- (b) Acciones, acciones y otras formas de participación de capital en una empresa;

(c) Bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos [citación omitida];

(d) Futuros, opciones y otros derivados;

(e) Contratos llave en mano, construcción, administración, producción, concesión, participación en los ingresos y otros contratos similares;

(f) Derechos de propiedad intelectual;

(g) Licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares conferidos de conformidad con la legislación nacional; [citas omitidas] y

(h) otros bienes tangibles o intangibles, bienes muebles o inmuebles, y derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y compromisos.

409. Tal como lo designa la palabra "incluir", esta lista no pretende ser exhaustiva.

410. Los Reclamantes, según lo establecido en la Solicitud de Arbitraje <sup>403</sup> y en otras partes <sup>404</sup> eran propietarios de acciones de GRANAHORRAR.

411. Alberto Carrizosa tenía la propiedad y control de un 13.5797% en la participación accionaria de GRANAHORRAR, por medio de las siguientes seis empresas:

- a. Asesorías e Inversiones C.G. S.A. 4.1446% de participación accionaria.

El Registro de Accionistas de Asesorías e Inversiones C.G. S.A. muestra que adquirió 825,405 acciones.

- b. Exultar S.A., tenía un 2,6396% de participación accionaria.

El Registro de Accionistas de Exultar, S.A., muestra, en la página 10, la adquisición de 30,000 acciones de Industrias y Construcciones Ltda. Más tarde, adquirió 6,000 acciones adicionales en 1992, y el 23 de diciembre de 1997, 46,024 acciones.

- c. Compto S.A., tenía una participación accionaria del 3.2828%.

---

<sup>403</sup> Ver RFA ¶¶ 8, 16-40.

<sup>404</sup> Ver, *supra* ¶¶ 401-403, *infra* ¶¶ 411-417.

El Registro de Accionistas de Compto, S.A. dice: "adquirido de Isabel Zarate", el 15 de marzo de 1991, 32,000 acciones. Posteriormente adquirió 466,157 acciones, el 23 de diciembre de 1997.

- d. Inversiones Lieja LTDA, tenía una participación accionaria del 2,3769%.

El Registro de Accionistas de Inversiones Lieja S.A. muestra que adquirió 456,949 acciones, una vez que la compañía se transformó en una S.A. La compañía era más antigua y Alberto era miembro de Inversiones Lieja, antes de 1998.

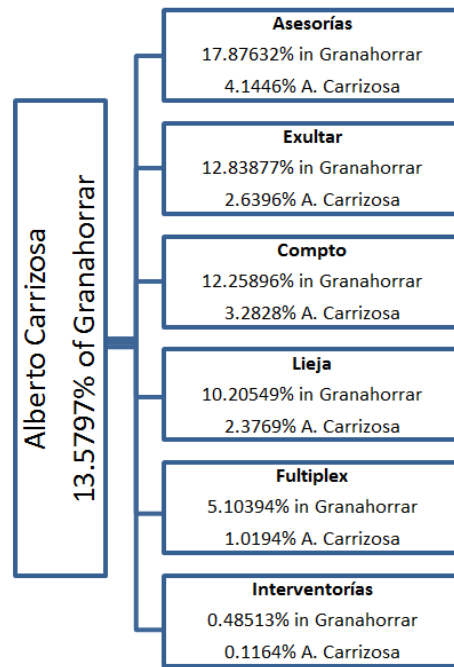
- e. Fultiplex S.A., tenía un interés de 1.0194%.

En el Registro de Accionistas de Fultiplex, S.A., en la página 17, se lee: "adquirido de Gloria Afanador Villegas", el 23 de diciembre de 1997, 291,253 acciones.

- f. I.C. Interventorías y Construcciones LTDA, tenía un interés de 0.1164%.

El Registro de Accionistas de I.C. Interventorias y Construcciones Ltda., En la página 05, muestra que adquirí un total de 144,000 acciones entre 1991 y el 30 de mayo de 1997.

412. A continuación se muestra un resumen visual de la participación de Alberto Carrizosa en GRANAHORRAR a través de las seis empresas mencionadas anteriormente.



