

**EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE BAJO EL
ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL
ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, FIRMADO EL
22 DE NOVIEMBRE DE 2006 Y QUE ENTRÓ EN
VIGOR EL 15 DE MAYO DE 2012**

y

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

**ALBERTO CARRIZOSA GELZIS,
FELIPE CARRIZOSA GELZIS,
ENRIQUE CARRIZOSA GELZIS,
(DEMANDANTES),**

c.

**LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
DEMANDADA.**

(Caso PCA N ° 2018-56)

**RÉPLICA DE LOS DEMANDANTES A LA
RESPUESTA DE LA DEMANDADA SOBRE
JURISDICCIÓN**

601446619.1

**Pedro J. Martinez-Fraga
C. Ryan Reetz
Mark Leadlove
Domenico Di Pietro
Joaquin Moreno Pampin
Rachel Chiu
BRYAN CAVE LLP
200 S. Biscayne Blvd.
Suite 400**

Miami, Florida 33131

Tel.: (786) 322-7500

Fax: (786) 322-7501

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

20 de diciembre de 2019

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	15
A. Ratione Temporis	15
B. Ratione Voluntatis	16
C. Ratione Personae	17
D. Ratione Materiae	18
E. El testimonio	19
I. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN RATIONE TEMPORIS	22
A. Este arbitraje se inició oportunamente dentro del plazo de prescripción aplicable.....	24
1. Los Demandantes tienen derecho al plazo de prescripción más favorable previsto en el TBI entre Colombia y Suiza.....	24
2. Reclamaciones de los Demandantes acumuladas después del plazo de prescripción	42
3. La existencia de acciones del Estado relevantes anteriores no priva al Tribunal de la jurisdicción <i>ratione temporis</i>	52
a. Ningún “Cambio fundamental en el requisito de Status Quo”	60
b. Significado del requisito de “independientemente recurrible”	73
4. La Demandada caracteriza erróneamente la solicitud de nulidad, que fue una solicitud procesal y sustancialmente apropiada dirigida a	

**la decisión de 2011 de la Corte Constitucional .
77**

**B. Las reclamaciones de los Demandantes se
encuentran dentro del alcance temporal del TLC
83**

**1. Las reclamaciones de los demandantes se basan en
una medida tomada por Colombia después de la
entrada en vigor del TLC 83**

**2. La conducta previa al TLC de la Demandada no
impide las reclamaciones de los Demandantes. 93**

**a. No se excluyen las “controversias” previas a la
entrada en vigor..... 93**

b. Esta “controversia” surgió en 2014..... 104

**II.LOS DEMANDANTES CUMPLEN CON EL
PREDICADO JURISDICCIONAL RATIONE
VOLUNTATIS QUE NO HA SIDO REFUTADO 112**

A. Declaración preliminar 112

**1. El significado simple del Capítulo 12 proporciona
un trato nacional exigible (Art. 12.2) y un trato
NMF expansivo (Art. 12.3) 117**

**a. El lenguaje sencillo del Art. 12.1.2(b)
demuestra el consentimiento para
proporcionar a los inversionistas de servicios
financieros estándares exigibles de protección
del trato nacional y el trato de nación más
favorecida para recuperar daños
compensatorios por violaciones comprobadas
117**

2. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2(a) (b) es contraria al CVDT	120
3. La consecuencia necesaria del análisis interpretativo de l Demandada hace que prácticamente la totalidad del capítulo 12 sea ineficaz.....	132
a. El trato nacional no tiene sentido: Un derecho sin recurso	132
b. El trato NMF no tiene sentido: Un derecho sin recurso	135
c. El enfoque de la Demandada es fundamental para sacar el Capítulo 12 del TLC y tratar a los inversionistas de servicios financieros como inversionistas del Capítulo 10, pero con solo dos derechos exigibles	145
d. La Demandada resta significado al Art. 12.4 (Acceso al mercado para instituciones financieras)	154
e. El Artículo 12.11 (Transparencia y administración de ciertas medidas) no tiene fuerza ni efecto de acuerdo con la teoría interpretativa de la Demandada.....	159
f. El Artículo 12.10 (Excepciones) tiene fuerza y efecto limitados de conformidad con la interpretación del Art. 12.1.2(b).....	162
g. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2(b) no concilia la falta de disponibilidad del Art. 12.18 (Solución de controversias) a inversionistas de Servicios financieros	166

h. Sin justificación textual, contextual o política, los inversionistas en servicios financieros reciben un trato menos favorable que el universo entero de inversionistas del Capítulo 10 (Inversión).....	179
i. El Artículo 11.10 no tiene sentido en el contexto del Capítulo 12	182
B. El análisis apropiado de la CVDT del Art. 12.1.2 (b) vuelve exigibles las disposiciones sustantivas contenidas en el Capítulo 12 y, por lo tanto, significativas, incluidos los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF)	189
III. LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DEL EXSUBSECRETARIO DE ASUNTOS INTERNACIONALES DEL DEPARTAMENTO DEL TESORO NO HA SIDO CUESTIONADA Y POR LO TANTO DEBE CONCEDERSE GRAN IMPORTANCIA O ACEPTARSE EN SU TOTALIDAD.....	200
A. El informe pericial del Sr. Olin Wethington promueve las directivas de los Artículos 31.1, 31.2(c), y 32 de la CDVT.....	200
B. La respuesta de la Demandada no abordó las premisas materiales afirmadas en la declaración testimonial de Olin Wethington.....	205
1. El contexto histórico de la negociación y los objetivos de los equipos de negociación no fueron cuestionados ni disputados.....	205
a. La Demandada no aborda el testimonio de Olin Wethington sobre la práctica de los tratados de	

EE. UU. que dan lugar al TLCAN	208
i. Antes del Tratado TLCAN, la práctica de los tratados de los EE. UU. excluía la protección NMF de los servicios financieros	208
ii. La práctica de los tratados de los Estados Unidos demuestra que, cuando tiene la intención de limitar el alcance de una disposición NMF, lo hace expresamente	211
C. Estados Unidos y Colombia declaran explícitamente por escrito las calificaciones y limitaciones a los derechos y obligaciones	222
a. El marco de redacción apoya las reclamaciones directas para hacer cumplir las disposiciones sustantivas del Capítulo 12.....	229
b. El testimonio del Sr. Olin Wethington concuerda con escritos anteriores a esta controversia por décadas.....	230
C. La crisis financiera regional latinoamericana y la redacción del TLCAN: la necesidad de estándares de protección de inversionistas de servicios financieros robustos y exigibles....	231
d. El testimonio sobre trato nacional y NMF ante el Comité de la Cámara de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos.	236
i. Relevancia de la transcripción de las audiencias ante el Comité sobre Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos de la Cámara de	

Representantes el 28 de septiembre de 1993
257

- e. **La República de Colombia aceptó el TLCAN como plantilla para el TLC..... 258**
- f. **Informe de septiembre de 1992 del Comité Asesor en Políticas de Servicios para el Comercio sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte 262**
- D. **La gran mayoría de los laudos arbitrales sobre el tema respaldan y alientan la importación de derechos procesales de conformidad con una cláusula NMF 270**
 - 1. **La Demandada no ofrece respuesta a los casos en los que confían los Demandantes 270**
- E. **La Demandada combina la importación de derechos procesales con el ejercicio de una cláusula NMF para crear el consentimiento..... 284**
 - i. **El trato justo y equitativo es una obligación básica del Capítulo 12 287**
 - 1. **La Demandada ignora la gran autoridad que analiza el término “trato” como un estándar autónomo 292**
- IV. **LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DE LA DEMANDADA RELACIONADOS CON (I) RENUNCIA, (II) CONSULTA Y (III) NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN SON INJUSTIFICADOS. 310**
 - 1. **Ningún requisito de renuncia se aplica al presente caso..... 310**

a. La autoridad en la que se basa Colombia no es aplicable	321 9
2. Consulta y negociación (Artículo 10.15) y notificación formal de intención (Artículo 10.16.2)	328
a. Observaciones generales aplicables a ambas defensas	328
b. Las disposiciones de solución de controversias bajo el Capítulo 10 del TLC no se aplican a este arbitraje	328
c. El TBI entre Colombia-Suiza no impone ningún requisito que afecte a la jurisdicción	330
d. Las Partes Contratantes acordaron expresamente que el consentimiento es incondicional	332
e. Colombia está planteando estas dos defensas de mala fe para abusar del proceso	334
f. El debate ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	336
g. La carta que acompaña la solicitud de arbitraje	339
h. Observaciones específicas con respecto a cada defensa bajo el TLC	340
i. Cuestiones de interpretación y uso de precedentes	341
j. Consulta y negociación	341
k. La Demandada omite selectivamente partes relevantes de la autoridad pertinente	351

3. La notificación de intención..... 359

4. Consulta y negociación (Artículo 10.15) y notificación formal de intención (Artículo 10.16.2)	380
a. Las disposiciones de solución de controversias del TBI entre Colombia y Suiza aplican a este arbitraje	381
b. Nunca deberían haberse planteado las objeciones de la Demandada	385
c. La estipulación de consulta en el TLC no condiciona la jurisdicción del tribunal para escuchar las reclamaciones	387
d. Los casos en los que se basa la Demandada son contrarios a la propuesta para la cual se citan .	
A. La defensa de “fork in the road” no es aplicable...	402
1. La objeción de “fork in the road” de la Demandada está fuera de lugar y es ilógica	403
2. La objeción de la Demandada de “fork in the road” falla ya que los requisitos relevantes no se cumplen	405
3. Las causas de la acción son diferentes	407
4. Los argumentos legales de la Demandada son infundados y engañosos.....	410
a. Pantechniki c. Albania	412
b. H&H c. Egipto	416
c. Supervisión y Control c. Costa Rica	421
V. LOS DEMANDANTES, ALBERTO CARRIZOSA-GELZIS, FELIPE CARRIZOSA GELZIS Y ENRIQUE CARRIZOSA GELZIS CUMPLIERON CON LA CARGA PRIMA FACIE QUE	

ESTABLECE QUE LA NACIONALIDAD DE ESTADOS UNIDOS ES SU NACIONALIDAD DOMINANTE Y EFECTIVA: HABIENDO CUMPLIDO CON ESTA CARGA LA DEMANDADA NO HA PODIDO REFUTAR ESTA POSICIÓN.....	426
A. Declaración preliminar	426
B. Elementos reales del estándar para determinar la prueba de nacionalidad dominante y efectiva	429
C. Aplicación del estándar correcto a la evidencia ante este Tribunal	452
1. Lo que la Jurisprudencia de hecho expresa como factores y principios de aplicación.....	452
D. La prueba dominante y efectiva consta de dos elementos interrelacionados.....	454
1. “Cómo” y “Por qué” los ciudadanos con doble nacionalidad adquirieron ese status	457
2. Consideraciones subjetivas.....	459
3. Matriz familiar de los Demandantes.....	463
4. Educación	467
5. Residencia	471
6. Idioma	480
7. Finanzas.....	481
8. Cuidados de la salud.....	492 12
9. Afinidades culturales.....	493
E. La ausencia o presencia de un esquema o propósito único y la política del TLC.....	498

1. El caso Ballantine c. República Dominicana es ilustrativo debido a la falta de normas y razonamiento legal del Tribunal.....	512
2. El Tribunal de Ballantine reconoce la jurisprudencia que enumera los factores y principios rectores en cuanto a la forma de aplicación	513
3. El error legal del tribunal de Ballantine	517
VI.EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN RATIONE MATERIAE	523
A. Los Demandantes poseían inversiones calificadas dentro del alcance y cobertura del Capítulo 12 del TLC	524
1. Los Demandantes que invirtieron en el Sector de Servicios Financieros de Colombia.....	525
2. Los Demandantes cumplen con la limitación Ratione Materiae como asunto de derecho y hecho	526
3. Colombia no puede obtener ninguna ventaja de sus propias acciones ilícitas.....	532
B. El supuesto incumplimiento de los Demandantes de los requisitos locales de Colombia para inversiones extranjeras no priva al tribunal de jurisdicción.....	534
1. La jurisdicción del tribunal Ratione Materiae no depende de que los inversionistas cumplan las leyes y reglamentos administrativos del Estado anfitrión	534

a. El TLC no contiene ningún requisito “de conformidad con la ley” para limitar la jurisdicción del Tribunal	534
b. No existe un principio de derecho internacional público que limite la jurisdicción del Tribunal a las inversiones de conformidad con las disposiciones de derecho interno	544
c. La posición de la Demandada de que se aplica un requisito de conformidad incluso en ausencia de un tratado expreso en el lenguaje es infundada	558
d. Cualquier restricción jurisdiccional basada en el cumplimiento de la ley sin tratado no se extenderá a los requisitos administrativos de Colombia	578
i. La Demandada no ha alegado ninguna violación grave de los principios legales fundamentales	579
ii. Incluso si TLC hubiera contenido una disposición de “Acuerdo con la ley”, el supuesto incumplimiento regulatorio de los Demandantes sería insuficiente para anular la Jurisdicción del Tribunal.....	585 14
C. EN CUALQUIER CASO, LAS INVERSIONES DE LOS DEMANDANTES CUMPLIERON CON LA LEY COLOMBIANA	593
D. COLOMBIA ESTÁ IMPEDIDA DE PLANTEAR EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE LA LEY COLOMBIANA.....	599

VII. LA OPINIÓN PERICIAL DEL DR. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR.....	604
Conclusión	611

INTRODUCCIÓN

El desafío jurisdiccional de la Demandada es letalmente defectuoso con respecto a los cuatro predicados del ejercicio de jurisdicción de este Tribunal: *ratione temporis*, *ratione voluntis*, *ratione personae* y *ratione materiae*. Se demostrará con considerable detalle que los Demandantes han ofrecido mucho más que una simple muestra “*prima facie*”.

Como se detallará en esta réplica, si bien la carga de la prueba de los Demandantes se ha cumplido y, excedido con creces, a efectos de una consideración jurisdiccional, la Demandada categóricamente no ha cumplido con la carga que técnicamente se ha trasladado a la República de Colombia. Esta exposición se aclarará.

A. Ratione Temporis

El Tribunal tiene jurisdicción *ratione temporis* pues este asunto se inició oportunamente y se refiere a una medida del Estado que se tomó después de la entrada en vigor del TLC. Contrariamente a las afirmaciones de la Demandada, los Demandantes tienen derecho al período de prescripción más favorable que Colombia ha extendido a los inversionistas suizos, que proporciona un plazo límite de cinco años. Además, el esfuerzo de la Demandada de combinar el significado particular de “controversia” en el TBI suizo con una concepción más amplia de los desacuerdos no está respaldada por el tratado ni por el derecho internacional público en general. Finalmente, el hecho de que Colombia participara en una serie de medidas relacionadas con las inversiones de los Demandantes antes de la entrada en vigor del tratado no priva al tribunal de jurisdicción sobre esta controversia con respecto a la Orden 188/14 de 2014.

B. Ratione Voluntatis

El Tribunal tiene jurisdicción *ratione voluntatis* porque el Capítulo 12 del TLC crea una clase de inversionistas que cuentan con estándares de protección de trato completos que están sujetos al cumplimiento. Los Demandantes demuestran que la interpretación adecuada del Art. 12.1.2(b) complementa y no restringe a los inversionistas en servicios financieros de ejercer los sólidos estándares de protección de trato establecidos en ese Capítulo.

Además, el Art. 12.3 (NMF) se puede ejercer para extender el plazo límite de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza a fin de crear un trato más favorable de un derecho existente. El análisis interpretativo del Art. 12.1.2(b) elimina del Capítulo 12 (Servicios Financieros)

el contenido conceptual y la aplicación práctica de los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF), reduciendo estas y todas las demás disposiciones sustantivas del Capítulo 12 al estado de los derechos sin recursos, un resultado que frustraría el funcionamiento, el propósito y los objetivos de ese Capítulo. Además, la afirmación de la Demandada de que la importación de condiciones más favorables, al aumentar el plazo límite de tres a cinco años constituye una reescritura de la disposición ISDS (Arbitraje de Disputas Inversionista-Estado, por sus siglas en inglés) aplicable, es desmentida por la jurisprudencia, la razón básica y el sentido común. La Demandada también se equivoca al combinar el análisis TBI con el del TLC, tratando ambos como instrumentos incomparables. No lo son.

Las Partes contratantes consintieron en un ejercicio solido del Art. 12.3 (NMF), que está respaldado textualmente, de conformidad con la práctica de tratados de las Partes contratantes, los *travaux préparatoires* existentes (incluidos los testimonios ante el Congreso de los EE.UU.), testimonios no refutados de peritos y testigos, y la jurisprudencia aplicable sobre este tema. Además, incluso si *todos* los argumentos de la Demandada fuesen aceptados como rectores, que no lo son, no se discute en este caso si las Partes contratantes consintieron en arbitrar el Art. 10.7 (Expropiación e Indemnización), que se incorpora explícitamente y sin objeciones al Art. 12.1.2(b) del Capítulo de Servicios Financieros del TLC.

C. *Ratione Personae*

El Tribunal tiene jurisdicción *ratione personae* porque el Art. 10.22.1 del TLC prescribe que cualquier

controversia que surja de ese Acuerdo debe regirse por las normas aplicables del derecho internacional. Este conjunto de leyes establece una lista no exhaustiva de factores y una metodología específica para su aplicación que comprende el estándar aplicable para determinar la nacionalidad-ciudadanía dominante y efectiva de un demandante. El testimonio de hecho ante este Tribunal, gran parte del cual no ha sido impugnado, y mucho menos refutado, obliga al ejercicio de la jurisdicción *ratione personae*.

Específicamente, el testimonio ofrecido establece que la aplicación de los factores rectores en consonancia con la metodología prescrita demuestra que la nacionalidad-ciudadanía dominante y efectiva de los Demandantes es la de los Estados Unidos.

Esta conclusión es particularmente convincente cuando los factores aplicables para la determinación de la nacionalidad-ciudadanía dominante y efectiva se consideran, como deben ser, en el contexto de la vida entera de los Demandantes y de acuerdo con un enfoque totalmente holístico de las circunstancias.

La Demandada se equivoca al diseñar un análisis limitado y restringido de cuatro puntas, ignorando los principios que rigen la aplicación de estos factores y al tratar la ley aplicable como no obligatoria. Es comprensible que este enfoque falle.

D. Ratione Materiae

El Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* porque los Demandantes hicieron una inversión en el sentido del tratado. La inversión inicial de los Demandantes en Granahorrar fue indiscutiblemente una

inversión de capital en una institución financiera, y fue solo a través de las acciones de la Demandada que la inversión se transformó en diferentes modos y en diferentes momentos.

La afirmación de la Demandada de que el supuesto incumplimiento por parte de los Demandantes de las reglas locales de registro de inversiones, no priva al tribunal de jurisdicción, porque, entre otras cosas, el TLC no contiene ninguna disposición que restrinja su cobertura a las inversiones realizadas de conformidad con la ley del Estado anfitrión.

Además, incluso si tal requisito pudiera imponerse a los Demandantes a pesar del lenguaje claro del tratado, el supuesto incumplimiento no invoca preocupaciones sustanciales de política y no justificaría privar a los Demandantes de la protección del TLC.

E. El testimonio

Los Demandantes invitan al Tribunal a contextualizar adecuadamente el testimonio pericial y de hecho que se ha ofrecido. Los tres Demandantes han presentado declaraciones de testigos jurisdiccionales además de Astrida Benita Carrizosa. La respuesta de la Demandada sobre la jurisdicción (Respuesta) no ha cuestionado muchas de las premisas jurisdiccionales centrales sobre bases significativas. De hecho, una buena cantidad de proposiciones probatorias fundamentales, no han sido cuestionadas en absoluto.

Durante el curso de la Respuesta, la “evidencia” que la Demandada presenta, notablemente en forma de argumentos impropios de un abogado, no es ni *material* ni probatoria de los asuntos presuntamente afirmados. En efecto, la Demandada no ofrece ningún testigo de hecho, y solo un testigo experto, el Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar.

Como se establecerá sucintamente, en parte, en esta réplica, el Dr. Ibáñez no ha revelado información extremadamente importante de conformidad con el Art. 5(2) (c) de las *Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional* que establezca más allá de toda duda que él ha tenido relaciones profesionales múltiples y de larga data con la República de Colombia.

Estos lazos entran en conflicto directa y explícitamente con las representaciones hechas en el párrafo 3 de su testimonio pericial en el que afirma que no tiene ninguna relación profesional o laboral con Colombia. Quizás el Dr. Ibáñez pone mayor peso en la presente forma progresiva del verbo “tener” (to have).

Los Demandantes solicitarán al Tribunal que suprima o simplemente que no otorgue importancia alguna a su opinión pericial, que también tiene fallas técnicas.

Los Demandantes también han ofrecido el testimonio de siete peritos.¹La respuesta de la Demandada solo se refiere al testimonio de uno de los siete testigos, el Sr. Olin Wethington, el ex subsecretario del Departamento del Tesoro y principal negociador del Capítulo 14 (Servicios Financieros) del TLCAN por parte de los Estados Unidos. Al hacerlo, sin embargo, la Demandada evita cualquier análisis de méritos al caracterizar ese testimonio como meras reflexiones y recuerdos que no deberían considerarse en absoluto y que “ni siquiera son instructivos”.