413. Enrique Carrizosa poseía y controlaba una participación del 13,3420% en GRANAHORRAR, a través de las siguientes seis compañías:

- a. Asesorías e Inversiones C.G. S.A., donde poseía y controlaba una participación del 4.1254%.

El Registro de Accionistas de Asesorías e Inversiones C.G. S.A., muestra que adquirió 821,261 acciones, una vez que la compañía se transformó en un S.A., en noviembre de 2001. La compañía era más antigua y Enrique era miembro de Asesorías e Inversiones C.G., desde 1997

- b. Exultar S.A., que poseía y controlaba una participación del 2.5943%.

El Registro de Accionistas de Exultar, S.A., muestra, en la página 9, la adquisición de 30,000 acciones de Humberto Zarate Sanchez. Más tarde, adquirió 6,000 acciones en 1992, y hasta el 23 de diciembre de 1997, los registros muestran que tenía 80,616 acciones.

- c. Compto S.A., que poseía y controlaba una participación del 3.1887%.

El Registro de Accionistas de Compto, S.A., en la página 9 dice: "adquirido de Isabel Zarate", el 15 de marzo de 1991, 30,000 acciones. El 18 de julio de 1992, adquirí 2,000 acciones. Posteriormente el 23 de diciembre de 1997 adquirió 451,890 acciones.

- d. Inversiones Lieja LTDA, que poseía y controlaba una participación del 2.3591%.

El Registro de Accionistas de Inversiones Lieja S.A., muestra que adquirí 453,524 acciones, una vez que la compañía se transformó en un S.A. La compañía era más antigua y Enrique era miembro de Inversiones Lieja, antes de 1998.

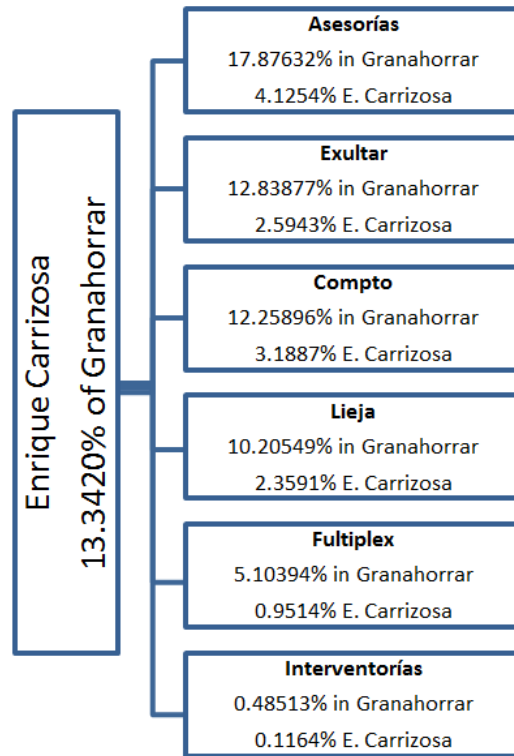
- e. Fultiplex S.A., que poseía y controlaba un interés accionario del 0,9514%.

En el Registro de Accionistas de Fultiplex, S.A., en la página 21, se lee: “E.P. 12.840 Dic. 23, 97 No. 29 Bta. Adquirió”, lo que significa que la compra se realizó a través de un documento firmado ante notario, el 23 de diciembre de 1997. Adquirió 204,204,621 acciones.

- f. I.C. Interventorías y Construcciones LTDA, en la cual poseía y controlaba un interés de 0.1164%. El Registro de Accionistas de I.C Interventorias y Construcciones Ltda., en la página 06, muestra que adquirió 144,000 acciones entre 1991 y el 30 de mayo de 1997.

414. A continuación se muestra un resumen visual de la participación de Enrique Carrizosa en GRANAHORRAR a través de las seis corporaciones mencionadas anteriormente.





415. Felipe Carrizosa poseía y controlaba una participación del 13,3353% en GRANAHORRAR, a través de las siguientes seis compañías:

- a. Asesorías e Inversiones C.G. S.A., donde poseía y controlaba una participación del 4.1260%.

El Registro de Accionistas de Asesorías e Inversiones C.G. S.A.,

muestra, en la página 03, que adquirió 607,379 acciones, una vez que la compañía se transformó en un S.A. La compañía era más antigua y yo era miembro de Asesorías e Inversiones C.G., antes de 1998.

- b. Exultar S.A., donde poseía y controlaba una participación del 2,5956%.

El Registro de Accionistas de Exultar, S.A., muestra, en la página 11, la adquisición de 30,000 acciones. Más tarde, adquirió 6,000 acciones en 1992, y el 23 de diciembre de 1997, los registros muestran que poseía 80,656 acciones.

- c. Compto S.A., poseía y controlaba una participación del 3.1914%.

El Registro de Accionistas de Compto, S.A., en la página 10 dice: "adquirido de IC Inversiones Ltda", el 15 de marzo de 1991, 30,000 acciones. El 18 de julio de 1992, adquirí 2,000 acciones. Posteriormente el 23 de diciembre de 1997 adquirió 452,298 acciones.

- d. Inversiones Lieja LTDA, donde poseía y controlaba una participación del 2.3596%.

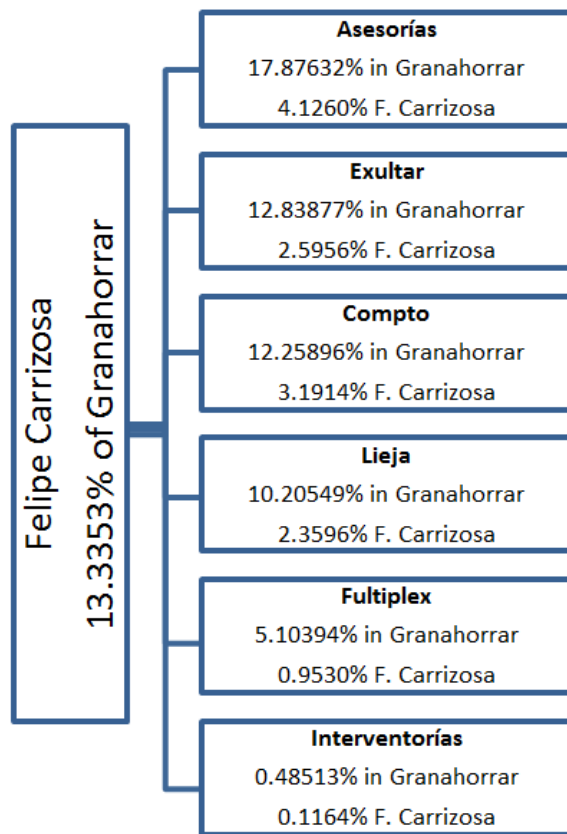
El Registro de Accionistas de Inversiones Lieja S.A., en la página 11, muestra que adquirí 453,620 acciones, una vez que la compañía se transformó en una S.A. La compañía era más antigua y él era miembro de Inversiones Lieja, antes de 1998.

- e. Fultiplex S.A., que poseía y controlaba un interés del 0.9530%.

El Registro de Accionistas de Fultiplex, S.A., en la página 19, dice: "E.P. 12.840 Dic. 23, 97 No. 29 Bta. Adquirió ", lo que significa que la compra se realizó a través de un documento firmado ante notario, el 23 de diciembre de 1997. Adquirió 204,969 acciones.

- f. I.C. Interventorías y Construcciones LTDA, la cual poseía y controlaba un interés de 0.1164%. El Registro de Accionistas de I.C Interventorias y Construcciones Ltda., en la página 07, muestra que adquirió 144,000 acciones entre 1991 y el 30 de mayo de 1997.

416. A continuación se muestra un resumen visual de la participación de Felipe Carrizosa en GRANAHORRAR a través de las seis empresas mencionadas anteriormente.