Los Demandantes invitan respetuosamente al Tribunal a evaluar todas las declaraciones de los peritos en forma independiente, así como en el contexto de la Respuesta de la Demandada. El Tribunal determinará que tiene jurisdicción competente para llevar a cabo una completa y exhaustiva audiencia de méritos derivada del abuso de la soberanía normativa, legislativa y judicial de la República de Colombia.

¹ La exmagistrada Dra. Martha Teresa Briceño, el Dr. Luis Fernando López-Roca, el exmagistrado Alfonso Vargas Rincón, el Profesor Jack J. Coe, Jr., el Profesor Loukas Mistelis, el Sr. Olin L. Wethington y el Sr. Antonio L. Argiz, CPA

I. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN *RATIONE TEMPORIS*

1. La Demandada plantea una serie de argumentos dirigidos a la jurisdicción *ratione temporis* del tribunal, prácticamente todos los cuales se basan en una recalificación de las reclamaciones de los Demandantes con el fin de situarlas en un momento anterior en el tiempo. Sin embargo, es prerrogativa de los Demandantes formular sus reclamaciones como mejor les parezca. Como se indica en *ECE Projektmanagement* ²

[e]llo es para que el inversionista alegue y formule sus reclamaciones de incumplimiento de los estándares relevantes del tratado como lo considere conveniente. No corresponde al Estado demandado refundir esas reclamaciones de una manera diferente a su elección y, en consecuencia, las reclamaciones de las Demandantes deben evaluarse sobre la base de las alegaciones.³

² ECE Projektmanagement International GmbH y Kommanditgesellschaft Panta Achtundsechzigste Grundstücksgesellschaft mbH & Co. c. La República Checa, CNUDMI, PCA Caso No. 2010-5, (Adjudicación) (19 de septiembre de 2013) (“ECE Projektmanagement”), ¶ 4.743, CLA-162. Ver *Eli Lilly & Co. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2 (Laudo) (16 de marzo de 2017) ¶¶ 162-65 (rechazando el intento de la Demandada de volver a caracterizar el caso de la Demandante para fines jurisdiccionales), CLA-183

³ *Infinito Gold, Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI N.º ARB/14/5 (Decisión sobre jurisdicción) (4 de diciembre de 2017), ¶ 185, RLA-0030.

2. El intento de la Demandada de tratar de refundir el caso de los Demandantes resulta particularmente inapropiado en el momento actual, en que el tribunal se ocupa de cuestiones jurisdiccionales. Como explicó el tribunal en *Infinito Gold*:

[e]n la etapa jurisdiccional, un Tribunal debe ser guiado por el caso según sea presentado por el demandante con el fin de evitar el incumplimiento de los derechos de proceso del demandante. Proceder de otra manera es incurrir en el riesgo de desestimar el caso con base en argumentos no presentados por el demandante, a un gran costo procesal para esa parte.⁴

3. Aquí, las reclamaciones de los Demandantes surgen de la Orden 188/14, la denegación de la Corte Constitucional el 25 de junio de 2014 de la solicitud de nulidad de su opinión del 26 de mayo de 2011. Debido a que la medida del Estado relevante ocurrió cuando el TLC estaba en vigor, y dentro de los cinco años anteriores al comienzo del arbitraje (un plazo límite a disposición de los Demandantes a través de la disposición de NMF del Art. 12.3 del TLC), el Tribunal tiene jurisdicción *ratione temporis* sobre las reclamaciones de los Demandantes.

⁴ *Id.* ¶ 186.

A. Este arbitraje se inició oportunamente dentro del plazo de prescripción aplicable

4. El plazo límite de tres años establecido en el Art. 10.18 del TLC no es aplicable a las reclamaciones de los Demandantes en este arbitraje. Por el contrario, los Demandantes tienen derecho a beneficiarse del plazo límite de cinco años más favorable contenido en el TBI entre Colombia y Suiza. Los Demandantes presentaron sus reclamaciones a arbitraje el 24 de enero de 2018. Debido a que las reclamaciones que están presentando surgieron después del 24 de enero de 2013 (*es decir*, dentro de los cinco años anteriores a la presentación de las reclamaciones a arbitraje), la demanda de arbitraje de los Demandantes es oportuna.

1. Los Demandantes tienen derecho al plazo de prescripción más favorable previsto en el TBI entre Colombia y Suiza

5. Como se explica en el Memorial sobre Jurisdicción de los Demandantes (fechado el 29 de mayo de 2019) (en ¶¶ 333-396), en la Declaración pericial de Olin L. Wethington (fechada el 16 de mayo de 2019) (en ¶¶ 26-35), y en la sección Jurisdicción *Ratione Voluntatis* de esta Réplica (en la Parte II), la cláusula NMF del Art. 12.3 del TLC extiende a los Demandantes la protección de un trato procesal más favorable, así como sustantivo, extendido por Colombia a los inversionistas de otras naciones. Como han explicado los Demandantes, la cláusula del Art. 12.3 está redactada en términos generales y sería, textual y lógicamente, insostenible limitar su aplicación únicamente a cuestiones de protección sustantivas. De hecho, los procedimientos de resolución de controversias son una parte integral del

régimen moderno de protección de la inversión y la discriminación con respecto a los mismos claramente resulta en un trato desigual de las inversiones.

6. La Demandada critica la falta de un análisis expreso del Art. 12.3 del TLC en relación con el Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).⁵Dada el extenso análisis sobre la disposición de NMF en la sección Jurisdicción *Ratione Voluntatis* del Memorial sobre Jurisdicción de los Demandantes,⁶que analiza los artículos 31 y 32 de la CVDT en profundidad, el comentario de la Demandada es desconcertante. En cualquier caso, la prueba articulada por el Art. 31 de la CVDT deja en claro que la disposición NMF del Art. 12.3 del TLC se extiende a todo “trato”, incluido el trato con respecto a los recursos procesales.

7. La proposición central del Art. 31 de la CVDT es que “Un tratado deberá 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”. En este caso, cada uno de estos elementos - los términos del tratado, su contexto, el objeto y fin del tratado - todos apoyan una lectura de la disposición de NMF que incluye recursos procesales como el trato de nación más favorecida que fue garantizado a los Demandantes.

⁵ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción ¶ 254.

⁶ *Id.* ¶¶ 333-96.

8. Al considerar los términos del tratado, el tribunal comienza con el lenguaje del Art. 12.3(l), que establece que

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 otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas, a las instituciones financieras, a las inversiones de inversionistas en instituciones financieras y a los proveedores transfronterizos de servicios financieros de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte.

9. El sentido corriente del Art. 12.3 claramente apoya la interpretación de los Demandantes. La disposición garantiza a los inversionistas de una Parte y sus inversiones, un “trato no menos favorable” que el dado por la otra Parte a inversionistas e inversiones de cualquier otro país. Esta garantía no se limita a la aplicación de los estándares sustantivos de protección del TLC, que se estipulan en el tratado, independientemente de cualquier trato NMF. La garantía tampoco se limita a los estándares sustantivos de protección.

10. El lenguaje del Art. 12.3 garantiza el “trato” de nación más favorecida en circunstancias similares, sin ninguna otra limitación. Este es un lenguaje amplio y, como los Demandantes han

demostrado en su memorial inicial, se ha interpretado adecuadamente para incluir aspectos de procedimiento de cómo se trata a los inversionistas.⁷ Como lo señaló el profesor Loukas Mistelis en su informe pericial (CER-1, ¶ 92), “las disposiciones de solución de controversias, por su propia naturaleza, pertenecen a la misma categoría que las protecciones sustantivas para los inversionistas extranjeros. En otras palabras, la forma en que un derecho se ejerce en un procedimiento es parte integrante de la protección sustantiva”.⁸

⁷ Memorial sobre Jurisdicción, 333-94.

⁸ Véase también *Maffezini c. Reino de España / Caso CIADI N. ° ARB/97/7* (Decisión sobre jurisdicción) (25 de enero de 2000) ¶ 54 (“existen buenas razones para concluir que hoy los arreglos de solución de controversias están inextricablemente relacionados con la protección de los inversionistas extranjeros”), *CLA-3L Siemens AG. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/8* (Decisión sobre Jurisdicción) (3 de agosto de 2004), ¶ 102 (el acceso a los mecanismos de resolución de controversias es parte del trato de los inversionistas extranjeros y de sus inversiones y de las ventajas accesibles a través de una cláusula NMF”), *CLA-81; Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/10* (Decisión sobre Jurisdicción) (17 de junio de 2005) ¶¶ 29, 31 (los mecanismos de resolución de controversias inversionista-Estado “son universalmente considerados por los opositores así como por los proponentes, como esenciales para un régimen de protección de la inversión extranjera directa”, y “la disposición para el arbitraje internacional inversionista-estado en tratados bilaterales de inversión es un incentivo y protección sustantivos e importantes para los inversionistas extranjeros”), *CLA-35; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA et al. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19* (Decisión sobre Jurisdicción) (3 de agosto de 2006) ¶ 59 (“Desde el punto de vista de la promoción y protección de inversiones, que son los objetivos declarados del TBI Argentina-España y el TBI Argentina- Reino Unido, la solución de controversias es tan importante como otras materias reguladas por esos TBI y forma una parte integrante del régimen de protección de las inversiones que han convenido los Estados soberanos de que se trata”), *CLA-286. ; Hochtief AG c. República Argentina,*

11. El contexto en el que el Art. 12.3 aparece dentro del TLC también confirma que ofrece una amplia garantía con respecto al “trato” de los inversionistas y las inversiones en general. Otros tres artículos del tratado brindan a los inversionistas protecciones comparativas -- la disposición sobre trato nacional del Art. 10.3; la disposición del trato de nación más favorecida del Art. 10.4 y la disposición del trato nacional del Art. 12.2 -- sin embargo, las garantías en cada una de esas tres disposiciones se limitan a aspectos específicos (aunque amplios) del trato, en contraste con la garantía de “trato” general del Art. 12.3.

12. Por ejemplo, el Art. 10.3(l)-(2) (en el capítulo de inversiones) establece que:

1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas *en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.*

Caso CIADI No. ARB/07/31 (Decisión sobre Jurisdicción) (24 de octubre de 2011) ¶¶ 66-67 (El derecho (‘procesal’) a hacer cumplir otro derecho (‘sustantivo’) es un componente de los conjuntos de derechos y deberes que conforman el concepto legal de qué propiedad es”, y “el derecho a la ejecución es un componente esencial de los derechos de propiedad en sí mismos, no un derecho completamente distinto”), RLA-0056.

2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas *en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones.*

(énfasis nuestro).

13. Del mismo modo, el Art. 12.2(l)-(2) (en el capítulo de servicios financieros) establece lo siguiente:

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas, en circunstancias similares, *con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de instituciones financieras e inversiones en instituciones financieras en su territorio.*

2. Cada Parte otorgará a las instituciones financieras de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte en instituciones financieras un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propias instituciones financieras, y a las inversiones de sus propios inversionistas en instituciones financieras, en circunstancias similares,

con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de instituciones financieras e inversiones.

(énfasis nuestro).

14. Finalmente, y más significativamente, el Art. 10.4 -- la disposición de nación más favorecida del capítulo de inversiones - proporciona una garantía de trato igualmente circunscrita:

1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones en su territorio.

2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en *circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones.*

(énfasis nuestro).

15. Estas disposiciones relacionadas del TLC demuestran que la garantía del Art. 12.3 de trato de nación más favorecida tiene un alcance más amplio que el de las disposiciones relacionadas, ya que proporciona un “trato” en general y carece del lenguaje adicional de calificación y limitación.

16. Esta estructura, en la que el trato de nación más favorecida garantiza a los inversionistas en servicios financieros, es más amplio que los otros tres tipos de trato comparativo, es una característica común de los acuerdos comerciales de EE.UU. desde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Por ejemplo, el Art. 1406 del TLCAN prevé el “trato” NMF de las inversiones en servicios financieros, mientras que el Art. 1103 en el capítulo de inversiones generales extiende el trato NMF solo “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones”. Los

tratados de libre comercio de EE. UU. con Australia,⁹ Chile,¹⁰ Corea,¹¹ Marruecos,¹² Omán,¹³ Panamá¹⁴ y Singapur,¹⁵ así como con CAFTA-DR,¹⁶ mantienen una distinción similar.

17. La Demandada concede demasiada importancia a la nota 2 del Art. 10.4 del TLC, que aclara que el lenguaje específico de ese Artículo no pretende “abarcarse mecanismos de resolución de controversias, como los de la Sección B [del Capítulo 10], que están previstos en tratados de inversión o acuerdos comerciales internacionales”. Sin embargo, como han señalado los Demandantes,¹⁷ las partes del TLC decidieron *no* incluir una nota al pie tan limitativa a la cláusula de NMF en el Art. 12.3, que es la cláusula contenida en el capítulo de servicios financieros del TLC y es relevante para este caso. La consecuencia lógica de tal omisión es que la disposición de NMF del Art. 12.3, a diferencia de la del

⁹ Artículos 11.4, 13.3 (firmados el 18 de mayo de 2004; entraron en vigor el 1 de enero de 2005), CLA-343.

¹⁰ Artículos 10.3, 12.3 (firmados el 6 de junio de 2003; entraron en vigor el 1 de enero de 2004), CLA-345.

¹¹ Artículos 11.4, 13.3 (firmados el 30 de junio de 2007; entraron en vigor el 15 de marzo de 2012), CLA-346.

¹² Artículos 10.4, 12.3 (firmados el 15 de junio de 2004; entraron en vigor el 1 de enero de 2006), CLA-347.

¹³ Artículos 10.4, 12.3 (firmados el 19 de enero de 2006; entraron en vigor el 1 de enero de 2009), CLA-348.

¹⁴ Artículos 10.4, 12.3 (firmados el 28 de junio de 2007; entraron en vigor el 31 de octubre de 2012), CLA-349.

¹⁵ Artículos 15.4, 10.3 (firmados el 6 de mayo de 2003; entraron en vigor el 1 de enero de 2004), CLA-351.

¹⁶ Artículos 10.4, 12.3 (firmados el 5 de agosto de 2004; entraron en vigor el 1 de enero de 2005), CLA-344.

¹⁷ Memorial inicial de los Demandantes en ¶ 338.

Art. 10.4, de hecho, se extiende a los mecanismos de resolución de controversias.¹⁸

18. Tampoco hay ninguna base textual u otra para incorporar la nota 2 al pie en el Capítulo 12 del TLC. El Artículo 12.1(2) establece que los elementos del Capítulo 10 se aplican al Capítulo 12 “solo en la medida en que dichos Capítulos o Artículos de dichos Capítulos son incorporados en este Capítulo”. Y tampoco el Art. 10.3, ni su nota al pie anexa, se mencionan entre las disposiciones incorporadas. Además, el Art. 10.2(1) estipula expresamente que En caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, *el otro Capítulo prevalecerá* en la medida de la inconsistencia”. (Énfasis nuestro).

19. No solo la nota 2 al pie del Art. 10.4 *nunca* se incluyó ni se incorporó al Capítulo 12, ni se hizo de alguna otra manera aplicable al Art. 12.3; sino que un análisis del texto de las disposiciones pertinentes confirma que la limitación descrita en esa nota 2 al pie *simplemente no se aplica* al Art. 12.3. Como se señaló anteriormente, el Art. 10.4 limita expresamente su concesión de protección de nación más favorecida a ciertas categorías enumeradas de trato, *es decir*, trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión,

¹⁸Esta conclusión se ve reforzada por la inclusión en el Capítulo Once del TLC (“Comercio transfronterizo de servicios”) de otra nota al pie que confirma que las disposiciones de ese Capítulo no están sujetas al arbitraje inversionista-estado en virtud del Capítulo Diez. La nota al pie 1 del Artículo 11.1.3 establece que “[l]as Partes entienden que nada en este Capítulo, incluido este párrafo, está sujeto a la solución de controversias inversionista-estado de conformidad con la Sección B del Capítulo Diez (Inversión)”. Las Partes en el TLC claramente sabían cómo prever expresamente la exclusión de los recursos de solución de controversias con respecto a las disposiciones del Tratado cuando así lo deseaban.

administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones».

20. Y es precisamente ese lenguaje limitante que la nota 2 al pie del Art. 10.4 sirve para aclarar:

2. Para mayor certeza, el *trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones”* a que se hace referencia en los párrafos 1 y 2 del artículo 10.4 no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.

(énfasis nuestro).

21. Porque la nota 2 al pie “aclara” expresamente el lenguaje limitante presente en el Art. 10.4, pero ausente en el Art. 12.3, es evidente que la aclaración establecida en la nota 2 al pie no tiene aplicación en este último artículo, más ampliamente redactado.

22. De hecho, si las partes hubieran deseado evitar por completo cualquier obligación de extender el trato de nación más favorecida con respecto a los mecanismos de resolución de controversias, habría sido sencillo acordar, en relación con los Artículos 10.4 y 12.3, que la frase “trato”, a los efectos de esos artículos, no se extiende a tales mecanismos. Del mismo modo, las partes podrían haber incluido una nota al pie del Art. 12.3 para restringir el término “trato” (a diferencia del lenguaje *realmente* abordado en la nota 2 al pie, que está ausente en el Art. 12.3). Las partes tampoco decidieron hacerlo, y en su lugar eligieron un lenguaje que limitaba solo el lenguaje específicamente expresado en el Art. 10.4 en el capítulo de inversiones generales.

23. Las diferencias entre las disposiciones de nación más favorecida de los Artículos 10.4 y 12.3, incluida la aplicación de la nota 2 al pie solo del capítulo de inversiones, no fueron accidentales. Como se mencionó anteriormente, los tratados comerciales de los Estados Unidos que se remontan al TLCAN prevén diferentes ámbitos de protección de NMF en sus capítulos de inversiones y servicios financieros, respectivamente. Por otra parte, unos siete meses antes del TLC, Estados Unidos había empleado una nota al pie idéntica de una manera idéntica en su Tratado de Libre Comercio con Perú, que fue firmado el 12 de abril de 2006. El Artículo 10.4 del capítulo de inversiones generales del TLC de

Perú-Estados Unidos es idéntico al Art. 10.4 del TLC de Colombia-EE. UU., y ambas disposiciones contienen una nota 2 al pie idéntica que limita la aplicación de las categorías de trato enumeradas. Del mismo modo, el Art. 12.3 en el capítulo de servicios financieros del TLC de Perú-Estados Unidos es idéntico al Art. 12.3 del TLC de Colombia-EE. UU. (incluida la ausencia de una nota al pie), y extiende el trato de nación más favorecida en general, en lugar de solo a las categorías enumeradas específicas de dicho trato.¹⁹

24. La práctica de tratados de Colombia refleja un enfoque similar. El Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico 2014 (entre Colombia, Chile, México y Perú), que entró en vigor el 1 de mayo de 2016, contiene los capítulos de trato nacional y las disposiciones de NMF en sus inversiones generales y los servicios financieros que se estructuraron de manera idéntica al de los TLC de Colombia-EE. UU. y Perú-EE. UU.²⁰ Al igual que con los dos últimos TLC, el Protocolo adicional contiene una nota al pie que excluye los mecanismos de solución de controversias de la disposición de NMF en el capítulo de

¹⁹ Del mismo modo, en septiembre de 2018, los Estados Unidos y Corea acordaron modificar su Tratado de Libre Comercio para, *entre otras cosas*, añadir una disposición restrictiva similar a la disposición de NMF del Capítulo General de Inversiones del TLC, siempre y cuando

Para mayor certeza, el trato al que se refiere este artículo no abarca los procedimientos o mecanismos internacionales de resolución de controversias, como los incluidos en la Sección B.

Tratado de libre comercio de Corea-EE. UU., modificado a partir del 1 de enero de 2019, Art. 11.4, CLA-346. La disposición de NMF del capítulo de Servicios Financieros del TLC, el cual, al igual que el capítulo general de Inversiones, se asemeja mucho al TLC, no se modificó para incluir ningún lenguaje tan restrictivo. *Id.*, Art. 13.3.

²⁰ Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (2014), Artículos 10.4, 10.5, 11.3, 11.4, CLA-338.

inversiones generales, pero no en la disposición de NMF del capítulo de servicios financieros donde se usó un vocabulario diferente.²¹

25. El Tratado de Libre Comercio 2008 de Colombia con Canadá, que entró en vigor el 15 de agosto de 2011, establecía las mismas distinciones. Ese TLC, como el TLC de EE. UU.-Colombia y muchos otros tratados comerciales de EE. UU., contiene capítulos separados para inversiones en general (excluyendo inversiones en servicios financieros) y para inversiones en servicios financieros. Las disposiciones de trato nacional en ambos capítulos, y la disposición de NMF en el capítulo de inversiones generales, se limitan a “trato... con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones..”. En contraste, el capítulo de servicios financieros garantiza el “trato” NMF en general.²² Y una disposición restrictiva presente solo en el artículo NMF de inversiones generales subraya la diferencia entre ese artículo y la disposición NMF de servicios financieros más amplia:

Para mayor claridad, el trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones” a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los de la Sección

²¹ *Id.* Artículos 10.5 n. 6, 11.4.

²² Tratado de Libre Comercio de Canadá-Colombia (2011) Arts. 803, 804, 1102, 1103, CLA-304.