417. El 3 de octubre de 1998, el número total de acciones de GRANAHORRAR era de 36,427,121,681.<sup>405</sup> Las seis compañías poseían un 58.76861% de GRANAHORRAR como sigue:

---

<sup>405</sup> Ver C-20 (*Considerando Décimo Tercero*)

<b>Company</b>	<b>No. of shares</b>	<b>Percentage in GRANAHORRAR</b>
Asesorías e Inversiones C.G. LTDA	6.511.830.512	17.87632
Exultar S.A.	4.676.795.978	12.83877
Compto S.A.	4.465.586.371	12.25896
Inversiones Lieja	3.717.567.931	10.20549
Fultiplex Ltda.	1.859.220.529	5.10394
Interventorías y Construcciones Ltda.	176.720.030	0.48513

418. Como consecuencia directa y próxima de las acciones y omisiones que el Banco Central de la República de Colombia, la Superintendencia y FOGAFIN emprendieron, como se detalla en los párrafos 47 a 149 de la Solicitud de Arbitraje y también, en parte, se describe en los párrafos 5 al 23 de este Memorial, el 1 de noviembre de 2007, el Consejo de Estado emitió una sentencia a favor de los Demandantes y contra Colombia (C-22).

419. El 26 de mayo de 2011, la Corte Constitucional, como se detalla en la Solicitud de Arbitraje, párrafos 161 a 187, y en otras partes de este Memorial, páginas 40 a 54, emitió una Orden que revoca la sentencia del Consejo de Estado.

420. El 25 de junio de 2014, la Corte Constitucional emitió una orden de denegación de la solicitud de los demandantes para anular la decisión de la Corte Constitucional del 26 de mayo de 2011.<sup>406</sup> La propiedad de los Demandantes de las acciones en GRANAHORRAR, según se establece en los párrafos 411 a 417 anteriores, cumple con el Art. 10.28 (b) definición de una inversión. Sin embargo, lo que es más importante, a los fines de alegato y/o prueba de *ratione materiae*, la Sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007 representa y constituye la inversión de los Demandantes como se alega y demuestra en este procedimiento.

421. Los requerimientos de *ratione materiae* se cumplen aquí ampliamente.

---

<sup>406</sup> Ver RFA ¶¶ 187 -192, y Memorial pp 58 -63.

**V. COLOMBIA HA INCUMPLIDO SUS OBLIGACIONES BAJO EL TPA Y EL DERECHO INTERNACIONAL**<sup>407</sup>

422. En virtud de la Sección II de este Memorial sobre Jurisdicción, los reclamantes han formulado varias denuncias contra la República de Colombia.

423. Esas acusaciones están confirmadas y respaldadas por la evidencia, las autoridades legales, las declaraciones de testigos y los informes de expertos que los Reclamantes han ofrecido. De hecho, y alegando, hay mucho más que evidencia prima facie de que la República de Colombia es responsable, a través de las acciones y omisiones de sus autoridades ejecutivas y judiciales, por el incumplimiento de una serie de obligaciones del tratado contenidas en la TPA y el APPRI Colombia-Suiza, algunos de los cuales se indican a continuación.

**A. Colombia Incumplió El Estándar Mínimo De Tratamiento Bajo El Derecho Internacional Y El TPA Y La Disposición De Trato Justo Y**

---

<sup>407</sup> Esta sección del Memorial sobre Jurisdicción debe leerse en conjunto con los ¶¶ 193-233 de la Notificación y Solicitud de Arbitraje (RFA) en este caso (C-0).

## **Equitativo Bajo El APPRI Colombia-Suiza**

424. Colombia tenía la obligación de tratar a los inversionistas estadounidenses y las inversiones de conformidad con el estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional consuetudinario. Esa obligación surge (i) de los principios del derecho internacional consuetudinario vinculantes para todos los Estados y (ii) a través de la disposición expresa en virtud del Artículo 10.5 de la TPA a la que hace referencia el Artículo 10.7 que aborda la expropiación. Como se reconoce expresamente en el Artículo 10.5 de la TPA, el estándar mínimo de tratamiento incluye un trato justo y equitativo y una protección y seguridad plenas. Como resultado del alcance expansivo de la disposición de MFN en el Artículo 12.3 de la TPA, los Demandantes también tienen derecho a confiar en las disposiciones de Trato Justo y Equitativo contenidas en el Artículo 4 (2) del APPRI Colombia-Suiza.

### **a. La Justicia Colombiana Incurrió En Denegación De Justicia**

425. Como se ilustra en la Sección II de este Memorial sobre Jurisdicción, los Reclamantes son víctimas de un activismo judicial ilícito en Colombia, que violó el derecho internacional. La Corte Constitucional en sus decisiones de 2011 y



2014 cometió graves abusos de jurisdicción y autoridad, y renunció radicalmente a los principios universales de justicia y al debido proceso.

426. Cualquier persona razonable e imparcial expuesta a los hechos del presente caso y su resultado sentiría una falta de detención del debido proceso y una ausencia de propiedad judicial. El dictamen de la Corte Constitucional del 25 de junio de 2014 se fundó sobre intereses económicos y una agenda política. Puso de manifiesto y seriamente la violación de los principios básicos del debido proceso y la justicia fundamental.

**b. Colombia Trató A Los Reclamantes De Manera Injusta Y No Equitativa**

427. Las acciones del Tribunal Constitucional que se describen en la Sección II fueron arbitrarias, sumamente injustas, injustas y perjudiciales para las legítimas expectativas de los Demandantes de contar con un sistema judicial justo, independiente, imparcial y estable en Colombia. Esta expectativa rudimentaria no se cumplió.

428. Independientemente de la conclusión de que Colombia cometió una denegación de justicia, el reclamo de los Demandantes es que la conducta judicial y el maltrato, atribuibles a la República de Colombia, también equivalen a una

violación independiente del trato justo y equitativo y de las obligaciones de protección y seguridad, vinculantes para el demandado.

**B. Colombia Incumplió Las Obligaciones  
Contra La Expropiación Bajo El TPA  
Y El APPRI Colombia-Suiza**

429. El artículo 12.1 del TPA importa en beneficio de los inversores e inversiones en el sector de servicios financieros las disposiciones de expropiación contenidas en el artículo 10.7 de la TPA. Los reclamantes también tienen derecho a fundarse en las disposiciones sobre expropiación en virtud del artículo 6 del APPRI Colombia-Suiza.

430. La Opinión de la Corte Constitucional de 2014 tuvo el efecto de eliminar finalmente y sin compensación el derecho de los Reclamantes al valor de su inversión en GRANAHORRAR que se había incorporado en la sentencia del 2007 que el Consejo de Estado había dictado.

431. La decisión de la Corte Constitucional de 2014 privó a los Reclamantes de sus bienes y derechos, que en ese momento habían tomado la forma de una sentencia definitiva y vinculante emitida por el Consejo de Estado en 2007.

432. La decisión de la Corte Constitucional cumple ampliamente con el tipo de acción judicial que los tribunales de arbitraje inversor-Estado basados en tratados han identificado como una

acción de expropiación en violación del derecho internacional público.

### **C. Colombia Incumplió el Estándar De Trato De Nacional**

433. El artículo 12.2 de la TPA pretende garantizar a los inversionistas de otra Parte un trato no diferente del que se otorga a los inversionistas en una posición similar de su propia nacionalidad. De acuerdo con este artículo, los inversionistas de otra Parte no pueden ser tratados de manera menos favorable que los inversionistas de Colombia.

434. Todo el registro de la presente disputa se caracteriza por una marcada connotación de discriminación contra los Demandantes. A lo largo de este desafortunado inconveniente, las Demandantes recibieron un tratamiento decisivamente menos favorable que el que recibieron los inversionistas colombianos en circunstancias similares.

435. La discriminación persistió durante el proceso judicial ante la Corte Constitucional. Ningún inversionista colombiano en circunstancias similares fue objeto de una campaña tan discriminatoria de presión política y maltrato procesal.

436. La mala aplicación sin precedentes de los principios básicos del debido proceso y la

justicia, la creación de nuevas reglas carentes de cualquier fundamento de hecho y legal, así como una serie de casos que demuestran presión política e influencia personal sobre la Corte Constitucional, son todos un pequeño catálogo de los malos tratos judiciales que los Reclamantes -a diferencia de los nacionales colombianos- recibieron a manos de las autoridades ejecutivas y judiciales colombianas.

437. Como se demostró en la Sección II de este Memorial sobre Jurisdicción, tanto los tratamientos reglamentarios como los judiciales impuestos por la República de Colombia a los Reclamantes fueron discriminatorios y violaron las disposiciones del Artículo 12.2 de la TPA. El tratamiento judicial fue enfáticamente así porque además de sus propios fallos, validó el maltrato que se había cometido contra los Reclamantes.