B de este Capítulo, que están previstos en tratados internacionales o acuerdos comerciales.²³

²³ Tratado de Libre Comercio de Canadá-Colombia (2011) Art. 804(3). *Ver también* Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Costa Rica (entró en vigor el 1 de agosto de 2016), Artículos 12.2, 12.3, 14.2, 14.3 (misma estructura, estableciendo en el Art. 12.3(3) del capítulo de inversiones que "Para mayor certeza, el trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones, referido en los párrafos 1 y 2, no comprende los procedimientos de solución de controversias, como el previsto en la sección B del presente Capítulo, que se establecen en Tratados Internacionales, incluyendo acuerdos comerciales o de inversión", CLA-324-A, Tratado de Libre Comercio de Colombia-Panamá (firmado 20 de septiembre de 2013, aún no en vigor), Artículos 14.3, 14.4, 16.2, 16.3 (lo mismo, con lenguaje excluyente en el Art. 14.4(3) de la disposición de NMF de inversiones generales), CLA-327.

26. De hecho, el Tratado de Libre Comercio 2006 de Colombia con Chile, que entró en vigor en 2009, deja perfectamente claro que el efecto del lenguaje adicional que restringe el trato de NMF “con respecto al establecimiento, adquisición”, etc., es para excluir el trato de NMF con respecto a la solución de controversias --trato que de otro modo sería aplicable, como es el caso con el Art. 12.3 del TLC. El Artículo 9.3 del TLC Chile-Colombia, que está contenido en el capítulo Inversión,” garantiza el trato de NMF a los inversionistas “en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”. La nota 3 al pie de ese artículo establece que ‘Las Partes reflejan su acuerdo respecto al Artículo 9.3 en el Anexo 9.3’. Y el Anexo 9.3 establece que

Las Partes acuerdan el ámbito de aplicación del Artículo 9.3, *solo comprende* las materias relacionadas al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición relativa a la inversión y, *por lo tanto*, no será aplicable a materias procedimentales, incluyendo mecanismos de solución de controversias como el contenido en la Sección B de este Capítulo.

(énfasis nuestro).

27. Colombia adoptó una interpretación similar del lenguaje restrictivo en el Tratado de Libre Comercio de 2013 que firmó con Israel (que aún no está

en vigencia). El Artículo 10.5, la disposición de NMF del Capítulo de Inversiones, contiene una disposición que limita expresamente la garantía de NMF para que no se aplique a las disposiciones de solución de controversias:

En aras de evitar cualquier malentendido, se aclara además que el trato mencionado en los párrafos 1 y 2 no se aplicará a las definiciones, ni a los mecanismos de solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte, o cualquier otro asunto que no se mencione específicamente en los párrafos 1 y 2.

Y los párrafos 1 y 2 del Artículo garantizan el trato de nación más favorecida a los inversionistas e inversiones, respectivamente, con respecto a la expansión, administración, mantenimiento, uso, disfrute, conducción o disposición de su inversión, operación y venta u otra disposición de las inversiones..”²⁴

28. Por lo tanto, la práctica de los tratados de los Estados Unidos y Colombia confirma que (1) las partes excluyen expresamente la solución de controversias del trato de NMF cuando lo desean; (2) en los tratados que abordan por separado las inversiones en servicios financieros, siempre brindan un trato de NMF más amplio a las inversiones en servicios financieros que a las inversiones en general; y (3) cuando la solución de controversias se excluye del trato de NMF, la exclusión se aplica al alcance más limitado del trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración,

²⁴ Tratado de Libre Comercio de Colombia-Israel (2013), Art. 10.5(1)- (3), CLA-325.

conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones” que se extiende a las inversiones en general, a diferencia del trato más amplio de NMF otorgado a las inversiones en servicios financieros.

29. Finalmente, como se analiza con mayor detalle en la sección de Jurisdicción *Ratione Voluntatis* de esta Réplica (en la Parte II), interpretar “trato” en el Art. 12.3 del TLC de manera que abarque el trato en relación con los procedimientos de solución de controversias es más consistente con el objeto y fin del TLC (así como el sentido corriente del lenguaje y su contexto adecuado).

30. En consecuencia, el Art. 12.3 del TLC, que garantiza un amplio trato de NMF de las inversiones en servicios financieros (en contraste con la protección de NMF más limitada de las inversiones en general), y que no excluye los mecanismos de solución de controversias de su concesión de trato NMF (en contraste con el Art. 10.4 y la nota 2 al pie), permite a los inversionistas cubiertos recibir el beneficio de un trato de solución de controversias más favorable extendido por el Estado anfitrión a los inversionistas de otros Estados.

31. En particular, debido al Art. 12.3 de protecciones de NMF, los Demandantes no están sujetos al plazo predeterminado de tres años que se establece en el Art. 10.18.1 del TLC. En cambio, los Demandantes tienen derecho a invocar el trato más favorable otorgado por Colombia a los inversionistas suizos en virtud del TBI entre Colombia y Suiza. El Artículo 11(5) de este último tratado dispone un plazo de cinco años para el arbitraje de las reclamaciones de un inversionista:

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

32. Significativamente, la aplicación de este plazo de cinco años a las reclamaciones de los Demandantes no representa el ejercicio de la cláusula de NMF del Art. 12 para importar un nuevo derecho que no existía anteriormente. Más bien, simplemente refleja la expansión de una disposición existente de solución de controversias (*es decir*, un período de tiempo para presentar reclamaciones) para reflejar un trato más favorable extendido por Colombia a los inversionistas suizos.

2. Reclamaciones de los Demandantes acumuladas después del plazo de prescripción

33. Las partes están de acuerdo en que esta controversia fue sometida a arbitraje el 24 de enero de

2018.²⁵ En el plazo de cinco años establecido por el Art. 11(5) del TBI entre Colombia y Suiza, por lo tanto, el arbitraje se inició oportunamente si él inversionista adquirió o debió adquirir conocimiento de los eventos que llevaron a dicha disputa” después del 24 de enero de 2013 (el “plazo de prescripción”).

34. La controversia en este caso surgió cuando la Demandada participó en una “medida” que viola los derechos de los Demandantes bajo el TLC, que entró en vigencia el 15 de mayo de 2012. La medida pertinente, que dio lugar a la controversia de este tratado, fue la emisión de la Orden 188/14 por parte de la Corte Constitucional el 25 de junio de 2014 que desestimó las mociones de nulidad de la opinión de la Corte Constitucional del 26 de mayo de 2011.²⁶ Esto coincidió con el fin de todo el trabajo judicial en Colombia con respecto a la inversión de los Demandantes. Debido a que se tomó la medida pertinente y, por lo tanto, surgió la controversia, después del plazo de prescripción del 24 de enero de 2013, este arbitraje se inició oportunamente.

35. La Demandada sostiene que la “controversia” de las partes, a los efectos de la disposición sobre limitaciones del TBI entre Colombia y Suiza, surgió a más tardar el 28 de julio de 2000, cuando las compañías de inversión de los Demandantes presentaron procedimientos administrativos contra la Superintendencia y FOGAFIN ante el *Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca*.²⁷ Sin

²⁵ Respuesta sobre jurisdicción ¶ 275.

²⁶ La opinión del 26 de mayo de 2011 se emitió antes de que el TLC entrara en vigencia el 15 de mayo de 2012. Como resultado, no podría, por sí solo, dar lugar a una controversia bajo el TLC.

²⁷ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 276.

embargo, el término “controversia” en el Art. 11(5) no puede interpretarse de manera tan amplia. Más bien, como se usa en el Art. 11 del TBI entre Colombia y Suiza, la disputa relevante es la controversia (1) entre los Demandantes y la Demandada (2) que involucra las reclamaciones de los Demandantes de que la Demandada ha aplicado una medida que viola el tratado pertinente. Tal controversia no podría surgir hasta que hubiera ocurrido una medida del Estado impugnada, que presuntamente viola el TLC.

36. De conformidad con el Art. 31 de la CVDT, el sentido corriente del Art. 11(5), considerado en contexto y a la luz del objeto y propósito del TBI, confirma esta interpretación. El TBI no define el término “controversia”. Sin embargo, el primer párrafo del Art. 11, que se titula “Resolución de disputas entre una Parte y un inversionista de la otra Parte”, introduce el concepto de controversia que puede remitirse a los tribunales o al arbitraje internacional:

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

(énfasis nuestro).

El Artículo 11(2) establece que “[t]odo asunto que no haya sido resuelto” dentro de los seis meses podrá ser remitido a los tribunales o al arbitraje. Por lo tanto, en ausencia de una afirmación por parte de un inversionista de que el

Estado *ha participado* en una medida que es incompatible con las obligaciones del Estado en virtud del tratado, *no hay «controversia» para remitir al arbitraje.*²⁸

37. Tal afirmación solo puede surgir, y por lo tanto solo puede haber una «controversia» en el sentido del Art. 11 del TBI una vez que el Estado haya aplicado la medida impugnada. Como la medida impugnada es la condición *sine qua non* de la controversia, un demandante no tiene conocimiento de los “eventos que dieron lugar a la controversia” hasta que, como mínimo, la medida impugnada haya ocurrido.²⁹

²⁸ De hecho, el Art. II(3) se refiere a la controversia que pueda ser sometida a arbitraje como una “controversia de inversión,” un término que ha sido ampliamente reconocido en ausencia de lenguaje de tratado contrario como que exige una denuncia de una violación del tratado correspondiente, lo que lleva a la pérdida o daño. *Ver, por ejemplo, Nissan Motor Co. (Ltd.) c. República de India*, PCA Caso No. 2017-37 (Decisión sobre Jurisdicción) (29 de abril de 2019), ¶¶ 208-11 (que interpreta el Acuerdo de Asociación Económica Integral India- Japón, Art. 96 (1)), CLA-207.

²⁹ *Ver, por ejemplo, Spence International Investments, LLC, Berkowitz, et al. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. UNCT/13/2, (Laudo Provisional), (25 de octubre de 2016), ¶ 143 (“Un demandante putativo no puede adquirir conocimiento de un supuesto incumplimiento de un tratado hasta que ese tratado entre en vigor. Si bien la fecha de entrada en vigor de un tratado puede ser, y generalmente se conoce, con algún tiempo de anticipación a la fecha de entrada en vigor real, una violación del tratado solo puede surgir una vez que el tratado en cuestión tenga fuerza de ley... Antes de esta fecha, no había obligación operativa [tratado] de incumplimiento.”), RLA-0024; *Eli Lilly & Co. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2 (Laudo) (16 de marzo de 2017) ¶ 167 (“Un inversionista no puede ser obligado o considerarse que tiene conocimiento de una violación antes de que ocurra.”), CLA-186.

38. Aquí, la medida impugnada ocurrió el 25 de junio de 2014. Esa es la fecha en que surgió la controversia instantánea, y no se discute que los Demandantes presentaron este arbitraje dentro de los cinco años posteriores a la misma.

39. Además, el contexto en el que aparece el término “controversia” en todo el Art. 11 del TBI también deja en claro que el término se refiere a controversias (i) entre un inversionista y un Estado, en el cual (ii) el inversionista sostiene que una medida del Estado ha violado el tratado.

40. Abordando el último requisito primero, múltiples disposiciones del Art. 11 se refieren a “la controversia” como el asunto que se somete a arbitraje, y la referencia inicial en el Art. 11 a esa controversia es a una “controversia de inversión”.³⁰ En ese contexto, y a la luz del Art. 11(1)-(2), el término “controversia” necesariamente implica una reclamación de que una medida del Estado ha violado el tratado, a diferencia del litigio en el tribunal nacional de reclamaciones alegadas bajo la ley municipal.

³⁰ Artículos 11(3) (Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2...); 11(4) (“Una vez que el inversionista haya remitido la disputa, ya sea a un tribunal nacional o a cualquier mecanismo de arbitraje internacional previsto en el párrafo 2 anterior, la escogencia del procedimiento será definitiva”); 11(5) (“Un inversionista no podrá remitir una disputa para su solución de acuerdo a este artículo si ha transcurrido más de cinco años desde la fecha en que el inversionista adquirió por primera vez, o debió adquirir, conocimiento de los eventos que llevaron a dicha disputa.”); 11(7) (“Ninguna de las Partes podrá promover por los canales diplomáticos una disputa remitida al arbitraje internacional...”).

41. Segundo, múltiples disposiciones del Art. 11 se refieren a las “partes en la controversia” como quienes tienen poderes u obligaciones que solo tendrían las partes en el *arbitraje*, en oposición a un desacuerdo más amplio que involucra a organismos gubernamentales distintos al Estado. Por ejemplo, el Art. 11(2)(b) otorga a las partes en la controversia la posibilidad de acordar un arbitraje *ad hoc* distinto del reglamento de la CNUDMI; el Art. 11(6) impide que el Estado parte en la controversia plantee ciertas defensas en el arbitraje; y el Art. 11(8) establece que “el laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes en la controversia...”. Si en este caso se aplicara la concepción más amplia de “controversia” instada por la Demandada, por ejemplo, para incluir los procedimientos administrativos o judiciales que precedieron a este arbitraje, entonces FOGAFIN, la Superintendencia de Banca, las seis compañías de inversión de los Demandantes e incluso el Consejo del Estado (que presentó su propia solicitud para anular la Orden 188/14) serían todas “partes en la controversia” en las que las disposiciones anteriores del Art. 11 supuestamente se aplicarían, haciendo que el lenguaje no tenga sentido.³¹

³¹ Además, los objetos y propósitos del TBI entre Colombia y Suiza - identificados en el preámbulo de los TBI como (i) “intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de ambos Estados”, (ii) “crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de los inversionistas de una Parte en el territorio de la otra Parte”, y (iii) “promover y proteger las inversiones extranjeras con el objetivo de fomentar la prosperidad económica de ambos Estados” se frustrarían, en lugar de avanzar, por una interpretación de “controversia” en el Art. 11 que sirvió para negar a los inversionistas un recurso en el que el inversionista ha sido perjudicado por una serie de acciones gubernamentales adversas y relacionadas que ocurren durante un período sustancial de tiempo.

42. Los tribunales han aplicado una construcción similar al término “controversia” en las cláusulas de Fork-in-the-Road, que, al igual que las disposiciones de limitaciones, generalmente aparecen en la parte de resolución de controversias de un TBI o TLC. De hecho, en el TBI entre Colombia y Suiza, las limitaciones y las disposiciones de bifurcación aparecen en el mismo artículo del tratado (Art. 11), y ambas se refieren al término idéntico, “controversia”, en el contexto de dicho artículo sobre controversias de inversión.

43. En el caso de las cláusulas de Fork-in-the-Road, el profesor Christoph Schreuer explica que:

Según las disposiciones de este tipo, la pérdida de acceso al arbitraje internacional se aplica solo si la misma controversia se presentó ante los tribunales nacionales. Los inversionistas a menudo se ven involucrados en controversias legales de un tipo u otro en el curso de sus actividades de inversión. Estas controversias pueden estar relacionadas de alguna manera con la inversión, pero no son necesariamente idénticas a la controversia cubierta por las disposiciones del TBI sobre el consentimiento al arbitraje.

Para determinar si se ha hecho una elección en virtud de la cláusula de bifurcación, es necesario establecer si las partes y las causas de acción en los dos conjuntos de demandas son idénticas. La pérdida de acceso al arbitraje internacional se aplica solo si la misma controversia entre las mismas partes se ha presentado previamente ante los tribunales nacionales. Este principio ahora está bien establecido y ha sido confirmado en varias decisiones.

...

[Los tribunales han sostenido sistemáticamente que una cláusula de bifurcación impedirá el acceso al arbitraje internacional solo si la misma controversia que involucra a las mismas partes y causas de acción se ha presentado ante los tribunales del Estado anfitrión. La jurisdicción de un tribunal del CIADI no se ve afectada por la presentación de una controversia relacionada, pero no idéntica ante los tribunales nacionales.³²

³² C. Schreuer et al., *The ICSID CONVENTION -- A Commentary* (2da ed. 2009), Art. 26, ¶¶ 57-58, 72 (recopilación de casos), CLA-128.

44. Las disposiciones de limitaciones (como el Art. 11(5) de TBI Colombia-Suiza) y las disposiciones de bifurcación (como el Art. 11(4)) reflejan políticas similares. En ambos casos, un inversionista que ha tenido una amplia oportunidad para resolver su controversia de inversión, *es decir*, sus reclamaciones de que el Estado ha violado el tratado pertinente, no requiere tener una oportunidad adicional para presentar dichas reclamaciones. La política no se aplica cuando un inversionista no pudo haber presentado sus reclamaciones respecto a un tratado fuera del arbitraje, ya sea porque aún no se habían acumulado o porque estaban fuera del alcance de litigios anteriores. La interpretación similar dada a “controversia” en estos dos contextos relacionados confirma y efectúa la alineación de políticas de estos dos tipos de disposiciones.

45. Por el contrario, los casos citados por la Demandada como *Lucchetti c. Perú*³³ abordan el término “controversia” en un contexto muy diferente al de la aplicabilidad general del tratado. En *Lucchetti*, por ejemplo, el tribunal consideró el significado del término dentro de una disposición que define el alcance general de aplicación del TBI Chile-Perú:

³³ Empresas Lucchetti, S.A., et al. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/03/4 (Laudo) (7 de febrero de 2005), RLA-0020.

Artículo 2

ÁMBITO DE APLICACIÓN

El presente Convenio se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigencia del Convenio, por inversionistas de una Parte Contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante, en el territorio de esta última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia.³⁴

46. Disposiciones como estas abordan el alcance y la aplicabilidad del tratado, incluidos sus estándares sustantivos de protección, en lugar de los procedimientos para presentar una reclamación cubierta por el tratado. Dado que su contexto y función son diferentes a los de las disposiciones de solución de controversias, la interpretación de los tribunales de la palabra “controversia” en este otro contexto no es muy probatoria de su significado en el Art. 11 del TBI Colombia - Suiza.

47. En cualquier caso, como se explica en la Parte B. 2.b a continuación, la mención a grandes rasgos la controversia de *Lucchetti* en cuanto a su “verdadera causa”³⁵ es incorrecta incluso en su propio contexto de disposiciones de entrada en vigor.

³⁴ TBI Chile-Perú, Art. 2, citado en *Lucchetti c. Perú*, ¶ 25, RLA-0020.

³⁵ *Lucchetti*, ¶ 50, RLA-0020.

48. En consecuencia, debido a que el evento clave que da lugar a la controversia surgió después de la entrada en vigor del TLC - y por lo tanto después del plazo de prescripción - este arbitraje se inició oportunamente y el tribunal tiene jurisdicción *ratione temporis*.

3. La existencia de acciones del Estado relevantes anteriores no priva al Tribunal de la jurisdicción *ratione temporis*

49. La Demandada busca colocar la controversia de las partes antes porque una serie de acciones del Estado (en su mayoría adversas) con respecto a la inversión de los Demandantes tuvo lugar antes de la medida impugnada. Sin embargo, la existencia de predicados fácticos de las reclamaciones de los Demandantes, anteriores a la medida del Estado impugnada y fuera del alcance del plazo límite aplicable, no hace que las reclamaciones de los Demandantes sean inoportunas. Como numerosos tribunales han encontrado en una amplia gama de circunstancias, estos hechos de fondo no sirven para acelerar la acumulación de reclamaciones de los Demandantes con fines de limitación.

50. Por ejemplo, en *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos*, CNUDMI (Laudo) (8 de junio de 2009), CLA-189, el tribunal explicó que las reclamaciones oportunas pueden incorporar hechos adicionales que quedan fuera del plazo como “hechos de fondo” o

“predicados de hechos”.³⁶ Por lo tanto, en ese caso, donde la reclamación del Demandante se basó en medidas gubernamentales que supuestamente hicieron que sus derechos de extracción de oro carecieran de valor, el tribunal consideró que las determinaciones y recomendaciones administrativas hechas fuera del plazo límite, que sirvieron de base para la posterior denegación del plan minero propuesto por el Demandante, no activaron la disposición de limitaciones del TLCAN. El tribunal explicó que “[e]s necesario que cualquier acción sea precedida por otros pasos, pero tales predicados de hechos no son la base legal *per se* para la reclamación”. Debido a que la reclamación del Demandante se basó en una medida tomada dentro del plazo límite, no estuvo prescripta, a pesar de que algunas de las acciones predicadas habían tenido lugar previamente.³⁷

51. El tribunal en *Eli Lilly & Co. c. Canada*³⁸ aplicó un análisis similar. Se determinó que tenía jurisdicción *ratione temporis* sobre las reclamaciones basadas en la invalidación judicial de dos de las patentes farmacéuticas del Demandante, a pesar de que esas invalidaciones se basan en la aplicación de la doctrina de la “promesa de utilidad”, desarrollada por los tribunales canadienses antes del plazo límite pertinente, que los Demandantes argumentaron constituía un cambio radical en la ley canadiense. Reconociendo que la jurisdicción debe evaluarse con respecto a las reclamaciones según lo afirmado por el Demandante (en lugar de según lo caracterizado por la demandada), el tribunal encontró que el Demandante estaba

³⁶ *Glamis Gold*, ¶ 348, CLA-189.

³⁷ *Id.* ¶¶ 348-50.

³⁸ Caso CIADI No. UNCT/14/2 (Laudo) (16 de marzo de 2017), CLA-183.

impugnando medidas judiciales específicas relacionadas con la invalidación de las dos patentes, y no impugnando las controversias de la doctrina en abstracto o en el contexto de su aplicación para invalidar otra de las patentes del Demandante antes del plazo límite.³⁹

52. Con respecto a los hechos ocurridos antes del inicio del plazo límite, el tribunal de *Eli Lilly* estuvo de acuerdo con el “método bien aceptado” de permitir que un demandante haga referencia a “predicados reales” que ocurren fuera del plazo, a pesar de que no son necesariamente la base legal para su reclamación”. Como señaló el tribunal, las disposiciones de prescripción del TLCAN “de ninguna manera limitan o impiden tal consideración”.⁴⁰

53. Significativamente, el tribunal de *Eli Lilly* determinó que las fechas relevantes para activar el inicio del plazo límite eran las fechas en que la Corte Suprema de Canadá había negado la autorización para volver a apelar las invalidaciones judiciales de las dos patentes en cuestión.⁴¹ Solo entonces se terminó el trabajo judicial en relación con los procedimientos judiciales impugnados.