## **VI. DAÑOS Y PERJUICIOS**

434. El análisis de daños cuantificables en este caso es muy simple. Al Tribunal se presentan cuatro posibilidades teóricas. De estos cuatro escenarios, dos son los más relevantes y apropiados de acuerdo con las metodologías de evaluación establecidas. Aquí están explicados.

### A. El Consejo De Estado Calculó Los Daños Base A Los Que Tienen Derecho Los Reclamantes

435. En este notable caso, la propia República de Colombia ha calculado un conjunto básico de daños. De hecho, lo ha hecho de conformidad con su Tribunal de más alto rango con jurisdicción sobre asuntos contenciosos administrativos, el Consejo de Estado de la República de Colombia. Dentro del Consejo de Estado, fue la Sala Cuarta, la unidad de magistrados más especializada y mejor calificada la que calculó estos daños. Lo hizo el 1 de noviembre de 2007 en su Sentencia en el caso: *Compto S.A. en Liquidación y Otros, contra Superintendencia Bancaria y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN)*, Expediente No. 25000-23-24-000-2000-00521-02-15728.<sup>408</sup>

436. El monto de daños que figura en esa Sentencia es COP 226,961,237,735.99, que era el equivalente en USD en el momento, sin incluir ninguna tasa de interés, de USD 114,183,417.80. Este monto base le proporciona al Tribunal una cifra fundamental para trabajar de manera plausible y razonable. Mientras que los Demandantes aquí afirman que esta cifra subvalúa, según sus métricas objetivas, su

---

<sup>408</sup> *Ver supra* n. 2, (C-22).

respectiva participación accionaria en el Banco, el número sigue representando una cifra útil para trabajar por varias razones.

437. Primero, la cifra se ofrece en un documento de registros públicos que la propia Colombia generó y consideró verdadero y correcto. Luego, y muy notablemente, el Consejo de Estado estableció la metodología según la cual llegó a esta cifra. Por lo tanto, cualquier ajuste a la cifra se puede hacer sobre una base objetiva. A modo de ejemplo, el análisis del Consejo de Estado utiliza una cifra de valuación de 5,96 por acción aproximadamente (con un margen de error inferior al 1%).

438. De esta metodología de valoración surgen dos cuestiones fundamentales. La primera de estas preguntas es si la metodología *general* del Consejo de Estado es apropiada. Lo creemos con la siguiente calificación. La evaluación de los daños en términos de la valoración del interés de los accionistas es sumamente apropiada. La forma en que el Consejo de Estado llegó a esta valoración invita al análisis. Por lo tanto, la pregunta analítica se convierte en si el Consejo de Estado, al alcanzar una cifra de 5.96 por acción, consideró los factores de mercado apropiados. Las Demandantes afirman que no lo hizo, con base en el propio análisis del Consejo de Estado que es anémico en este punto.

439. El segundo factor en el análisis del Consejo de Estado se refiere a la medida en que valoró la venta del Banco ajustándose a las circunstancias particulares de esa venta. En este punto varios factores de calificación están en orden. El primer factor importante a tener en cuenta es que el Consejo de Estado no tomó en cuenta la venta del Banco en noviembre de 2005 al BBVA por un monto de USD 423,000,000. Esto importa.

440. Significativamente, ninguno de los bancos, bancos similares, fueron vendidos. Comprensiblemente, fueron liquidados. La razón es simple e importante. Se liquidaron porque, a diferencia del Banco, los bancos pares eran insolventes. No tuvieron problemas de liquidez. Realmente, por tanto, necesitaban ser liquidados.

441. El Gobierno de la República de Colombia, a través del Consejo de Estado, observó, subrayó, enfatizó y aclaró que el Banco simplemente tenía un tema de liquidez efímero. Su solvencia estaba bien dentro de la marca legal del 9% en todo momento importante para cualquier valoración de este activo, según la admisión de la propia República de Colombia a través del Consejo de Estado. Debido a que el Banco era financieramente solvente y dinámico, no se liquidó. De manera bastante razonable y comprensible, se vendió, como se venden todos los activos de rendimiento.

442. Sin embargo, debido a que se vendió en las circunstancias que proporcionan predicados materiales de los que puede inferirse que la venta se realizó en un escenario de “venta de emergencia”, cualquier valoración objetiva y profesionalmente acertada del activo debe ajustarse a este factor también.

443. El uso de la propia cifra del Consejo de Estado sugiere que la valoración debía haberse realizado a partir de la fecha del 2 de octubre de 1998, que es la última fecha en que el banco existió como tal antes de la devaluación artificial del valor de las acciones por la Superintendencia y FOGAFIN a la suma de 0.01 COP. Por lo tanto, esta valoración plantea la cuestión de si la fecha del 2 de octubre de 1998 debe ser la fecha adecuada para realizar esta tarea. Los Reclamantes respetuosamente señalan a este Tribunal que no es.

**B. La Expropiación Judicial De La Sentencia Del Consejo De Estado El 26 De Mayo De 2011**

444. Como se explica aquí, el 26 de mayo de 2011, la Corte Constitucional, por los motivos, premisas y autoridades ya presentados, “revocó” la sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007. La sentencia de la Corte Constitucional se adjunta aquí como C-23.



445. Se invita al Tribunal a considerar esta fecha como una de las dos fechas más plausibles, razonables y de evaluación de la industria apropiadas. Según una teoría, esta era la fecha de la toma, aunque no la fecha que da lugar a la acumulación de una reclamación de conformidad con la TPA. Una evaluación de las acciones a partir de esta fecha, como se demuestra más detalladamente a continuación, arrojaría una valoración materialmente diferente y más precisa de los daños sufridos. Este ajuste matemático asumiría el mismo enfoque que el Consejo de Estado ejerció, con calificaciones menores pero importantes en la metodología de mercado implementada. Además, invitaría al ajuste correspondiente apropiado para proporcionar el valor de tiempo correcto del dinero, es decir, la tasa de interés.

**C. La Sentencia Del 25 De Junio De 2014  
Emanada De La Corte Constitucional  
Que Niega El Incidente De Nulidad  
Presentado Por El Consejo De Estado**

446. Los Reclamantes respetuosamente invitan al Tribunal a considerar el 25 de junio de 2014 como la fecha apropiada de valoración de daños. La razón es clara. En esta fecha, venció el último elemento de los factores que dieron lugar a una violación del tratado en virtud del TPA, y, por lo tanto, es la fecha más adecuada para realizar una valoración de las acciones. Esta fecha también

tiene el beneficio adicional de que proporciona al Tribunal estándares de desempeño objetivos del activo (el Banco) a lo largo del tiempo; que sea desde la fecha de la venta (noviembre de 2005) hasta el 25 de junio de 2014 (la fecha en que se originó la causa de la acción a fuerza de fin de todo el trabajo judicial).

447. Debido a que este Tribunal ha bifurcado el procedimiento, en esta etapa jurisdiccional, los Reclamantes en apoyo de su análisis de daños han contratado a la firma de contabilidad de renombre mundial y preeminente Morrison, Brown, Argiz & Farra, LLC (“MBAF”).

448. Esta firma es autora de un Informe de daños preliminares adjunto aquí como CER-6. Con el fin de facilitar aún más la evaluación por parte del Tribunal de los daños que los Reclamantes han sufrido, en esta fase jurisdiccional y, por lo tanto, de acuerdo con la carga y el estándar de prueba aplicables, según se analiza en la Sección IV de este escrito, a continuación se presenta una tabla que identifica los daños que cada Reclamante sufrió basado en el interés respectivo de cada accionista, usando cuatro fechas, cada una de las cuales le brinda al Tribunal una opción.