³⁹ *Id.* ¶¶ 163-65.

⁴⁰ *Id.* ¶¶ 172-73.

⁴¹ *Id.* ¶ 170.

54. El tribunal de *Eli Lilly* también citó a *Mondev International Ltd c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2 (Laudo) (11 de octubre de 2002) en apoyo a su razonamiento. En *Mondev*, como en el presente caso, un patrón de daño gubernamental a la inversión, incluido el litigio de los tribunales nacionales asociados, comenzó mucho más allá del plazo límite pertinente (y antes de que el tratado entrara en vigor), pero las últimas decisiones de los tribunales nacionales se tomaron dentro de ese período. El tribunal determinó que tenía jurisdicción *ratione temporis* sobre esas reclamaciones que desafiaban las decisiones judiciales, ya que el arbitraje había comenzado “dentro de los tres años de las decisiones finales del tribunal”.⁴²

55. Además, particularmente cuando la medida impugnada del Estado es una decisión judicial, medir el plazo límite desde el último acto de trabajo judicial es una consecuencia lógica del requisito de que un demandante agote los recursos judiciales viables para presentar una reclamación por denegación de justicia o expropiación judicial. Los Estados normalmente insisten en tal agotamiento y por razones comprensibles. Como explicó el tribunal en *Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23 (Laudo) (8 de abril de 2013), RLA-0045,

⁴² *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2 (Laudo) (11 de octubre de 2002), ¶ 87 CLA-51.

[L]a responsabilidad de los Estados de no violar el estándar de trato justo y equitativo mediante una denegación de justicia se lleva a cabo siempre y cuando el poder judicial haya tomado decisiones definitivas y vinculantes después de procedimientos fundamentalmente injustos y sesgados o que aplicaron mal la ley en una forma atrozmente equivocada, que ningún tribunal honesto y competente podría haberlo hecho.

Mientras tales decisiones no sean definitivas y vinculantes y puedan ser corregidas por los mecanismos internos de apelación, no niegan la justicia. En otras palabras, mientras el sistema judicial no se pruebe como un todo, el estándar de trato justo y equitativo no se violará a través de la denegación de justicia. El Estado no maltrata a un inversionista extranjero de manera injusta e inequívoca mediante una denegación de justicia a través de una decisión apelable de un tribunal de primera instancia, sino solo a través del producto final de su administración de justicia de la cual el inversionista no puede escapar.⁴³

⁴³ *Arif c. República de Moldavia*, Caso CIADI No. No. ARB/11/23 (Laudo) (8 de abril de 2013) ¶¶ 442-43. RLA-0045. Véase, *por ejemplo*, *Jan de Nul N.V. c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13 (Laudo) (6 de

56. Si bien, en teoría, los inversionistas no están obligados a buscar recursos que no están “razonablemente disponibles” bajo las circunstancias, la carga de la prueba generalmente recae en el inversionista para establecer que agotó todos los recursos disponibles.⁴⁴ En *Loewen Group*, por ejemplo, el tribunal arbitral determinó que el demandante no había cumplido con su carga de la prueba en cuanto a por qué no había realizado una solicitud de un recurso de *certiorari* al Tribunal Supremo de EE. UU.,⁴⁵ a pesar de que ese tribunal acuerda considerar solo aproximadamente el 1% de tales casos ⁴⁶ (y el porcentaje de casos realmente revertidos es aún menor).⁴⁷

noviembre de 2008) ¶ 255, CLA-193, y (Decisión sobre jurisdicción) (16 de junio de 2006) ¶ 121, CLA-4L *Loewen Group, Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3 (Laudo) (26 de junio de 2003) ¶¶ 149-56 (explicando que “[e]l propósito del requisito de que la decisión de un tribunal inferior sea impugnada a través del proceso judicial antes de que el Estado sea responsable de una violación del derecho internacional constituida por decisión judicial es dar al Estado la oportunidad de corregir a través de su sistema legal el incumplimiento incipiente del derecho internacional ocasionado por la decisión del tribunal inferior” y observando que “[e]l requisito tiene aplicación al” trato nacional, nivel mínimo de trato y reclamación de expropiación en ese caso), CLA-199.

⁴⁴ *Loewen Group, Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3 (Laudo) (26 de junio de 2003) ¶¶ 209-17, CLA-199.

⁴⁵ *Id.* ¶¶ 210-17.

⁴⁶ *Por ejemplo.*, Harvard Law Review, *The Supreme Court 2017 Term - The Statistics*, 132 Harv.L.Rev. 447, 455 tbl 11(B) (2018), CLA-363; Harvard Law Review, *The Supreme Court 2016 Term - The Statistics*, 131 Harv.L.Rev. 403, 410 tbl 11(B) (2017), CLA-362.

⁴⁷ *Por ejemplo.*, Harvard Law Review, *The Supreme Court 2017 Term - The Statistics*, 132 Harv.L.Rev. 447, 455 tbl II(D) (2018), CLA-363; Harvard Law Review, *The Supreme Court 2016 Term - The Statistics*, 131 Harv.L.Rev. 403, 456 tbl II(D) (2017), CLA-362.

57. En consecuencia, en este caso, fue solo en el momento en que la Corte Constitucional se negó a corregir su decisión errónea que la presente controversia maduró. Los Demandantes no tenían motivos para creer que la solicitud de anular el fallo inicial de la Corte Constitucional sería inútil o infructuosa. De hecho, el propio Consejo de Estado creía que el fallo inicial de la Corte Constitucional era lo suficientemente impactante, y las perspectivas de abordarlo lo suficientemente razonables, que presentó su propia solicitud para anular el fallo.⁴⁸ Una aplicación exitosa hubiera significado que la decisión constitucional errónea del Tribunal fuera anulada y los derechos de los Demandantes bajo la decisión del 1 de noviembre de 2007 del Consejo de Estado fueron completamente restaurados.

⁴⁸ Anexos C-25, C-28.

58. La Demandada, sin embargo, argumenta que ha identificado una supuesta prueba de dos partes que se aplicará cuando las medidas del Estado “abarquen” la entrada en vigor de un tratado o un plazo de prescripción. Alegando que la prueba fue adoptada por *Spence c. Costa Rica*, la Demandada sostiene que los Demandantes deben demostrar que la medida impugnada “cambió fundamentalmente el *status quo* de la inversión del demandante” y que la medida es “recurrible de forma independiente,” y puede ser “evaluada sobre el fondo sin requerir una constatación en relación con la legalidad de la conducta anterior [al tratado]”⁴⁹.

59. Esta “prueba”, sin embargo, es invención propia de la Demandada. *Spence* no dice *nada* acerca de los cambios fundamentales en el *status quo* de la inversión, y su referencia a que la medida impugnada sea recurrible independientemente es simplemente una referencia al principio intertemporal codificado en el Art. 10.1.3 de CAFTA-DR.⁵⁰ La Demandada procede a citar una mezcla de laudos que abordan diversos problemas de entrada en vigencia o plazo límite en un esfuerzo por justificar su prueba propuesta, que no está respaldada ni por la jurisprudencia ni por el lenguaje del tratado pertinente.

⁴⁹ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción en ¶ 176, citando a *Spence* ¶ 237(b) (RLA-0024).

⁵⁰ *Spence*, ¶ 237(b) (RLA-0024).

a. Ningún “Cambio fundamental en el requisito de *Status Quo*”

60. La Demandada se basa en tres casos en apoyo de su propuesta de “*status quo*”: *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*,⁵¹ *Eurogas, Inc. et al. c. República Eslovaca*,⁵² y *ST-AD c. Bulgaria*.⁵³

61. *Corona* se refería a una solicitud de licencia ambiental para operar un proyecto de agregados de construcción en la República Dominicana. La solicitud del Demandante fue denegada *antes* del plazo de prescripción. También *antes* del plazo de prescripción, el Demandante envió una carta al Ministerio de Medio Ambiente del Demandado solicitando que el ministerio reconsidere su denegación de la solicitud. El ministerio nunca respondió la solicitud de reconsideración del Demandante (falta de respuesta que continuó *después* del plazo de prescripción). La cuestión para el tribunal era si el Demandante había cumplido con el plazo de prescripción de tres años bajo CAFTA-DR, que se activó por el conocimiento real o constructivo del Demandante respecto al incumplimiento del tratado y del daño resultante.⁵⁴

⁵¹ Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3 (Laudo) (31 de mayo de 2016), RLA-0012.

⁵² Caso CIADI No. ARB/14/14 (Laudo) (18 de agosto de 2017), RLA-0013.

⁵³ Caso PCA No. 2011-06, Reglamento de arbitraje de la CNUDMI (Jurisdicción) (18 de julio de 2013), RLA-0011.

⁵⁴ Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3 (Laudo) (31 de mayo de 2016), ¶¶ 43, 45, 192-93, RLA-0012.

62. Después de determinar el plazo de prescripción pertinente, el tribunal arbitral abordó la cuestión de cuándo el Demandante había adquirido originalmente los conocimientos necesarios. El Demandante argumentó que la falta de respuesta continua del ministerio medioambiental con respecto a la solicitud de reconsideración equivale a una denegación de justicia que se produjo en algún momento después del plazo de prescripción.⁵⁵ Además de rechazar la reclamación de denegación de justicia del Demandante por no haber agotado todo recurso judicial o administrativo contra la decisión inicial del ministerio medioambiental,⁵⁶ el tribunal también rechazó la teoría

⁵⁵ *Id.* ¶¶ 201, 204-05.

⁵⁶ El tribunal rechazó la teoría de denegación “de justicia como insuficiente porque el demandante no había invocado ningún recurso judicial u otro recurso judicial contra la denegación de la licencia:

Teniendo en cuenta la clara posición en el derecho internacional, como se alegó, el caso del Demandante sobre denegación de justicia debe fracasar porque no puede señalar ningún acto o procedimiento administrativo judicial ante cualquier tribunal u órgano administrativo judicial en la República Dominicana más allá de la Solicitud de Reconsideración sin respuesta que, como se señaló anteriormente, no equivalía a un procedimiento administrativo adjudicativo. En este contexto, una simple falta de respuesta a la Solicitud no puede, por ninguna medida objetiva, equipararse a una denegación de justicia en el derecho internacional...

[U]na conclusión de denegación de justicia en el derecho internacional depende necesariamente del producto final del sistema jurídico interno del Estado. Dado que, como los Estados Unidos dijo, la “responsabilidad [de un Estado] se incluye como el resultado de una decisión judicial definitiva por un tribunal de última instancia”, no puede haber una denegación de justicia sin una decisión definitiva de la máxima autoridad judicial de un Estado. En el presente caso, no solo no hay una decisión final de la máxima autoridad judicial de un «Estado» , sino que no

del Demandante por extemporánea porque el Estado no ha tomado ninguna acción después plazo de prescripción que daría lugar a una nueva reclamación. Como explicó el tribunal, “la ausencia de una respuesta a la Solicitud de Reconsideración no puede considerarse como una 'medida', o una violación separada del Tratado”.⁵⁷ Además, [l]a falta de respuesta de la RD sobre la Solicitud de Reconsideración del Demandante fue entendida por el propio Demandante en ese momento como que no producía ningún efecto separado en su inversión, aparte de los que ya había producido la decisión inicial. En estas circunstancias, la inacción del Estado después de los esfuerzos del Demandante para reconsiderar esa misma medida no puede considerarse una violación separada del Tratado”.⁵⁸ Más bien, si hubo una violación del tratado, esta comenzó antes del plazo de prescripción y no se reinició cuando el Estado no hizo nada más.

hay ninguna decisión de un órgano administrativo judicial o autoridad judicial en absoluto. Al final, ante la falta de respuesta oficial a su Solicitud, el Demandante no dio ningún paso en los procedimientos de revisión administrativa o judicial.

⁵⁷ *id.* ¶ 210

⁵⁸ *Id.* ¶ 212.

63. Significativamente, el tribunal concluyó, la evidencia, y particularmente una carta enviada por el Demandante casi cuatro meses antes del plazo de prescripción:

[c]onstituye evidencia clara del hecho de que, en esa fecha a más tardar, el Demandante consideró el rechazo de la solicitud de una licencia ambiental y la falta de resolución de la Solicitud de Reconsideración (entre otros presuntos actos y omisiones de la República Dominicana) como una violación por parte de la RD de varias disposiciones del Capítulo 10 del DR-CAFTA, y que tales presuntas infracciones causaron pérdidas o daños que el Demandante cuantificó en términos específicos.⁵⁹

64. Por lo tanto, *Corona* no dependía de si una medida del Estado posterior a la entrada en vigor del tratado “cambió fundamentalmente el status quo de la inversión del Demandante,” sino más bien de si la inacción administrativa del Estado, a raíz de la acumulación de una reclamación fuera del plazo límite, dio lugar a una nueva reclamación dentro del plazo límite. Comprensiblemente, pero sin relevancia para el caso actual, el tribunal de *Corona* concluyó que la respuesta fue “no”.

⁵⁹ *Id.* ¶ 236; *ver* ¶¶ 225, 227.

65. *Eurogas* implicó, no un problema de limitaciones, sino más bien una disposición sobre el alcance de aplicación en el TBI Canadá-Eslovaquia, que es un tratado sucesor que reemplazó y terminó un TBI anterior entre la República Federal Checa y Eslovaquia. La disposición en cuestión, el Art. XV(6) del TBI Canadá-Eslovaquia, distinguió entre la aplicación del nuevo tratado y la de su TBI antecesor.⁶⁰

66. Esa disposición, que formaba parte del Art. XV, “Disposiciones finales y entrada en vigor”, estableció lo siguiente:

Cada Parte Contratante notificará a la otra por escrito sobre la finalización de los procedimientos requeridos en su territorio para la entrada en vigor de este Acuerdo. El presente Acuerdo entrará en vigor tres meses después de la última de las dos notificaciones. Tras la entrada en vigor de este Acuerdo, el *Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República Federal Checa y Eslovaquia para la Promoción y Protección de Inversiones*, hecho en Praga el 15 de noviembre de 1990, se dará por terminado, excepto que sus disposiciones continuarán aplicándose a cualquier controversia entre cualquiera de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante *que haya sido sometido a arbitraje de conformidad con*

⁶⁰ Caso CIADI No. ARB/14/14 (Laudó) (18 de agosto de 2017), ¶ 284, RLA-0013.

ese Acuerdo por el inversionista antes de la fecha en que este Acuerdo entre en vigor. Además de cualquier controversia, este Acuerdo se aplicará a toda controversia que haya surgido no más de tres años antes de su entrada en vigor. ⁶¹

67. Como refleja el Art. XV(6), el TBI entre Canadá y Eslovaquia involucró circunstancias relativamente inusuales, donde (1) un tratado preexistente había previsto el arbitraje de controversias entre inversionistas y estados hasta que el nuevo tratado entró en vigencia, y (2) el nuevo tratado preveía el arbitraje de las controversias inversionista-estado que habían surgido durante los tres años anteriores a su entrada en vigor. Por lo tanto, el tratado usó el término “dispute” (“controversia”) en un contexto muy diferente al del TBI entre Colombia y Suiza.

⁶¹ *Acuerdo entre Canadá y la República Eslovaca para la Promoción y Protección de Inversiones* (entró en vigencia el 14 de marzo de 2012) (énfasis nuestro).

68. Como resultado, el tribunal *Eurogas* determinó que:

[u]na disposición como el Artículo 15(6) del TBI Canadá-Eslovaquia obviamente tiene como objetivo evitar que las controversias que se han acumulado durante más de una cierta cantidad de años (tres años en el caso del TBI Canadá-Eslovaquia) den lugar al mismo tiempo a una multitud de demandas de tratados presentadas ante tribunales arbitrales. Una “controversia” preexistente, *en ese contexto*, es cualquier controversia cuyos elementos intrínsecos son invocados por el inversionista como base de la reclamación del tratado.⁶²

69. En ese contexto, el tribunal *Eurogas* determinó que la controversia de las partes había surgido más de tres años antes de la entrada en vigor del TBI y, por lo tanto, no estaba cubierta por el TBI. Dos puntos fueron críticos para el análisis del tribunal.

70. Primero, el tribunal determinó que, según los hechos de ese caso, “sería artificial distinguir la controversia entre [la compañía operadora] y las autoridades estatales sobre los derechos mineros propios [de la compañía] de la controversia entre [sus] accionistas y el Estado con respecto a [sus] derechos mineros”. De hecho, mucho antes del plazo de entrada en vigor de tres años prevista en el Art. XV (6), el presidente y CEO de los

⁶² *Eurogas*, Caso CIADI No. ARB/14/4 (Laud) (18 de agosto de 2017), ¶ 441 (énfasis nuestro), RLA-0013.

inversionistas, que también era el director ejecutivo de la empresa operadora, escribió una carta al Ministro de Economía *en nombre de ambas entidades*, en protesta contra las acciones del estado y con amenaza de un arbitraje inversionista-Estado,⁶³

71. En segundo lugar, el tribunal *Eurogas* determinó que “no hubo una nueva conducta del Estado [que dio lugar] a una nueva controversia después de [plazo de prescripción] (o incluso que (re)[viva] una vieja controversia) ..”: La conducta posterior a la entrada en vigor de la cual el inversionista se quejó fue “varias decisiones de las autoridades mineras (no las autoridades judiciales) que se negaron] a restituir los derechos” que se habían tomado años antes. En vez de dar lugar a una “controversia” adicional en el sentido del Art. XV(6), estas decisiones de las autoridades mineras simplemente constituyeron “una negativa a resolver la controversia en curso, que surgió de la supuesta violación [en el momento de la toma]”.⁶⁴

72. Ninguno de estos factores, por supuesto, está presente en el caso. Por lo tanto, incluso si el análisis de *Eurogas* no se limitó adecuadamente al contexto inusual en el que el Art. XV(6) usa el término “controversia”, su análisis no se aplicaría al caso actual, donde (1) las reclamaciones y las partes en el litigio subyacente eran completamente distintas del presente arbitraje inversionista-Estado y (2) la Orden de la Corte Constitucional de 2014 constituyó una nueva medida del

⁶³ *Id.* ¶¶ 446-48.

⁶⁴ *Id.* ¶¶ 454-58.

Estado en la que se basan las reclamaciones de los Demandantes.⁶⁵

73. El tercer caso citado por la Demandada, *ST-AD c. Bulgaria*,⁶⁶ no trató ni una disposición de limitaciones ni una disposición de entrada en vigor, sino más bien un demandante que buscaba presentar reclamaciones que existían antes de que el Demandante se convirtiera en un inversionista bajo el TBI. La controversia se refería a una supuesta expropiación de bienes inmuebles que se produjo en los años 1990 y fue finalmente confirmada por una decisión del Tribunal Supremo en 2000. El entonces propietario de la empresa que afirmaba una expropiación trató de dejar de lado la decisión del Tribunal Supremo de Casación del 6 de febrero de 2006, y el tribunal denegó dicha solicitud el 22 de mayo de 2006. Tres días después, el Demandante se convirtió en inversionista en la empresa.⁶⁷

⁶⁵ Además, el laudo *Eurogas* fue acompañado por una fuerte opinión disidente. En su disidencia, el profesor Emmanuel Gaillard no estuvo de acuerdo con la mayoría sobre el propósito del Artículo XV(6), la interpretación del término “controversia” y la aplicación del Artículo XV(6) a los hechos del caso. *Eurogas*, opinión disidente del Prof. Emmanuel Gaillard, 26 de julio de 2017, ¶¶ 9, 12-14, 26-27, CLA-186.

⁶⁶ *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, Corte Permanente de Arbitraje, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Jurisdicción) (18 de julio de 2013), RLA-0011.

⁶⁷ *Id.* ¶¶ 98-102, 112-15, 123-24.

74. Tratando de crear una medida del Estado que sería posterior a su inversión, el Demandante posteriormente hizo que la empresa presentara una segunda solicitud para anular la decisión de 2000 del Tribunal Supremo de Casación en el año 2010, que fue rechazada por estar excluida de la decisión del 22 de mayo de 2006 que rechazó la primera solicitud de reserva.⁶⁸ Esta segunda solicitud “esencialmente vuelve a expresar los mismos argumentos que los presentados en apoyo de su primera solicitud de reserva”.⁶⁹

75. Si bien reconoce que los eventos que ocurrieron antes de que el Demandante se convirtiera en un inversionista protegido bajo el TBI pueden ser relevantes para los antecedentes, las causas o el alcance de las violaciones del TBI, el tribunal *ST-AD* enfatizó que “debe haber algún evento que ocurrió después de que el Demandante se haya convertido en un inversionista protegido” con el fin de invocar la jurisdicción del tribunal.⁷⁰ El tribunal señaló que el rechazo del Tribunal Supremo de Casación de la segunda solicitud de reserva era el único evento posible relevante que sucedió después de la fecha crítica del 22 de mayo de 2006, cuando el Demandante se convirtió en un inversionista protegido por el TBI.⁷¹ En estas circunstancias, el tribunal consideró que esta decisión era insuficiente para dar lugar a una controversia.

⁶⁸ *Id.* ¶¶ 128, 316.

⁶⁹ *Id.* ¶ 326.

⁷⁰ *Id.* ¶ 308-310.

⁷¹ *Id.* ¶ 316.

76. La consideración clave para el tribunal fue que:

[u]na táctica basada en el reenvío de una solicitud que ha sido denegada antes de que un demandante se convierta en inversionista después de haber adquirido dicho estado es inaceptable. Crea una ilusión de un evento que sucedió cuando un inversionista protegido estaba en la escena. Pero como todas las ilusiones, es una ilusión engañosa.⁷²

77. Después de analizar exhaustivamente los motivos de las dos solicitudes de dejar de lado la decisión del Tribunal Supremo de Casación y las sentencias al respecto, el tribunal *ST-AD* concluyó que:

[la empresa] no presentó ninguna otra novedad de importancia en su segunda solicitud para anular la Decisión 1153 [la decisión del 2000 de Tribunal Supremo de Casación], cuando tenía un [nuevo] accionista alemán. Por el contrario, esta solicitud puede considerarse, como lo describe acertadamente la Demandada, como un “reempaquetado” de la primera solicitud para dejar de lado la misma Decisión 1153 dictada seis años antes de que el Demandante se convirtiera en inversionista en Bulgaria.

⁷² *Id.* ¶ 317.

El Tribunal reitera que no es aceptable que un demandante cree artificialmente un nuevo acto del Estado que supuestamente interfiere con sus derechos simplemente “reflejando” los eventos que ocurrieron antes de convertirse en un inversionista protegido. Por ejemplo, si un demandante, antes de estar bajo la protección de un TBI determinado, había solicitado y se le había denegado una licencia, no podía simplemente pretender crear un evento posterior a que se convirtiera en un inversionista protegido simplemente presentando la misma solicitud de una licencia que, sin duda, sería rechazada de manera similar. En el presente caso, el Demandante no puede establecer jurisdicción para este Tribunal al presentar una solicitud de nulidad de la Decisión 1153 después de convertirse en inversionista por motivos similares a la solicitud que fue denegada antes de convertirse en un inversionista protegido.⁷³

78. En consecuencia, el tribunal determinó que el *Demandante ST-AD* no había mostrado una nueva violación por parte del Estado después de convertirse en un inversionista protegido, y que, por lo tanto, carecía de jurisdicción *ratione temporis*. El tribunal también negó la jurisdicción por varios motivos, entre ellos, el intento del

⁷³ *Id.* ¶¶ 331-32.

Demandante de fabricar la jurisdicción en virtud del TBI mediante la introducción de un inversionista alemán después del fracaso de todas las opciones legales nacionales, lo que constituyó un abuso del proceso.⁷⁴

79. Por lo tanto, al igual que los otros casos citados por la Demandada, *ST-AD* no depende de si la medida del Estado cuestionada realizó “cambios fundamentales” para el “status quo”, sino más bien en la ausencia de cualquier medida significativa del Estado durante el período relevante. Tampoco resiste un escrutinio rápido la analogía superficial con uno de los hechos del presente caso, la emisión de una decisión judicial adversa después del plazo de prescripción pertinente. En *ST-AD*, la segunda solicitud para anular la Decisión 1153 se hizo tres días después de que el Demandante se convirtiera en inversionista y simplemente reutilizó una solicitud de nulidad anterior que había sido denegada antes de la inversión. En el presente caso, como se discute en el punto 4 a continuación, (i) la solicitud de nulidad fue la primera de esas solicitudes y se hizo inmediatamente después de un fallo impactante de la Corte Constitucional (un fallo que, como se describe en las presentaciones iniciales de los Demandantes, desencadenó una crisis constitucional en el país), (ii) la solicitud fue una invocación procesal y sustantivamente legítima de la responsabilidad del Tribunal de anular su decisión de 2011, y (iii) la solicitud no fue presentada después del hecho en un intento de fabricar jurisdicción bajo el TLC pero ya estaba pendiente en el momento en que el TLC entró en vigencia.

⁷⁴ *Id.* ¶¶ 421-23.

80. En resumen, no existe una base textual o de otra índole para el requisito de “cambio fundamental al status quo de la inversión” instado por la Demandada. Más bien, cuando las acciones del Estado se ubican en un plazo de prescripción relevante, lo que se requiere es la “conducta del Estado después de esa fecha, lo cual es en sí mismo una violación.”⁷⁵La orden 188/14 de la Corte Constitucional es precisamente esa conducta en este caso.

b. Significado del requisito de “independientemente recurrible”

81. La Demandada se basa en gran medida en *Spence c. Costa Rica* como la fuente de un supuesto requisito de que las medidas del Estado dentro del período relevante sean de “independientemente recurribles,” de manera tal que el presunto incumplimiento [puede] ser evaluado sobre el fondo sin una constatación con respecto a la legalidad de la conducta previa al [tratado].⁷⁶Sin embargo, la interpretación expansiva de la Demandada de *Spence* no tiene justificación. Lea atentamente, *Spence* simplemente apoya la propuesta indiscutible de que la medida del Estado impugnada durante el plazo pertinente (posterior a la entrada en vigor y después del plazo de prescripción) debe dar lugar a una reclamación en virtud del tratado; *es decir*, la medida debe ser una

⁷⁵ Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América, Caso CIADI N. ° ARB(AF)/99/2 (Laudo) (11 de octubre de 2002), ¶ 70, CLA-51.

⁷⁶ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción ¶ 176 (lenguaje entre corchetes en el original).

violación de las obligaciones financieras del Estado anfitrión y resultar en pérdida o daños al inversionista.⁷⁷

82. Como cuestión inicial, el tribunal de *Spence* mismo advirtió sobre el uso de su laudo como precedente a la luz de la naturaleza complicada del patrón subyacente:

Los aspectos jurisdiccionales del presente caso son realmente inherentes a los hechos. A pesar de que las interpretaciones de la legislación son necesarias, especialmente las correspondientes a los Artículos 10.1.3 y 10.18.1 del CAFTA, la evaluación del Tribunal versa en última instancia en apreciaciones fácticas. Así, el Tribunal advierte sobre cualquier lectura del presente Laudo que le pudiere otorgar efectos más amplios “en calidad de precedente”.⁷⁸

83. *Spence* abordó dos tipos diferentes de problemas relacionados con el tiempo: una cuestión de limitaciones en virtud del Art. 10.18.1 del CAFTA y una cuestión de principio intertemporal en virtud del Art. 10.1.3. Con respecto a lo primero, el tribunal razonó que “si una reclamación es justiciable conforme al Art. 10.18.1 del CAFTA... se debe fundar en aquella violación que da origen a la interposición de acciones autónomas respecto

⁷⁷ *Ver Spence International Investments, LLC et al. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/13/2 (Laudo Provisional) (25 de octubre de 2016), ¶ 210 (RLA-0024) (citando Mondev c. Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2 (Laudo) (11 de octubre de 2002), ¶ 70, CLA-84).*

⁷⁸ *Spence International Investments, LLC et al. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/13/2 (Laudo Provisional) (25 de octubre de 2016), ¶ 166 (énfasis nuestro), RLA-0024.*

de la cual la demandada tuvo conocimiento por primera vez dentro del plazo de prescripción”. Lo que se requiere es que la medida del Estado impugnada dentro del plazo límite constituya “una causa de acción, una reclamación, en su propio derecho”.⁷⁹ En este sentido, el tribunal de *Spence* consideró específicamente “Si una sentencia judicial puede en sí misma constituir una violación del CAFTA y suponer una pretensión independiente, incluso a efectos de la entrada en vigor y del plazo de prescripción”. El tribunal determinó que una sentencia judicial puede ser “una violación susceptible de acción independiente, un acontecimiento diferente e importante desde la perspectiva jurídica que puede fundar una reclamación por derecho propio”.⁸⁰

84. El lenguaje menos preciso de la decisión de *Spence* surge en el contexto del segundo tipo de problema, que involucraba el principio intertemporal contenido en el Art. 10.1.3 del CAFTA.⁸¹ El tribunal señaló que la conducta del Estado que ocurra antes de que el tratado entre en vigencia no estará sujeta a ninguna obligación en virtud del tratado. Como resultado, no se puede confiar en dicha conducta para establecer una violación

⁷⁹ *Id.* ¶ 210 (*citando a Mondev* ¶ 70). Significativamente, el tribunal también reconoció que “[un] supuesto demandante no puede adquirir conocimiento de una supuesta violación de un tratado hasta que ese tratado entre en vigencia”, porque “una violación del tratado solo puede surgir una vez que el tratado en cuestión tenga fuerza de ley.” *Id.* ¶ 220.

⁸⁰ *Id.* ¶ 276.

⁸¹ El Artículo 10.1.3 establece (similar al Artículo 10.1.3 del TLC): “Para mayor certeza, este Capítulo no obliga a Parte alguna en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar o cualquier situación que cesó de existir antes de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo”.

del tratado, incluso en relación con la conducta posterior a la entrada en vigor, si esta última no constituye en sí misma una violación del tratado.⁸² Por lo tanto, una reclamación no es ‘independientemente justiciable’ en virtud del tratado si se basa en “una determinación en virtud de la licitud de la conducta juzgada en contra de las obligaciones del tratado que no estaban vigentes en dicho momento”.⁸³

85. Como aplicación de este principio, el tribunal de *Spence* citó la conclusión en *Mondev* de que “[e]l simple hecho de que una conducta anterior no haya sido reparada o no haya sido revisada cuando un tratado entra en vigor no justifica que un tribunal aplique el tratado retrospectivamente a esa conducta”.⁸⁴

86. Los hechos del presente caso no involucran los problemas contemplados por *Spence*. La medida del Estado cuestionada, que tuvo lugar después de la entrada en vigor del TLC y después del plazo de prescripción, es la emisión por la Corte Constitucional de la Orden 188/14. Dicha orden, que fue un acto afirmativo del Estado que sirvió para extinguir los derechos de los Demandantes en relación con la inversión, violó directamente las obligaciones de la Demandada con los Demandantes en virtud del TLC. Para juzgar las reclamaciones de los Demandantes en virtud del TLC, no es necesario aplicar las disposiciones del tratado retrospectivamente a los actos de Colombia que precedieron a su entrada en vigor, los cuales estaban sujetos a la ley colombiana (y al

⁸² *Spence* ¶ 217 (RLA-0024).

⁸³ *Id.* ¶ 222 (énfasis nuestro).

⁸⁴ *Id.* (citando a *Mondev* ¶ 70).

derecho internacional consuetudinario relativo al trato de extranjeros).

87. Por lo tanto, *Spence* no proporciona base alguna para rechazar la jurisdicción *ratione temporis* sobre las reclamaciones de los Demandantes.

4. La Demandada caracteriza erróneamente la solicitud de nulidad, que fue una solicitud procesal y sustancialmente apropiada dirigida a la decisión de 2011 de la Corte Constitucional

88. En un esfuerzo por presentar la Orden 188/14 como un evento legalmente insignificante que no tuvo ningún efecto sobre los Demandantes, la Demandada ofrece un Informe Pericial de Jorge Enrique Ibáñez Najar (RER-l). La Demandada y el Dr. Ibáñez hacen todo lo posible para argumentar que, debido a que una solicitud de nulidad es una medida “extraordinaria” en lugar de un “recurso ordinario”, la Orden de la Corte Constitucional 188/14 que niega las peticiones para anular su decisión de 2011 “no alteró de ninguna manera el *status quo* previo al tratado” y, por lo tanto, la Demandada no puede considerarla como una acción separada” que dio lugar a una reclamación.⁸⁵ En verdad, sin embargo, la Orden 188/14 cambió drásticamente el *status quo* previo al tratado al negar las peticiones de nulidad de la decisión de 2011 y poner fin a todo el trabajo judicial en el litigio presentado por las empresas de los Demandantes con respecto a sus inversiones. El estatus procesal particular de la Orden no la priva de su naturaleza como medida de Estado en violación del TLC.

⁸⁵ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶¶ 187-88.

89. No puede haber un argumento serio de que la Orden 188/14 no sea una medida de Estado atribuible a la Demandada.⁸⁶ La Orden fue un acto oficial de la Corte Constitucional de Colombia, similar a la decisión del organismo de 2011, que tuvo consecuencias legales particulares para las empresas de los Demandantes. La Orden negó las peticiones de nulidad de los Demandantes y del Consejo de Estado, que estaban pendientes a partir de la entrada en vigor del TLC y que había buscado adecuadamente el restablecimiento de la sentencia del Consejo de Estado del 1 de noviembre de 2007. En lugar de restablecer la Sentencia de 2007, la Orden sirvió para negar a los Demandantes su última vía de recurso judicial y poner fin definitivamente a los procedimientos de litigio.

90. La observación de la Demandada de que las peticiones de nulidad son tratadas por la ley colombiana como un procedimiento distinto en lugar de una apelación del procedimiento principal no hace nada para cambiar su carácter de medidas del Estado que afectaron negativamente a los Demandantes. Al igual que el mismo procedimiento de *tutela* que condujo a la decisión de la Corte Constitucional de 2011,⁸⁷ las peticiones de nulidad, si se conceden, habrían tenido consecuencias legales

⁸⁶ Véanse Artículos de la CIT sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001), Art. 4.1 (la conducta de cualquier órgano del Estado, incluido un órgano que ejerce funciones judiciales, se considera un acto de ese Estado según el derecho internacional), RLA-0010.

⁸⁷ Véase Informe de Ibáñez, RER-1, ¶¶ 65-70 (La sentencia del Consejo de Estado tiene efecto *res judicata*” y solo los recursos extraordinarios, específicamente la tutela, estaban disponibles en contra de ella). El Dr. Ibáñez también señala que la tutela es “un instrumento legal de naturaleza residual”. *Id.* ¶ 79.

sustanciales - *es decir*, inversión de la decisión de 2011 y restauración de los derechos de los Demandantes.

91. La Demandada busca pintar las peticiones de nulidad que derivaron en la Orden 188/14 como solicitudes sin sentido, pero se ve obligada a reconocer que tales peticiones son una característica establecida de la jurisprudencia colombiana. La Demandada admite que en cuarenta y nueve ocasiones entre 1996 y 2019, tales peticiones fueron presentadas contra las decisiones de la Corte Constitucional y fueron consideradas por esa corte. Cuatro de las cuarenta y nueve peticiones tuvieron éxito, incluyendo un caso en el que la decisión inicial de la Corte Constitucional había violado el debido proceso en el procedimiento de emisión de una supuesta “sentencia unificadora”.⁸⁸ Esta tasa de éxito superior al ocho por ciento refleja que una solicitud de nulidad presenta una oportunidad significativa para el recurso judicial, a pesar de la naturaleza supuestamente “final” de la decisión de la Corte Constitucional (o, de hecho, de la sentencia del Consejo de Estado que la precedió).⁸⁹

⁸⁸ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 138; Informe de Ibáñez, RER-1, ¶¶ 155-56. De hecho, los jueces Rojas Ríos y Pretelt Chaljub emitieron fuertes opiniones disidentes explicando por qué las peticiones de nulidad en el presente caso deberían haberse otorgado. C-26, C-27.

⁸⁹ La tasa de éxito del ocho por ciento también es mucho más alta que la tasa de éxito de aproximadamente el 1% de las solicitudes de certiorari ante la Corte Suprema de los EE.UU., en la que los Demandantes *Loewen* fueron culpados por no proceder.

92. Una orden de la Corte Constitucional de 2016 en un caso diferente, escrita por el juez Rojas Ríos (que disintió de la Orden de 2014) explica el procedimiento de nulidad bajo la ley colombiana y resume la jurisprudencia esencial sobre el tema.⁹⁰ La orden señala que no hay recurso disponible contra las decisiones de la Corte Constitucional, pero que el tribunal ha reconocido la posibilidad excepcional de solicitar su nulidad. En relación con las decisiones de revisión de tutela, la jurisprudencia constitucional permite la posibilidad de anular esas decisiones en circunstancias especiales donde el debido proceso se ve seriamente afectado. Estos procedimientos no implican una revisión *de novo* de los méritos del caso; más bien, el peticionario debe explicar de manera clara y precisa los preceptos constitucionales que se han violado y su papel en la decisión impugnada.⁹¹

93. La Orden 347/16 explica los requisitos procesales y sustantivos para una solicitud de nulidad. Con respecto al procedimiento, (i) la solicitud debe presentarse dentro de los tres días posteriores a la orden impugnada; (ii) debe ser presentada por cualquiera de las partes del caso o por un tercero afectado por la orden; y (iii) el peticionario no puede simplemente reorganizar los méritos de la decisión impugnada, sino que debe explicar claramente los preceptos constitucionales que se han violado y su papel en la decisión.⁹² En este caso, es indiscutible que la solicitud fue presentada oportunamente por las compañías de los Demandantes,

⁹⁰ Auto 347/16, *Solicitud de nulidad de la Sentencia T-611 de 2014*, 3 de agosto de 2016, CLA-168.

⁹¹ Auto 347/16, sección III.3.

⁹² *Id.*, sección III.3.1; ver también Informe de Ibáñez, RER-1, ¶¶ 149-52.

cumpliendo así los dos primeros requisitos,⁹³ y es indiscutible que la solicitud presentó los argumentos constitucionales necesarios, en lugar de simplemente reorganizar los méritos.⁹⁴

94. Con respecto al fondo, una solicitud de nulidad debe presentar un efecto aparente, probado, significativo y de gran alcance sobre los derechos del debido proceso, como (por ejemplo), cuando la sentencia impugnada ignora la *res judicata* constitucional.⁹⁵ Aquí, también, la solicitud de los Demandantes (así como la solicitud del Consejo de Estado) cumplió con el estándar requerido.⁹⁶ Y, como se explicó en los Informes Periciales del 24 de mayo de 2019 y el 10 de diciembre de 2019 de la Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia,⁹⁷ así como las opiniones disidentes de los magistrados Rojas Ríos y Pretelt Chaljub,⁹⁸ la decisión de la Corte Constitucional de 2011 estaba plagada de violaciones a dicho proceso. En consecuencia, la solicitud de nulidad de los Demandantes fue el siguiente paso adecuado y, de hecho, necesario en el proceso judicial luego de la decisión errónea de 2011.

⁹³ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 136; 026.

⁹⁴ R-59.

⁹⁵ Auto 347/16, sección III.3.2; véase también Informe de Ibanez, RER-1, ¶ 153.

⁹⁶ Véase Solicitud de los Demandantes, Anexo 029; Solicitud del Consejo de Estado, prueba documental 025.

⁹⁷ Los informes periciales se han designado como CER-4 y CER-4.1, respectivamente.

⁹⁸ 026, 027.

95. Finalmente, es importante señalar que la solicitud de nulidad no fue una mera solicitud sucesiva de reconsideración, como había sido el caso en *ST-AD c. Bulgaria*. Tampoco fue simplemente una reorganización de los méritos de las peticiones de *tutela* que condujeron a la decisión de la Corte Constitucional de 2011. Por el contrario, la solicitud invocaba adecuadamente los procedimientos apropiados según la ley colombiana para anular una decisión de la Corte Constitucional que había violado los derechos del debido proceso de los Demandantes y sus empresas. La denegación por la Corte Constitucional de esta solicitud en la Orden 188/14 fue, por lo tanto, una medida de Estado sustancial y significativa que perjudicó severamente a los Demandantes con respecto a sus inversiones.

96. Por todas las razones anteriores, debido a que la controversia de inversión que está delante de este tribunal se basa en la medida de Estado cuestionada, es *decir*, la emisión por parte de la Corte Constitucional de la Orden 188/14 el 25 de junio de 2014, este arbitraje se inició oportunamente.

B. Las reclamaciones de los Demandantes se encuentran dentro del alcance temporal del TLC

1. Las reclamaciones de los Demandantes se basan en una medida tomada por Colombia después de la entrada en vigor del TLC

97. La Demandada también afirma que el tribunal carece de jurisdicción *ratione temporis* porque las reclamaciones de los Demandantes se basan en supuestos actos u omisiones del Estado que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del TLC”.⁹⁹ Dejando a un lado el hecho de que los actos y omisiones del Estado son asuntos de dominio público y no son simplemente “supuestos”, los Demandantes sostienen que la Orden 188/14, que indiscutiblemente es posterior a la entrada en vigor del TLC, violó el TLC, dando lugar a las reclamaciones de los Demandantes.

98. No hay duda de que el TLC entró en vigor el 15 de mayo de 2012, ni que la orden 188/14 fue emitida en forma posterior, el 25 de junio de 2014.¹⁰⁰ Por lo tanto, el argumento de la Demandada basado en la fecha de entrada en vigor no tiene fundamento.

99. El argumento de la Demandada se basa en la proposición irrelevante de que el TLC no se aplica a los actos que ocurrieron antes de su entrada en vigor. Los Demandantes no tienen nada en contra de esta proposición, que, como señala la Demandada, se basa en el Art. 28 de la CVDT. Sin embargo, y como se señaló

⁹⁹ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción, parte III.B.1, p. 84)

¹⁰⁰ La respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción, ¶ 185.

anteriormente en relación con la discusión sobre el plazo de prescripción, el hecho de que la Demandada inició las acciones pertinentes tanto antes como después de la entrada en vigor del TLC no proporciona a la Demandada una renuncia general de la responsabilidad bajo el TLC. Más bien, el TLC impone a la Demandada la responsabilidad de las medidas tomadas por la Demandada después de la entrada en vigor del TLC - incluyendo la emisión de la Orden 188/14.