Calculation of Damages for each Claimant for each relevant date				
Relevant dates	@ 10/03/98	@ 11/01/07	@ 05/26/11	@ 06/25/14
<b>Alberto Carrizosa Gelzis</b>				
Fair Market Value of Claimant's Interest before prejudgment interest (COP \$MM)	COP 43,531	COP 128,313	COP 178,120	COP 225,662
Fair Market Value of Claimant's Interest at 04/30/19 including interest (COP \$MM)	COP 321,016	COP 564,216	COP 606,115	COP 558,631
Claimants' Damages at each relevant date (USD \$MM)	<b>USD 98.84</b>	<b>USD 173.73</b>	<b>USD 186.63</b>	<b>USD 172.01</b>
<b>Felipe Carrizosa Gelzis</b>				
Fair Market Value of Claimant's Interest before prejudgment interest (COP \$MM)	COP 42,769	COP 126,067	COP 175,002	COP 221,712
Fair Market Value of Claimant's Interest at 04/30/19 including interest (COP \$MM)	COP 315,397	COP 554,340	COP 595,505	COP 548,853
Claimants' Damages at each relevant date (USD \$MM)	<b>USD 97.11</b>	<b>USD 170.69</b>	<b>USD 183.36</b>	<b>USD 169.00</b>
<b>Enrique Carrizosa Gelzis</b>				
Fair Market Value of Claimant's Interest before prejudgment interest (COP \$MM)	COP 42,747	COP 126,003	COP 174,914	COP 221,600
Fair Market Value of Claimant's Interest at 04/30/19 including interest (COP \$MM)	COP 315,239	COP 554,062	COP 595,206	COP 548,577
Claimants' Damages at each relevant date (USD \$MM)	<b>USD 97.06</b>	<b>USD 170.60</b>	<b>USD 183.27</b>	<b>USD 168.91</b>

449. De acuerdo con la metodología de evaluación aceptada universalmente, se ha considerado el cambio en el Producto Interno Bruto de la República de Colombia para llegar a

un valor de la acción para cada una de las fechas posiblemente operativas. Sin embargo, este análisis no toma en cuenta los ajustes necesarios que surgen de la venta del Banco en noviembre de 2005. También omite los ajustes adicionales que serían necesarios según el historial de desempeño de los activos de dos años entre la venta del Banco y la emisión de la Sentencia del Consejo de Estado el 1 de noviembre de 2007.

450. Sin embargo, los Reclamantes, en el contexto de esta audiencia bifurcada sobre jurisdicción, invitan al Tribunal a considerar el siguiente valor para las acciones en tres fechas importantes:

- (i) 1 de noviembre de 2007 (USD 25.94 por acción) (fecha de la emisión de la Sentencia del Consejo de Estado);
- (ii) 26 de mayo de 2011 (USD 36,01 por acción) (la fecha en que la Corte Constitucional "revocó" la sentencia del Consejo de Estado); y
- (iii) 25 de junio de 2014 (USD 45,62 por acción) (la fecha en que la Corte Constitucional denegó la solicitud de nulidad presentada por el Consejo de Estado).

451. Los reclamantes respetuosamente afirman que han presentado más que un caso

*prima facie* en esta coyuntura jurisdiccional a los efectos de la sentencia sobre daños que rija para la compensación.

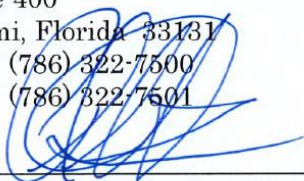
### Conclusión

Por anteriores las razones, autoridad legal, premisas y pruebas, los Reclamantes, Alberto Carrizosa, Felipe Carrizosa y Enrique Carrizosa, solicitan respetuosamente que este Tribunal Arbitral rechace las defensas de la Demandada, la República de Colombia, y procedan a una audiencia de fondo sobre los méritos, en pro de la equitativa administración de la justicia.

Fecha: 29 de Mayo de 2019

Respectfully,

BRYAN CAVE LEIGHTON  
PAISNER LLP  
Pedro J. Martínez-Fraga  
C. Ryan Reetz  
Mark Leadlove  
Domenico Di Pietro  
Joaquín Moreno Pampín  
Rachel Chiu  
200 S. Biscayne Blvd.  
Suite 400  
Miami, Florida 33131  
Tel.: (786) 322-7500  
Fax: (786) 322-7501

By:   
Pedro J. Martínez-Fraga  
*Counsel for Claimant, Alberto  
Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa  
Gelzis, and Enrique Carrizosa Gelzis*