100. Como explicó el tribunal en *Chevron Corp. c. Ecuador (I)*,¹⁰¹ un Demandante puede mantener una reclamación de un tratado basado en una medida de Estado después de la entrada en vigor del tratado, aunque otras conductas del Estado relacionadas a la medida hayan ocurrido antes de la fecha efectiva del tratado:

El Tribunal acepta que, de acuerdo con el Artículo 13 del Proyecto de Artículos de la CDI, los actos o hechos previos a la entrada en vigor del TBI no pueden constituir por sí solos incumplimientos del TBI, dado que las normas de conducta prescritas por el TBI no estaban en efecto antes de su fecha de entrada en vigor. Por otra parte, el Tribunal está de acuerdo con la decisión en el caso *Mondev* que “[e]l mero hecho de que la conducta anterior no tiene solución o reparación cuando un tratado entra en vigor” no justifica que un

¹⁰¹ *Chevron Corp. c. Ecuador*, CNUDMI, PCA Caso No. 34877 (Laudo Provisional) (1 de diciembre de 2008) ¶¶ 282-84, CLA-173.

tribunal aplique el tratado de forma retrospectiva a esa conducta. Esa regla también se incluye en el Artículo 14(l) del Proyecto de Artículos de la CDI:

La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.

Sin embargo, como han argumentado los Demandantes, esto no significa que una violación deba basarse únicamente en actos que ocurran después de la entrada en vigor del TBI. El significado atribuido a los actos o hechos posteriores a la entrada en vigor puede estar informado por actos o hechos anteriores al TBI; esa conducta puede considerarse para determinar si se ha producido una violación de las normas del TBI después de la fecha de entrada en vigor. El Tribunal nuevamente está de acuerdo con el pasaje del laudo *Mondev* citado por los Demandantes a este respecto:

[L]os eventos o la conducta previa a la entrada en vigor de una obligación para el Estado demandado pueden ser relevantes para determinar si el Estado ha cometido posteriormente un incumplimiento de la obligación. Pero aún debe ser posible señalar la conducta del Estado después de esa fecha, lo cual es en sí mismo una violación.

En el presente caso, una parte de los presuntos actos u omisiones de la Demandada que constituyen una denegación de justicia pueden ser anteriores a la entrada en vigor del TBI. Por lo tanto, un resultado de denegación de justicia puede requerir tener en cuenta los actos previos al TBI. Sin embargo, como ya se discutió, los Demandantes tenían una inversión existente” en el momento de la entrada en vigor del TBI. Esa inversión, tal como existe, ha sido influenciada por actos y omisiones que ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI. Por lo tanto, el Tribunal está convencido de que la supuesta acción o inacción inadecuada por parte de los tribunales ecuatorianos después de la fecha de entrada en vigor del TBI podría equivaler a una denegación de justicia que, a su vez, podría constituir una violación de las normas sustantivas del TBI.

101. Como lo señaló el tribunal de *Chevron*, el laudo *Mondev* también respalda la propuesta de que la conducta del Estado de esquivar la entrada en vigor del tratado no elimina las reclamaciones resultantes del tratado de la jurisdicción del tribunal. Reconociendo que la reclamación del Demandante bajo el Art. 1105(1) de TLCAN cubría tanto la conducta previa como posterior a la entrada en vigor, el tribunal dictó que el tratado solo impone obligaciones sustantivas con respecto a este último. Sin embargo, el tribunal enfatizó que “no implica que los eventos previos a la entrada en vigor del TLCAN no sean relevantes para la cuestión de si una Parte del TLCAN está incumpliendo sus obligaciones conforme al Capítulo 11 por conducta de esa Parte después de la entrada en vigor del TLCAN”.¹⁰² El tribunal concluyó que tenía jurisdicción para examinar si la conducta posterior a la entrada en vigor de la Demandada en cuanto a la desestimación de las reclamaciones del Demandante (que se basaban en la conducta anterior) violó el tratado.¹⁰³

102. Las decisiones que interpretan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) y su Protocolo Facultativo han aplicado principios similares al considerar los efectos de las decisiones judiciales sobre la jurisdicción *ratione temporis*. Una decisión judicial que sirve como una afirmación final de una acción previa del Estado representa la justificación de ratificar e incorporar cualquier defecto en la acción previa del Estado a efectos de dicha jurisdicción. Esto es

¹⁰² *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N. ° ARB(AF)/99/2 (Laudo) (11 de octubre de 2002), ¶ 69, CLA-51.

¹⁰³ *Id.*: ¶ 66-75 & *dispositivo*

así incluso si la acción anterior ocurrió antes de que el tratado relevante entrara en vigencia.

103. Así, en *Blaga c. Rumania*,¹⁰⁴ la propiedad de los peticionarios fue expropiada en 1989, con la expropiación confirmada por decisiones judiciales en julio y noviembre de 1992. A partir de entonces, el Protocolo Facultativo del PIDCP entró en vigor para Rumania el 20 de octubre de 1993. El 20 de enero de 1994, el Tribunal de Apelación de Bucarest ordenó la restitución de los bienes expropiados, pero esta decisión fue anulada por el Tribunal Supremo de Rumania, el 8 de mayo de 1996. El Estado argumentó que el Comité de Derechos Humanos carecía de jurisdicción *ratione temporis* porque la expropiación ocurrió mucho antes de que el Protocolo Facultativo hubiera entrado en vigor. Sin embargo, el Comité determinó que la decisión del Tribunal Supremo había confirmado y reafirmado la validez de la expropiación, llevando las reclamaciones a la jurisdicción del Comité¹⁰⁵

104. Del mismo modo, en *Singarasa c. Sri Lanka*,¹⁰⁶ el peticionario era un miembro de la comunidad tamil en Sri Lanka que fue arrestado en 1993 y presuntamente sufrió tortura y una serie de otras violaciones de derechos humanos que resultaron en su condena por cargos criminales en 1995. El Protocolo Facultativo del PIDCP entró en vigor para Sri Lanka en 1998. La condena del peticionario fue afirmada en 1999 y la Corte Suprema le negó un permiso especial para apelar. Al confirmar que tenía jurisdicción *ratione*

¹⁰⁴ Com. 1158/2003, U.N. Doc. A/61/40, Vol II, at 242 (HRC 2006), CLA-356.

¹⁰⁵ Id. ¶ 6.4.

¹⁰⁶ Com. 1033/2001, U.N. Doc. A/59/40, Vol. II, en 246 (HRC 2004), CLA-354.

***temporis*, el Comité de Derechos Humanos tomó nota de su jurisprudencia previa al afirmar que estaba:**

[i]mpedido de considerar una comunicación si las presuntas violaciones ocurrieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, a menos que las presuntas violaciones continúen o tengan efectos continuos que en sí mismos constituyen una violación del [PIDCP].¹⁰⁷

105. En consecuencia, el Comité razonó que:

[s]i bien el autor fue condenado en primera instancia el 29 de septiembre de 1995, es decir, antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado parte, la sentencia del Tribunal de Apelación confirmando la condena del autor y la orden del Tribunal Supremo negándose a dejar apelar se dictaron el 6 de julio de 1999 y el 28 de enero de 2000, respectivamente, después de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor. El Comité considera la decisión de los tribunales de apelación, que confirmó la condena de los tribunales de primera instancia, como una afirmación de la ejecución del juicio. En estas circunstancias, el Comité concluye que no

¹⁰⁷ *Id.* ¶ 6.3 (citando, por ejemplo, *Holland c. Irlanda*, Com. 593/1994, U.N. Doc. A/52/40, Vol II, en 266 (HRC 1996)).

está impedido *ratione temporis* de considerar esta comunicación.¹⁰⁸

106. La decisión del Comité en *Kouidis c. Grecia*¹⁰⁹ refleja el mismo principio. En *Kouidis*, el peticionario fue detenido, interrogado, encontrado culpable y su condena fue confirmada en segunda instancia antes de que el Protocolo Facultativo entrara en vigor para Grecia el 5 de agosto de 1997. Sin embargo, el Comité determinó que tenía jurisdicción *ratione temporis* para considerar sus reclamaciones de que sus derechos fueron violados durante el juicio, porque la confirmación del Tribunal Supremo de Grecia en 1998 de la sentencia de 1996 del tribunal de apelación “constituy[ó] una afirmación de la ejecución del juicio”.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Id.* ¶ 6.3. El Comité descubrió que carecía de jurisdicción *ratione temporis* en relación con demandas específicas, como la detención preventiva, que involucraban conductas que no subyacen a la condena y su afirmación en la apelación.

¹⁰⁹ Com. 1070/2002, U.N. Doc. A/61/40, Vol. II, en 145 (HRC 2006), CLA-355.

¹¹⁰ *Id.* ¶ 6.5.

107. En consiguiente, la emisión por parte de la Demandada de la Orden 188/14 después de la entrada de en vigor del TLC estaba sujeta al TLC, y las reclamaciones de los Demandantes basadas en ella están dentro de la jurisdicción del tribunal a pesar de la existencia de la conducta previa de la Demandada que condujo a la emisión de la Orden.

108. Como se señaló en las partes A(3) y A(4) anteriormente, la citación por parte de la Demandada de *Spence c. Costa Rica* y varios otros laudos en un esfuerzo por imponer artificialmente restricciones adicionales sobre la aplicación del plazo de prescripción del Art. II(5) no es válida. En cualquier caso, y distinguiendo este asunto de los casos citados por la Demandada como *Corona* y *ST-AD*, este caso no implica un esfuerzo por parte de los Demandantes por revivir artificialmente viejas reclamaciones después de que el TLC entrara en vigor. Por el contrario, la solicitud de anular la sentencia de la Corte Constitucional se presentó (junto con la del Consejo de Estado) en diciembre de 2011, mucho antes de que el TLC entrara en vigor el 15 de mayo de 2012.

109. Además, la solicitud de los Demandantes fue apenas un acto sin sentido o sin propósito. La Demandada y su perito reconocen que existe un mecanismo formal para presentar dicha solicitud y, de hecho, que cuatro de cuarenta y nueve peticiones de este tipo (*es decir.*, más del ocho por ciento) han tenido éxito históricamente.¹¹¹ En contraste, las probabilidades de solicitar con éxito la revisión *certiorari* de la Corte

¹¹¹ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción, ¶ 137; Informe pericial de Jorge Enrique Ibáñez Najjar, RER-1, ¶¶ 139-154-55.

Suprema de los Estados Unidos son aproximadamente del 1%¹¹² -- por lo tanto, las probabilidades de prevalecer en ese Tribunal son aún más bajas.¹¹³ Sin embargo, tales peticiones se llevan a cabo rutinariamente como esfuerzos razonables para obtener reparaciones, y los Demandantes *de Loewen* fueron criticados por ese tribunal por no hacerlo.¹¹⁴

110. Significativamente, el Consejo de Estado también creía que la presentación de una solicitud para anular la decisión de la Corte Constitucional era un curso de acción suficientemente significativo como para justificar hacerlo.

111. Por lo tanto, la solicitud de los Demandantes de anular la orden de la Corte Constitucional fue un ejercicio apropiado y prudente de sus derechos, y de ninguna manera puede considerarse un esfuerzo inadecuado para fabricar una medida teórica del Estado como base para invocar el TLC.

¹¹² *Por ejemplo*, Harvard Law Review, *The Supreme Court 2017 Term - The Statistics*, 132 Harv.L.Rev. 447, 455 tbl 11(B) (2018), CLA-363; Harvard Law Review, *The Supreme Court 2016 Term - The Statistics*, 131 Harv.L.Rev. 403, 410 tbl II(B) (2017), CLA-362.

¹¹³ *Por ejemplo*, Harvard Law Review, *The Supreme Court 2017 Term The Statistics*, 132 Harv.L.Rev. 447, 455 tbl II(D) (2018), CLA-363; Harvard Law Review, *The Supreme Court 2016 Term - The Statistics*, 131 Harv.L.Rev. 403, 456 tbl II(D) (2017), CLA-362.

¹¹⁴ *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos*, Caso CIADI N. ° ARB(AF)/98/3 (Laudo) (26 de junio de 2003), ¶¶ 207-17, CLA-198.

2. La conducta previa al TLC de la Demandada no impide las reclamaciones de los Demandantes

a. No se excluyen las “controversias” previas a la entrada en vigor

112. Finalmente, la sugerencia de la Demandada de que el tribunal arbitral carece de jurisdicción *ratione temporis* porque la “controversia [supuestamente] surgió antes de la entrada en vigor del TLC”¹¹⁵ no tiene fundamento en el texto del TLC ni en el derecho internacional consuetudinario.

113. La presunción de no retroactividad descrita en el Art. 28 del CVDT y el principio intertemporal descrito en el Art. 13 de los Artículos de la CDI se refieren a la aplicación temporal de los tratados a los actos del Estado, no a las controversias. El Artículo 28 establece lo siguiente:

Irretroactividad de los tratados

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de *ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir*, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

(énfasis nuestro).

¹¹⁵ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶¶ 200-05.

114. De manera similar, el Art. 13 de la CDI dispone:

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un *hecho* del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación *en el momento en que se produce el hecho*.

(énfasis nuestro).

115. En contraste con estas reglas, no existe un principio general de derecho internacional que haga que el TLC sea inaplicable a “controversias”, a diferencia de hechos” anteriores a su entrada en vigor. El TLC tampoco establece ninguna regla de este tipo.

116. La Demandada cita el Art. 10.1.3 del TLC para la proposición de que “[e]n la aplicación de los tratados de inversión, una de las dimensiones temporales que se rige por el principio de irretroactividad se relaciona con el momento en que se generó la controversia.”¹¹⁶ Pero el Art. 10.1.3 no dice eso en absoluto. Más bien, el Art. 10.1.3 (que no estaba entre las pocas disposiciones enumeradas que se incorporaron al Capítulo 12 del TLC) simplemente reitera el Principio de irretroactividad del Art. 28 de la CVDT descrito anteriormente:

¹¹⁶ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 201 & n. 503 (énfasis nuestro).

Para mayor certeza, este Capítulo [10] no obliga a Parte alguna en relación con cualquier *acto o hecho que tuvo lugar, o cualquier situación que cesó de existir*, antes de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

(énfasis nuestro).

117. Por lo tanto, nada en el TLC altera la regla general de que el tratado no impone obligaciones con respecto a los *actos* (en oposición a las controversias) que precedieron a su entrada en vigor.

118. El caso principal citado por la Demandada en relación con su argumento, *Lucchetti c. Perú*,¹¹⁷ no respalda la afirmación de que las “controversias” preexistentes quedan fuera de la cobertura de los TBI como principio general. Por el contrario, la exclusión de *Lucchetti* de un litigio supuestamente preexistente se basó en lenguaje de exclusión específico en el Art. 2 del TBI Perú-Chile, que preveía expresamente que el TBI “no se aplicará, sin embargo, a las diferencias o controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor”.¹¹⁸

119. Del mismo modo, el laudo en *Vieira c. Chile*, también invocado por la Demandada, no pretende establecer una exclusión general de controversias preexistentes de la cobertura de TBI. Más bien, similar a *Lucchetti*, la decisión se basó en un lenguaje específico en el Art. 2.3 del TBI Chile-España que establecía que “no se aplicarán ... a controversias o reclamaciones que surjan o

¹¹⁷ Empresas Lucchetti, S.A. et al. c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/03/04 (Laudo) (7 de febrero de 2005), RLA-0020.

¹¹⁸ *Lucchetti*, ¶ 25, RLA-0020.

resuelvan antes de su entrada en vigor. (traducción informal).¹¹⁹

120. De hecho, la inclusión de este lenguaje en los dos TBI chilenos abordados por *Lucchetti* y *Vieira* tenía un propósito específico: impedir la jurisdicción sobre controversias de inversión que de otro modo estarían dentro del alcance del tratado. Como razonó el comité de anulación de *Lucchetti*:

[S]e debe suponer que el propósito de la excepción es evitar que, cuando surgiera una controversia o una diferencia en un momento en que no existiera el TBI, el inversionista recibiría nuevas municiones como resultado de la posterior entrada en vigor del TBI.¹²⁰

El lenguaje de la disposición del tratado que estipula la excepción sería superfluo si las controversias preexistentes ya estuvieran excluidas como principio general. En consecuencia, en ausencia de una excepción expresa como las contenidas en los TBI chilenos, no existe una exclusión general de controversias preexistentes de la jurisdicción de un tribunal arbitral en virtud de un tratado de inversión.

¹¹⁹ Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/04/7 (Laudo) (21 de agosto de 2007), ¶¶ 227-34. El Artículo 2.3 establece, en el español original, que [n]o se aplicará ...a las controversias o reclamaciones surgidas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor.”, RLA'0075.

¹²⁰ *Lucchetti* c. Perú, Caso CIADI N. ° ARB/03/4 (Decisión de Anulación) (5 de septiembre de 2007), ¶ 80, RLA-0067.

121. El tribunal en *Chevron Corp. c. Ecuador (I)*, al interpretar el TBI Ecuador-EE. UU. (que, como el TLC, definió el alcance temporal del tratado en un lenguaje que no hacía referencia a «controversias»), explicó la regla general:

[D]e conformidad con el Artículo XII(l), el presente TBI se aplica siempre que haya “inversiones existentes en el momento de la entrada en vigor”. Las restricciones temporales del TBI se refieren a “inversiones” y no a controversias. Por lo tanto, el TBI cubre cualquier controversia siempre que sea una controversia que surja de o esté relacionada con “inversiones existentes en el momento de la entrada en vigor”.

Nuevamente, esta no es una cuestión de retroactividad, sino de aplicación de la regla específica que se encuentra en el Artículo XII del TBI. Las decisiones *de Lucchetti* y *Vieira* se basaron en la redacción de las disposiciones temporales de los respectivos TBI. En contraste con el presente TBI, esos TBI contemplaban específicamente restricciones temporales sobre “controversias” y no solo de “inversiones”.

Dado el cumplimiento de las condiciones temporales del Artículo XII(l) y la ausencia de restricciones temporales adicionales sobre controversias, la palabra “controversias” simplemente debe tener su significado ordinario... El Comentario de la CDI de Sir Arthur Watts, también citado por los demandantes, repite esta idea:

La cuestión ha sido considerada en tribunales internacionales en relación con cláusulas jurisdiccionales que prevén la presentación a un tribunal internacional de “controversias” o categorías específicas de “controversias” entre las partes. El Tribunal Permanente dijo en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions*:

'La Corte considera que, en caso de duda, la jurisdicción basada en un acuerdo internacional abarca todas las controversias que se le remitan después de su establecimiento... La reserva hecha en muchos tratados de arbitraje con respecto a controversias que surgen de eventos previos a la conclusión del tratado parece demostrar la necesidad de una limitación explícita de jurisdicción y, en consecuencia, la corrección del reglamento de interpretación enunciada anteriormente.

Esto no es para dar un efecto retroactivo al acuerdo porque, al usar la palabra “controversias” sin ninguna calificación, debe entenderse que las partes aceptan la jurisdicción con respecto a todas las controversias *existentes* después de la entrada en vigor del acuerdo.¹²¹

122. Un ejemplo similar es proporcionado por *Mondev c. Estados Unidos*, donde las partes estaban de acuerdo en que “la controversia como tal surgió antes de que el TLCAN entrara en vigor;” pero el tribunal determinó la jurisdicción *ratione temporis* sobre las reclamaciones relativas a la conducta del Estado después de esa fecha. El tribunal señaló expresamente el principio intertemporal como base para su enfoque en el momento de la *conducta*” como el estándar rector.¹²²

123. Reconociendo que el rechazo de *Lucchetti y Vieira* de las controversias previas al tratado por *ratione temporis* se basaba en exclusiones expresas en el lenguaje del tratado relevante en lugar de un principio generalmente aplicable, la Demandada cita *M.C.I. Power c. Ecuador*¹²³ y *Generation Ucrania c. Ucrania*¹²⁴ para la proposición de que “[d]icho fallo se ha aplicado incluso en

¹²¹ *Chevron Corp. c. Ecuador*, CNUDMI, Caso PCA No. 34877 (Lauda provisional) (1 de diciembre de 2008), ¶¶ 265-67 (citando II LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL 1949-1998 p. 670 (Sir Arthur Watts, ed., Oxford University Press 2000)), CLA-168.

¹²² *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI N. ° ARB(AF)/99/2 (Lauda) (11 de octubre de 2002), ¶¶ 57, 70, CLA-51.

¹²³ *M.C.I. Power Group L.C. et al. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N. ° ARB/03/6 (Lauda) (31 de julio de 2007), RLA-0008.

¹²⁴ *Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI N. ° ARB/00/9 (Lauda) (16 de septiembre de 2003), RLA-0019.

casos en los que el tratado no impedía expresamente reclamaciones relacionadas a controversias anteriores a la entrada en vigor del tratado“. ¹²⁵ Sin embargo, ninguno de los casos respalda la posición de la Demandada.

124. Es cierto que el tribunal de *M.C.I. Power* concluyó nominalmente, basado en el principio de irretroactividad, que [l]a irretroactividad del TBI [Ecuador-EE. UU.] excluye su aplicación a controversias surgidas antes de su entrada en vigor”. ¹²⁶ Sin embargo, el tribunal manifestó su conclusión más específicamente y dejó en claro que las controversias sobre la base de la conducta del Estado después de la entrada en vigor *no* eran excluidas de la aplicación del TBI:

¹²⁵ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 202 & n. 505.

¹²⁶ *M.C.I. Power*, ¶ 61, RLA-0008.

[e]l principio de irretroactividad de los tratados limita la aplicación del TBI y sus cláusulas a esas *controversias* que supuestamente son violaciones de dicho Tratado después de su entrada en vigor.¹²⁷

(énfasis nuestro).

Como se discute en la siguiente sección (b), el debate y la aplicación del principio de irretroactividad del *M.C.I. Power* por parte del tribunal dejó en claro que el tribunal no estaba usando la palabra “controversia” en el sentido amplio contemplado por la Demandada (o *Lucchetti*), sino más bien en sentido estricto y vinculado a actos específicos del Estado previo al tratado.¹²⁸

125. *Generation Ukraine* tiene el mismo efecto. El demandado cita una oración de las conclusiones jurisdiccionales que establece que “[l]a jurisdicción del Tribunal se extiende a cualquier controversia que surja de o esté relacionada con una “supuesta violación de cualquier derecho conferido o creado por [el] Tratado... en la medida en que la controversia se haya presentado a partir del [fecha de entrada en vigor].”¹²⁹ Pero la explicación anterior del tribunal de su razonamiento

¹²⁷ *Id.* ¶ 167; véase *id.* ¶ 190 (“confirma el tribunal que no tiene competencia sobre los actos alegados por los Demandantes de haber dado lugar a controversias que surgieron o se hicieron evidentes después de la entrada en vigor del TBI, independientemente de si tenían un vínculo causal con, o sirvieron de base para alegaciones relativas a actos o controversias antes de la entrada en vigor del TBI”).

¹²⁸ Véase *id.* ¶¶ 62-66.

¹²⁹ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶ 202 n. 505, citando *Generation Ukraine* ¶ 17.1.

jurisdiccional deja claro que esta conclusión se refiere a “controversias” sobre supuestas violaciones del tratado, que pueden solo surgir después de la entrada en vigencia del tratado. Al examinar la cuestión “en relación con la competencia del Tribunal sobre las controversias de inversión que ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI”, el tribunal razonó que:

[L]as obligaciones asumidas por los dos Estados partes en el TBI en relación con los estándares mínimos de protección de la inversión (incluida la prohibición de la expropiación) no se hicieron vinculantes y, por lo tanto, legalmente exigibles, hasta que el TBI entró en vigor el 16 de noviembre de 1996. De ello se desprende que una causa de acción basada en uno de los estándares de protección del TBI debe haber surgido después del 16 de noviembre de 1996....

...

En conclusión, la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal se limita a supuestos actos expropiatorios que se produjeron después del 16 de noviembre de 1996.¹³⁰

126. La Demandada también cita *ATA c. Jordania*¹³¹ en apoyo de su argumento de que los

¹³⁰ *Generation Ukraine*, ¶¶ 11.2, 11.4, RLA-0019.

¹³¹ *ATA Construction, Industrial and Trading Company c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No/ ARB/08/2 (Laudo) (18 de mayo de 2010), RLA-0018.

tribunales carecen de jurisdicción *ratione temporis* sobre las controversias que surgieron antes de la entrada en vigor del tratado relevante. Los Demandantes respetuosamente afirman que el laudo *ATA* simplemente no es un precedente persuasivo en este punto. *ATA* se refería a controversias derivadas del tratado bilateral de inversión Jordania-Turquía de 1993, Art. IX , el cual contiene una disposición de entrada en vigor que establece que el tratado “se aplicará a las inversiones existentes en el momento de la entrada en vigor, así como a las inversiones realizadas o adquiridas a partir de entonces”.¹³² El tribunal concluyó, sin más detalles y sin reconocer el hecho de que el Art. IX no contenía la palabra “controversia”, que:

[L]a disposición no hace que el TBI sea retroactivo con respecto a las controversias existentes antes de la entrada en vigor del TBI. *Según el significado simple del Artículo IX(l), el Tribunal solo puede ejercer jurisdicción ratione temporis sobre las reclamaciones del Demandante si considera que la controversia surgió después de la entrada en vigor del Tratado el 23 de enero de 2006.*¹³³

127. Significativamente, el tribunal llegó a su conclusión de “significado simple” sin ningún análisis del Art. VII del TBI en relación con la solución de controversias inversionista-estado. Al igual que el Art.

¹³² *ATA*, ¶ 59, RLA-0018.

¹³³ *Id.* ¶ 98 (énfasis nuestro).

IX, el Art. VII del tratado no brinda fundamento para la conclusión del Tribunal de ATA.

128. En ausencia de cualquier explicación sustancial para justificar su análisis de “sentido corriente”, las conclusiones definitivas del tribunal de ATA ni confirman la existencia de un principio general del derecho internacional como afirma la Demandada ni anticipa razones por las que se debería considerar su existencia.

129. De acuerdo con esto, ya que no queda explícito en el TLC que se excluye la jurisdicción sobre las “controversias” que surjan antes de su entrada en vigor y ningún principio general del derecho internacional en este sentido, la objeción de la Demandada por este motivo es infundada.

b. Esta “controversia” surgió en 2014

130. Incluso si la Demandada tenía razón en su afirmación (errónea) de que el TLC excluye de su alcance todas las «controversias» que surgieron antes de su entrada en vigor, la controversia en este caso es diferente del litigio administrativo anterior al TLC descrito por la Demandada. Esta controversia se refiere a la violación por parte de la Demandada de sus obligaciones bajo el TLC, y no podrían surgir hasta que el TLC entrara en vigor.

131. La Demandada cita la definición clásica de controversia proporcionada en el caso *Mavrommatis*¹³⁴

¹³⁴ *Mavrommatis Palestine Concessions*, P.C.I.J., Series A, No. 2, Objeción a la jurisdicción de la Corte, 30 de agosto de 1924, p. 11, RLA-0022.

“un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o de derecho, un conflicto de puntos de vista legales o de intereses entre dos personas”.¹³⁵ El caso *Mavrommatis* se centró en si existía una controversia *en absoluto* entre los dos Estados partes, no en la cuestión de cuándo surgió una controversia en particular, o qué hechos, circunstancias y reclamaciones legales estaban dentro del alcance de una sola “controversia”. Por lo tanto, no es sorprendente que esta definición proporcione poca orientación con respecto a las dos últimas preguntas.

132. La Demandada cita *Lucchetti, Eurogas, ATA y Swissbourgh* en apoyo de su afirmación de que las reclamaciones de los Demandantes basadas en violaciones de las disposiciones del TLC (que ocurren después de su entrada en vigor) son parte de la misma “controversia” general que data de 2000.¹³⁶ Como demuestran los fragmentos citados por la Demandada, estas decisiones se basaban en la suposición de que los hechos y circunstancias que comparten la misma “verdadera causa” formaron parte de la misma “controversia” indivisible, en lugar de analizar el término en su contexto dentro del tratado correspondiente y a la luz del objeto y propósito del tratado.¹³⁷ En contraste, el

¹³⁵ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 204.

¹³⁶ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶¶ 214-20.

¹³⁷ Véase *Lucchetti*, ¶ 50 (anunciando que la norma es “si y en qué medida el objeto o los hechos que fueron la causa real de las controversias difieren o son idénticos al otro”), RLA-0020; *Eurogas*, ¶ 451, RLA-0013 (señalando que el tribunal “aprueba” el abordaje de *Lucchetti*); *ATA*, RLA-0018, ¶ 102 (“encontrando la postura de *Lucchetti* persuasiva” sin apoyar la discusión que no sea una referencia a la paradoja de Zenón). Por su parte, el Tribunal Superior en *Lesotho c. Swissbourgh Diamond Mines (Pty) Ltd*, RLA-0027, determinó que el tribunal arbitral poseía jurisdicción *ratione temporis* y la Corte criticó más el análisis de *Lucchetti*.

mejor enfoque es distinguir una controversia que alega una violación del tratado basada en la conducta del Estado posterior a la entrada en vigor de una controversia anterior, pero relacionada, sobre la conducta que precedió por completo al tratado.

[McLachlan, Shore & Weiniger, *Arbitraje internacional de inversiones: Principios sustantivos*] observa en el párr. 6.69 que el enfoque del tribunal en [Lucchetti] en el objeto “va en contra” del enfoque adoptado por otros tribunales que, al considerar el significado de “controversia”, se han enfocado típicamente “en las partes y la causa de la acción en lugar de en el tema”, es decir, un análisis del tipo *lis-pendens*.

Estoy de acuerdo con estos comentarios. Parecería que el enfoque de la causa de acción es una mejor manera de determinar la controversia real que el enfoque del objeto. Adoptar el enfoque anterior diferenciaría claramente los hechos que son *antecedentes de la controversia* de los hechos que son *fundamentales* para la reclamación. Además de proporcionar un sentido general de cuál era el objeto de la controversia, no considero que el enfoque del objeto lo ayude a establecer esta distinción, que considero importante. Noto, además, que el tribunal en *Lucchetti c. Perú...* basó su criterio de “objeto” en una decisión anterior del CIADI, *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, que hizo la observación en un contexto bastante diferente.... Dada la diferencia de contexto, las observaciones anteriores y la ambigüedad de la frase “objeto”, no encuentro la frase en *Lucchetti c. Perú* particularmente útil como prueba de distinción, al menos para los propósitos actuales.

Id., ¶¶ 129-30.

133. La opinión disidente del Profesor Gaillard en el caso *Eurogas* describe los defectos en el enfoque contrario seguido por *Lucchetti* y la mayoría de *Eurogas*. A la luz de la definición clásica de una controversia articulada en *Mavrommatis*:

[S]e desprende que surge una controversia en el momento en que se forma un desacuerdo entre las partes sobre cuestiones de derecho o de hecho. A su vez, un desacuerdo se forma una vez que las reclamaciones o posiciones de una de las partes sobre esos puntos de hecho o de derecho son impugnadas o finalmente ignoradas por la otra. Una controversia, por lo tanto, presupone la existencia del marco fáctico y legal en el que se basa el desacuerdo y *no puede surgir hasta que la totalidad de tales elementos constituyentes hayan llegado a existir.*

...

En el contexto de la determinación del objeto y el alcance de la controversia, la definición *Mavrommatis* requiere una evaluación que abarque *todos los hechos y elementos relevantes* que constituyen el desacuerdo de las partes, tal como se transmite en sus comunicaciones. *Por lo tanto, no es suficiente para llevar a cabo un análisis que se limita a buscar las "causas reales" de la controversia, particularmente cuando esto resulta en*

pasar por alto las características clave y distintivas de la controversia.

Por esta razón, me parece que el enfoque de la Mayoría sobre la definición de la controversia ante el Tribunal es demasiado reductivo e incoherente con la definición bien establecida en *Mavrommatis*. Al afirmar que “[l]o que importa es la verdadera causa de la controversia” basando su conclusión sobre el laudo dictado en *Lucchetti c. Perú* y la decisión de la CPJI en *Fosfatos en Marruecos*, la Mayoría no tiene en cuenta las características clave de la controversia, enfocándose en los primeros eventos en lugar de considerar la controversia como un todo, como lo presentaron las partes.

En su búsqueda de la “verdadera causa” de la controversia, la mayoría termina por reducir la controversia al elemento más abstracto y deja de lado aspectos de la controversia que se refieren a las circunstancias concretas en que se produjeron los actos jurídicos que supuestamente provocaron esta reasignación...

En otras palabras, al limitar la controversia a sus supuestas “causas reales” en lugar de analizar todas las circunstancias fácticas y legales relevantes que condujeron al desacuerdo presentado ante el Tribunal, la mayoría se apartó de la definición de “controversia” de *Mavrommatis* que pretende aplicar.¹³⁸

134. Del mismo modo, el tribunal en *M.C.I. Power c. Ecuador*, citado por la Demandada, vinculó su definición de “controversia” en este contexto con el acto alegado de haber violado el tratado en cuestión:

[L]a irretroactividad del TBI excluye su aplicación a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor. Toda controversia surgida con anterioridad a esa fecha no es susceptible de ser sometida al sistema de solución de controversias establecido en el TBI.

El Tribunal distingue entre actos y omisiones previos a la entrada en vigor del TBI de los actos y omisiones posteriores a esa fecha como violaciones al TBI. El Tribunal sostiene que una controversia que esté sujeta a su competencia se *relacionada necesariamente con la violación de una*

¹³⁸ *Eurogas*, opinión disidente del profesor Emmanuel Gaillard, 6 de julio de 2017, ¶¶ 9, 12-14, 26-27 (énfasis nuestro en negrita) (se omiten las notas al pie), CLA-186.

norma del TBI por actos u omisiones posteriores a su entrada en vigor.

Con respecto a los actos u omisiones alegados por los Demandantes como violaciones al TBI después de su entrada en vigor, el Tribunal considera que tiene competencia en la medida en que dichos hechos hayan demostrado ser una violación del TBI....

El Tribunal distingue asimismo entre controversias surgidas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI *de las controversias que surjan con posterioridad a esa fecha que tienen una misma causalidad o una identidad de antecedentes con aquellas controversias anteriores.*¹³⁹

Por lo tanto, una controversia basada en un acto u omisión después de que el tratado ha entrado en vigor es distinta de las controversias relacionadas incluso anteriores al tratado, y cae dentro del alcance del tratado y la competencia del tribunal. *Generation Ukraine*, también citado por la Demandada, sigue el mismo enfoque.¹⁴⁰

135. *Jan de Nul c. Egipto* presenta otro ejemplo más. Al igual que en *Lucchetti y Vieira*, *Jan de Nul* involucró un TBI que contiene una disposición que “no

¹³⁹ *M.C.I. Power c. Ecuador*, ¶¶ 61-62, 64-65 (énfasis nuestro), RLA-0008.

¹⁴⁰ *Generation Ukraine*, ¶¶ 11.2, 11.4, RLA-0019.

será aplicable a las controversias surgidas antes de su entrada en vigor”.¹⁴¹ En el último caso, las diferencias de las partes surgieron de una controversia contractual antes de la entrada en vigor del TBI y continuaron con los procedimientos de litigio que culminaron en una decisión judicial después de que entró en vigencia el TBI. Al concluir que la disposición del TBI que excluye controversias anteriores no lo privaba de jurisdicción *ratione temporis*, el tribunal distinguió entre la controversia contractual involucrada en los procedimientos de litigio (que había surgido antes del tratado) y la controversia entre inversionista y Estado que prosiguió. A pesar de que “la controversia nacional era anterior a la controversia internacional y en última instancia derivó en ella”, las controversias involucraron diferentes partes y diferentes tipos de reclamaciones. Además, el tribunal concluyó que las dos controversias serían distintas incluso bajo el estándar *Lucchetti*.¹⁴²

¹⁴¹ Jan de Nul N.V. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI N. ° ARB/04/13 (Decisión sobre Jurisdicción) (16 de junio de 2006); ¶ 33, CLA-41.

¹⁴² *Jan de Nul* Decisión sobre jurisdicción, ¶¶ 110, 116-20, 126-29, CLA-41; véase (Laudo), ¶ 129, CLA-193. Porque consideró que se había cumplido el estándar de *Lucchetti*, el tribunal señaló en su decisión sobre la jurisdicción que “[e]n estas circunstancias, el Tribunal no necesita tener en cuenta el fallo del tribunal *Lucchetti* que “[l]a alegación de una reclamación del TBI, por meritoria que pueda ser en cuanto al fondo, no tiene ni puede tener el efecto de anular o privar de significado la reserva *ratione temporis* enunciada en el Artículo 2 del TBI”. (¶129 n. 41).

136. En consecuencia, por todas las razones anteriores, el tribunal tiene jurisdicción *ratione temporis* sobre las reclamaciones de los Demandantes porque (1) este arbitraje se inició oportunamente dentro del plazo de prescripción de 5 años aplicable, y (2) las reclamaciones de los Demandantes caen dentro del alcance temporal del TLC. Por lo tanto, la objeción de la Demandada a la jurisdicción *ratione temporis* debe ser rechazada.

II. LOS DEMANDANTES CUMPLEN CON EL PREDICADO JURISDICCIONAL *RATIONE VOLUNTATIS* QUE NO HA SIDO REFUTADO

A. Declaración preliminar

137. El artículo 12.1.2(b) incorpora dos estándares de protección en el Capítulo 12 (Servicios financieros) del Capítulo 10 (Inversión) que no estaban presentes en el Capítulo 12: Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias).¹⁴³ Esta disposición, Art. 12.1.2(b), también incorporó la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado) en el Capítulo 12. Como se establece a continuación, el Art. 12.1.2(b) complementa y no restringe la exigibilidad de los estándares de protección del trato del Capítulo 12.

¹⁴³ Los Artículos 10.12 (Denegación de beneficios) y 10.14 (Formalidades especiales y requisitos de información) no son estándares de protección. Imponen obligaciones a los inversionistas y amplifican la soberanía legislativa y reguladora de las Partes contratantes.

138. La metodología interpretativa aplicable correspondiente al Art. 12.1.2(b) hace exigibles todas las protecciones sustantivas del Capítulo 12, incluido el Art. 12.2 (Trato nacional), y prevé una interpretación del Art. 12.3 (NMF) que permite la importación de un plazo de prescripción de cinco años más favorable del Art. 11(5) del TBI entre Colombia y Suiza. Por lo tanto, aquí se establece que las Partes consintieron en someter al arbitraje inversionista-Estado los estándares de protección de trato contenidas en el Capítulo 12.

139. La respuesta de la Demandada afirma una lectura del Art. 12.1.2(b) que literalmente destroza los derechos de los inversionistas en Servicios Financieros de hacer cumplir *cualquiera* de los estándares de protección de trato del Capítulo 12, incluidos los Artículos 12.2 (Trato Nacional), 12.3 (NMF), 12.4 (Acceso al Mercado para instituciones financieras), y 12.5 (Comercio transfronterizo).

140. De hecho, de conformidad con la metodología interpretativa de la Demandada, incluso el Art. 11.10 (Transferencias y pagos), que se incorpora al Capítulo 12 de conformidad con el Art. 12.1.2(c), y se lee junto con el Art. 12.5 (Comercio transfronterizo), no se puede hacer cumplir por parte de los inversionistas en servicios financieros.

141. Como se detallará, la lectura por parte de la Demandada del Art. 12.1.2(b) no es sostenible. Requiere que el intérprete mire con recelo en el Acuerdo: (i) el lenguaje textual corriente, (ii) el contexto de redacción e historicidad, (iii) el propósito como un acuerdo de protección comercial que tiene un Capítulo de Servicios Financieros relacionado pero distinto de un Capítulo de Inversión, (iv) los escritos contemporáneos, (v) el testimonio ante el Comité de la Cámara de Representantes sobre Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos (“el Comité” o “Comité de la Cámara”), (vi) la práctica de los tratados de las Partes, (vii) las características estructurales y de fondo del TLC, y (viii) el testimonio indiscutible del principal negociador estadounidense del Capítulo 14 del *TLCAN* (Servicios financieros), el cual el Capítulo 12 (Servicios financieros) del TLC toma indiscutiblemente como modelo.

142. La suposición no probada de que el Capítulo 12 del TLC, y el TLC en su conjunto, debe interpretarse como si fuera un TBI, simplemente está errada. Un TBI y un TLC son estructural y sustancialmente diferentes. Por lo tanto, su respectivo propósito, contexto, lenguaje e historia de redacción deben considerarse al interpretar cada instrumento específico.

143. La consideración de estos factores es particularmente importante en este caso porque no existe un precedente que interprete el alcance o la aplicación de un estándar de protección de trato nacional en un Capítulo de Servicios Financieros de un TLC o TLC.

144. Del mismo modo, no hay precedentes que interpreten el alcance y la aplicación de una Cláusula de la Nación Más Favorecida (‘NMF’) en un Capítulo de Servicios Financieros de un TLC o TLC.

145. A diferencia de un TBI, entre muchas diferencias formales y sustantivas, el TLC aquí en cuestión tiene dos cláusulas NMF y dos disposiciones de trato nacional.

146. En esta misma línea, el TLC, a diferencia de la gran mayoría de los TBI, distingue deliberadamente entre dos clases de inversionistas: inversionistas del Capítulo 10 (Inversión) y del Capítulo 12 (Servicios financieros). Cada uno, por ejemplo, en virtud del TLC tiene un trato nacional y estándares de protección de trato NMF, sin embargo, el lenguaje y las calificaciones de las disposiciones respectivas difieren. Lo hacen, en gran medida, porque las inversiones transfronterizas en el sector de servicios financieros están sujetas a un mayor grado de vulnerabilidad derivada del entorno altamente regulado que contextualiza tales inversiones.

147. Las disposiciones sustantivas contenidas en el Capítulo 12 (Servicios financieros) buscan proteger esta clase distinta de inversionistas e inversiones, al tiempo que tienen en cuenta el ejercicio legítimo de la autoridad reguladora y legislativa del Estado anfitrión. Lo hace al proporcionar a las Partes contratantes latitud

en forma de excepción de medidas prudenciales, Art. 12.10 (Excepciones), entre otros.

148. Como se demostró en su Respuesta, la Demandada a su vez invita a este Tribunal a transponer a los inversionistas en Servicios Financieros al Capítulo 10 (Inversión) y a otorgarles dos estándares de protección y una cláusula NMF inexigible: Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias). A pesar de un atractivo superficial, no vale la pena seguir la invitación.

149. Bastante notable, incluso si se siguiera el enfoque de la Demandada, el consentimiento está presente con respecto al Art. 10.7 (Expropiación e indemnización), ya que la Demandada no puede cuestionar seriamente que las Partes contratantes consintieron en que los inversionistas en Servicios financieros aplicaran el estándar de protección contra expropiaciones incorporado explícitamente en el Capítulo 12 (Servicios financieros), de conformidad con el Art. 12.1.2(b), para complementar los estándares de protección del trato del Capítulo 12. Eso es todo lo que concede la Demandada, como debería y debe.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Véase Memorial de respuesta de la Demandada ¶ 300, n. 670- “Colombia reconoce que los Demandantes pueden presentar una demanda de arbitraje por una supuesta violación de la disposición de expropiación (Artículo 10.7) del TLC [citación omitida]”.

150. Por lo tanto, se invita al Tribunal a considerar la objeción al consentimiento de la Demandada con respecto al Art. 12.1.2(b) como relacionada con el alcance del consentimiento únicamente. De hecho, no se ha avanzado ninguna premisa que impugne el consentimiento de las partes a presentar el estándar de protección del trato de expropiación y compensación al acuerdo inversionista-Estado.

1. El significado simple del Capítulo 12 proporciona un trato nacional exigible (Art. 12.2) y un trato NMF expansivo (Art. 12.3)

a. El lenguaje sencillo del Art. 12.1.2(b) demuestra el consentimiento para proporcionar a los inversionistas de servicios financieros estándares exigibles de protección del trato nacional y el trato de nación más favorecida para recuperar daños compensatorios por violaciones comprobadas

151. A pesar de la prolija referencia a una lectura de “significado simple” de las disposiciones materiales del TLC¹⁴⁵ y a la aplicación de los Artículos 31 y 32 de la CVDT,¹⁴⁶ la Demandada en ningún lugar realiza un análisis sostenido del Art. 12.1.2(b). La respuesta de la Demandada ignora la relación de esta disposición con los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF). En ninguna parte de su respuesta, la Demandada intenta conciliar su interpretación del Art. 12.1.2(b) en relación con *cualquiera*, y mucho menos todos los derechos y obligaciones sustantivos establecidos en el Capítulo 12. Dicho simplemente, la Demandada ni siquiera intenta conciliar su interpretación del Art. 12.1.2(b) con el funcionamiento y las disposiciones sustantivas del Capítulo 12. En cambio, como se demostrará, la Demandada sigue un enfoque poco sistemático de “cortar y pegar” para el análisis legal, y utiliza una selección de adverbios menos que significativa.¹⁴⁷

¹⁴⁵ De hecho, el concepto de texto o significado simple en este sentido se menciona al menos diez veces (párrafos 162, 254, FN 582, 304, 309 (dos veces), 310 [título (c)], 322 [título (3)], 343 y 393.)

¹⁴⁶ Las referencias a la CVDT son dieciocho (18) en total. Cinco (5) veces en relación con el Art. 28 y trece (13) veces relacionadas con los Artículos 31 o 32. Véanse los párrafos 171, 304, 351 y las notas al pie 435 y 502 para el Art. 28, y los párrafos 167, 171, 254 (dos veces), 304 (dos veces), 351 y 375, y las notas al pie 435, 502, 582, 611, 674, 701, 791 y 799, para los Artículos 31 y 32.

¹⁴⁷ Desafortunadamente, en lugar de participar en un análisis basado en los méritos, la Demandada usa palabras como “falsamente” para caracterizar el producto del trabajo de sus colegas. (Véase ¶¶ 313-314 de la Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción) Esta práctica es sustancialmente inútil y estéticamente indeseable.

152. En particular, la Demandada argumenta que debido a que el Capítulo 12 “no contiene un mecanismo de resolución de controversias propio”, de alguna manera la cláusula NMF del Art. 12.3 está calificada y restringida solo (i) a la importación de derechos sustantivos no exigibles, y (ii) para ser aplicada por los Estados, presumiblemente (no está claro) en el arbitraje de gobierno a gobierno.¹⁴⁸ La Demandada no ofrece ninguna evidencia textual en apoyo de esta propuesta inviable. Además, la Demandada realiza un análisis del “sentido sencillo” que arrebató el contenido sustantivo y la aplicación práctica de *todas* las disposiciones sustantivas del Capítulo 12, incluidos los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF).

153. El análisis del sentido sencillo de la Demandada está fundamentalmente errado cuando se extiende a sus consecuencias necesarias y legales. Produce una dinámica que hace que todas las disposiciones sustantivas del Capítulo 12 sean inaplicables e inviables, al tiempo que invita a interpretaciones torturadas de las disposiciones procesales del Capítulo: Artículos 12.18 (Solución de controversias) y 12.19 (Controversias de inversión en servicios financieros). El análisis de los artículos 31 y 32 de la CVDT por parte de la Demandada es el siguiente.

¹⁴⁸ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción: ¶ 302.

2. La interpretación por parte de la Demandada del Art. 12.1.2(a) (b) es contraria a la CVDT

154. Según la Demandada, el Art. 12.1.2(a) y el Art. 12.1.2(b) excluyen la aplicación a través de ISDS de todos los estándares de protección sustantivos contenidos en el Capítulo 12, presumiblemente con las notables excepciones de las dos disposiciones del Capítulo 10, los Artículos 10.7 and 10.8, importados al Capítulo 12 y, en este sentido, forman parte de ese Capítulo. Sin embargo, las disposiciones sustantivas del Capítulo 12 son *todas* consideradas inaplicables.

155. Esta conclusión, por lo que dice el argumento, se basa en dos principios interpretativos muy simples: (i) una interpretación sencilla del Art. 12.1.2(b), y (ii) la aplicación del axioma interpretativo bien reconocido *expressio unius est exclusio alterius* (el axioma *expressio*).¹⁴⁹

¹⁴⁹ Los Demandantes se disculpan por tener que reiterar la conocida proposición de que el axioma *expressio unius est exclusio alterius* no forma parte de la CVDT y debe aplicarse con un cuidado extraordinario. El motivo es simple. La aplicación del axioma no determina, como una cuestión de certeza apodíctica, si un conjunto particular de premisas estaba destinado a ser excluido, o incluso incluido.

156. Esto justifica un examen más detenido del análisis que realiza la Demandada del Art. 12.1.2(a) y (b).¹⁵⁰ Comienza con el texto en sí mismo:

Artículo 12.1: Ámbito de Aplicación y Cobertura

1. Este Capítulo se aplica a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte relacionadas con:

- (a) instituciones financieras de otra Parte;**
- (b) inversionistas de otra Parte, y las inversiones de estos inversionistas, en las instituciones financieras en el territorio de la Parte; y**
- (c) el comercio transfronterizo de servicios financieros.**

2. Los Capítulos Diez (Inversión) y Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) se aplicarán a las medidas descritas en el párrafo 1 únicamente en la medida en que dichos Capítulos o Artículos de dichos Capítulos son incorporados en este Capítulo.

¹⁵⁰ La Demandada ignora la subsección (c), pero en realidad es útil para comprender el funcionamiento integral de las subsecciones (a) y (b) dentro de las diversas disposiciones sustantivas del Capítulo 12.

(a) Los Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización), 10.8 (Transferencias), 10.11 (Inversión y el Medio Ambiente), 10.12 (Denegación de Beneficios), 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información), y 11.11 (Denegación de Beneficios) se incorporan a este Capítulo y son parte integrante del mismo.

(b) La Sección B (Solución de Controversias

Inversionista-Estado) del Capítulo Diez (Inversión) se incorpora a este Capítulo y es parte integrante del mismo únicamente en caso de incumplimiento de una Parte de sus obligaciones conforme a los Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización), 10.8 (Transferencias), 10.12 (Denegación de Beneficios) o 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información), en los términos en que se incorporan a este Capítulo.

(c) El Artículo 11.10 (Transferencias y Pagos) se incorpora a este Capítulo y es parte integrante del mismo en la medida que el comercio transfronterizo de servicios financieros esté sujeto a las obligaciones de conformidad con el Artículo 12.5.

157. La Demandada concluye que las obligaciones y los estándares de protección del Art. 12.1.2(a) constituyen una lista exhaustiva de protecciones sustantivas de acuerdo con el principio del axioma *expressio*.¹⁵¹ Por lo tanto, así lo dice el argumento, la disposición de la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado) del Capítulo 10 (Inversión) se aplica a los inversionistas de servicios financieros, pero “únicamente” con respecto a las cuatro disposiciones del Art. 12.1.2(a) y (b): a saber, los Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización), 10.8 (Transferencias), 10.12 (Denegación de Beneficios) o 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información).

158. La Demandada señala correctamente que solo cuatro disposiciones del Capítulo 10 se incorporan al Capítulo 12. Los Demandantes están de acuerdo y simplemente agregan que, de esas cuatro disposiciones, solo dos (Artículos 10.7 y 10.8) son estándares de protección de trato que crean una obligación para los Estados Partes contratantes que otorga a los inversionistas el derecho correspondiente. Los artículos 10.12 (Denegación de Beneficios) y 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información) son obligaciones que los inversionistas deben cumplir y derechos que tienen las Partes contratantes.

¹⁵¹ *Id.* ¶¶ 308-309.

159. La Demandada, sin embargo, lleva su análisis un paso más allá. Aunque ciertamente la Demandada estaría en lo correcto al concluir que las únicas disposiciones sustantivas *incorporadas del Capítulo 10 (Inversión) en el Capítulo 12 (Servicios financieros) son las cuatro a las que se hace referencia explícita en el Art. 12.1.2(a) y (b)*, no se deduce necesariamente que la incorporación de estas cuatro disposiciones anule la exigibilidad de todos los estándares de protección de trato del Capítulo 12 y otras disposiciones sustantivas.

160. En pocas palabras, los Artículos 12.1.2 (a) y (b) ciertamente limitan las protecciones sustantivas *importadas del Capítulo 10 (Inversión) e incorporadas en el Capítulo 12 (Servicios Financieros)*. Pero la Demandada lee la palabra *únicamente*¹⁵² como se expresa en el Art. 12.1.2(b) como si tuviera el efecto “desbordamiento” de anular y calificar la aplicación y el cumplimiento de los estándares sustantivos de protección contenidos en el Capítulo 12, especialmente los Artículos 12.2 (Trato nacional) y 12.3 (NMF).

¹⁵² (énfasis nuestro).

161. Los Artículos 12.1.2(a) y (b) no modifican, destrozan ni califican de alguna manera *ninguno* de los estándares sustantivos de protección contenidos en el Capítulo 12. Estas disposiciones son independientes dentro del ámbito del Capítulo 12 y no pueden tratarse como si fueran estándares de protección del Capítulo 10 que han sido excluidos. No se han modificado, y mucho menos se han vuelto inaplicables.

162. El Artículo 12.1.2(b) no puede interpretarse como que despoja a los inversionistas en servicios financieros de los estándares de protección sustantivos exigibles que forman parte del Capítulo 12. El Artículo 12.1.2(b) no modifica, anula ni califica el Art. 12.2 (Trato Nacional) o el Art.12.3 (NMF).¹⁵³

¹⁵³ *Ver, por ejemplo, id.* ¶¶ 303-305, ¶ 303 (argumentando que “las disposiciones del Capítulo 10, por lo tanto, se aplican ‘solo en la medida en que’ se incorporen expresamente al Capítulo 12. *Esto significa que el mecanismo de solución de controversias del Capítulo 10 se aplica solo a ciertas reclamaciones expresamente definidas, que se identifican de la siguiente manera en el Artículo 12.1.2 (h) [citación omitida]*”), ¶ 304 estableciendo:

El Artículo 12.1.2(b) debe interpretarse de acuerdo con la regla de interpretación de los tratados bajo el derecho internacional consuetudinario que está codificada en el Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De conformidad con dicha regla, un tratado deberá interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a [sus] términos”. [cita omitida] Debido a que el Artículo 12.1.2(b) incluye un conjunto cerrado de reclamos que puede someterse a arbitraje en virtud del Capítulo 12 (como denota el término “únicamente”), se deduce que las reclamaciones *no* incluidas en esta lista no pueden someterse a arbitraje. Esto es consistente con el principio relacionado y bien establecido de *expressio unius est exclusio alterius* (es decir, la expresión de una cosa implica la exclusión de otra). [cita omitida]

163. El Artículo 12.1.2(b) limita el número de estándares de protección sustantivos que se importan del Capítulo 10 al Capítulo 12 para los cuales están disponibles los derechos procesales de solución de controversias del Capítulo 10. El Artículo 12.1.2(b) no establece que los inversionistas en Servicios Financieros no puedan hacer cumplir los derechos sustantivos del Capítulo 12, incluidos los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF) de conformidad con la Sección B. De hecho, el lenguaje textual del Art. 12.1.2(b) es suficientemente simple.

164. El Artículo 12.1.2(b) no contiene *ningún* lenguaje que haga referencia a una limitación de los estándares sustantivos de protección del Capítulo 12. Este artículo limita expresamente solo las disposiciones del Capítulo 10 (Inversión) importadas al Capítulo 12 y exigibles de conformidad con el mecanismo de controversias del Capítulo 10 que no estaban presentes en el Capítulo 12. No hay una base normativa para interpretar el Art. 12.1.2(b) como una limitación del alcance o la aplicación del Art. 12.3 (NMF). El artículo no hace referencia al Art. 12.3 (NMF).

165. No existe una base interpretativa o política en virtud de la cual el Art. 12.1.2(b) despoja a todo el universo de inversionistas de Servicios Financieros del Art. Disposiciones 12.2 (Trato nacional) y 12.3 (NMF). Estas disposiciones sustantivas se encuentran en el Capítulo 12 por una sola razón: la protección de los inversionistas en servicios financieros y sus inversiones.

166. El artículo 12.1.2 (b) no es una base para afirmar de manera creíble que el Art. La disposición de 12.3 (NMF) está restringida y, por lo tanto, de alguna manera no puede importar un plazo de prescripción de cinco años del Artículo 11(5) del TBI entre Colombia y Suiza porque hacerlo violaría el acuerdo de arbitraje de las Partes Contratantes Art. 10.7 (Expropiación y compensación) o Art. 12.2(Trato nacional).

167. El Capítulo 12 brinda a los inversionistas de Servicios Financieros una amplia y generosa variedad de derechos sustantivos y procesales.¹⁵⁴Todas estas disposiciones deben tener significado, relevancia textual y cumplimiento.

¹⁵⁴ Véase, por ejemplo, Audiencia ante el Comité de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, Ciento Tercer Congreso, Primera Sesión (28 de septiembre de 1993) en 35, 45, adjunto como Anexo C-0029. En la misma línea, el laudo en *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N.º ARB (AF)/05/2 (TLCAN), (Laudo) (18 de septiembre de 2009), explicó que el TLCAN proporcionó a los inversionistas derechos sustantivos y procesales análogos a los derechos otorgados por terceros estados en virtud del derecho internacional público.

168. Importar un plazo de prescripción de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza concuerda ampliamente con el significado simple y el lenguaje irrestricto del Art. 12.3 (NMF), así como con la amplia gama de obligaciones y derechos contenidos en el Capítulo 12 que favorecen a los inversionistas en Servicios Financieros.

169. El uso interpretativo de la Demandada del Art. 12.1.2(b) para limitar el alcance y la aplicación de los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF) y las obligaciones importadas del Capítulo 10 cambia por completo el canon interpretativo de larga data que exige que cada disposición de un tratado sea interpretada como que tiene significado y propósito. El enfoque de la Demandada del Capítulo 12 es asumir que los inversionistas en Servicios Financieros deben ser tratados en abstracto y más allá del contexto del Capítulo 12, como si dichos inversionistas fueran colocados en el Capítulo 10 (Inversión) sujeto solo a dos estándares de protección exigibles: Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias). Ese simplemente no es el caso, en parte, porque la estructura del TLC no es la de un TBI.

170. Las consecuencias de esta interpretación conduce a resultados “manifiestamente absurdos” e “irrazonables” que las Partes no pretendieron ni pudieron haber imaginado.

171. La lógica de la Demandada representa una metodología para la interpretación de tratados que ha sido rechazada universalmente. A este respecto, resulta útil el razonamiento y las observaciones del Tribunal en el Laudo parcial 2005 de *Eureka c. Polonia*.¹⁵⁵ El Tribunal señaló:

248. [...] Es la regla fundamental de la interpretación de los tratados que todas y cada una de las cláusulas operativas de un tratado deben ser interpretadas de modo tal que sean significativas en lugar de absurdas. Está igualmente establecido en la jurisprudencia del derecho internacional, en particular la de la Corte Permanente de Justicia Internacional, que los tratados y, por lo tanto, sus cláusulas, deben ser interpretadas de modo tal que se vuelvan efectivas en vez de ineficaces.

172. El propósito del Art. 12.1.2 (a), y (b) es complementar la rúbrica del estándar de protección del Capítulo 12 (Servicios Financieros) a favor de los inversionistas en Servicios Financieros. Lo hace contribuyendo con la disposición ISDS, Sección B, del Capítulo 10, junto con las cuatro disposiciones sustantivas referenciadas que de otro modo no forman parte del Capítulo 12. La importación de estas disposiciones equilibra aún más la relación derechos-obligaciones entre los inversionistas en

¹⁵⁵ *Eureka BV c. Polonia*, Laudo parcial y dictamen disidente, CII 98 (2005), 19 de agosto de 2005, Tribunal ad hoc (CNUDMI).

servicios financieros y las Partes contratantes. Esta contribución al Capítulo 12 pretende ampliar toda la gama de las disposiciones sustantivas del Capítulo 12. El propósito de estas disposiciones sustantivas es proteger a los inversionistas y a las inversiones en Servicios Financieros, al tiempo que refuerza los derechos del Estado anfitrión.

173. La exégesis de la Demandada no explica cómo, basado en el texto literal del Art. 12.1.2(b), el alcance del Art. 12.3 (MFN) está directa y literalmente calificado. En cambio, la Demandada se basa en el principio del axioma *expressio* y concluye que ambos Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF) son en efecto redundancias que no tienen valor conceptual ni aplicación práctica.¹⁵⁶

174. Sobre la base de este enfoque, la Demandada intenta además argumentar que los Demandantes “de manera falsa” se han propuesto engañar a este Tribunal al sugerir que la referencia al Capítulo 10 en el Art. 12.1.2 (b) es significativa.¹⁵⁷ Luego, la Demandada corrobora su reclamo citando una oración incompleta (una cláusula subordinada) y argumentando que los Demandantes sugirieron “que la totalidad del Capítulo 10 se incorporó por referencia en el Capítulo 12”.

¹⁵ La Demandada ofrece además la propuesta
⁸

¹⁵⁶ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción: ¶¶ 303-305.

¹⁵⁷ Como se indicó anteriormente, los Demandantes sostienen que agregar cuatro estándares de protección sustantivos adicionales del Capítulo 10 (Inversión) al Capítulo 12 (Servicios financieros) es muy significativo. Los demandantes también opinan que incorporar la disposición ISDS del Capítulo 10, Sección B, al Capítulo 12 (Servicios Financieros) es igualmente significativo.

¹⁵⁸ *Supra* nota 10 ¶ 313.

irrelevante de que “como ya se explicó, el Art. 12.1.2 del TLC hace que sea absolutamente claro que el Capítulo 10 *no* es incorporado por completo en el Capítulo 12, y que las disposiciones del Capítulo 10 se aplican 'solo en la medida' que se incorporan expresamente”. (énfasis en el original)¹⁵⁹

175. En esta misma línea, la Demandada se aferra a este enfoque y declara que “una vez más, falsamente - [los Demandantes] no eluden el Art. 12.1.2 (a), que identifica explícitamente las disposiciones de otros capítulos que se incorporan por referencia en el Capítulo 12 [.] “¹⁶⁰ Toda la línea de pensamiento es algo curiosa y extraña, pero debe ser abordada.

176. Notablemente, la Demandada no ofrece absolutamente ningún análisis de los Artículos 31 y 32 de la CVDT del Capítulo 12, y mucho menos un análisis que necesariamente conduzca a conclusiones racionales y viables que darían importancia a la mayoría de las disposiciones contenidas en un Capítulo que pretende promover y proteger la inversión transfronteriza en servicios financieros.

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ Ver Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción, ¶ 314, indicando “pero -una vez más, falsamente-...”. (énfasis nuestro).

3. La consecuencia necesaria del análisis interpretativo de la Demandada hace que prácticamente la totalidad del Capítulo 12 sea ineficaz

177. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2(a) y (b) y la aplicación del axioma *expressio* que se aplica a todas las disposiciones sustantivas del Capítulo 12 hace que sean teóricamente nulas y prácticamente disfuncionales todas las disposiciones sustantivas y procesales del Capítulo 12. Además, conduce a numerosos problemas estructurales, entre los cuales se encuentra el trato discriminatorio general sin fundamento de los inversionistas en Servicios Financieros.¹⁶¹

a. El trato nacional no tiene sentido: Un derecho sin recurso

178. El enfoque de la Demandada despoja al Art. 12.2 (Trato Nacional) de todo contenido sustantivo y aplicación práctica. La aplicación de la Demandada del axioma *expressio* hace del trato nacional en este Artículo un derecho sin recurso. De hecho, la Demandada sostiene incorrectamente que “[d]ebido a que el Artículo 12.1.2 (b) incluye un conjunto cerrado de reclamaciones que pueden ser sometidas a arbitraje en virtud del Capítulo 12 (como se indica mediante el término 'únicamente'), se deduce que las reclamaciones *no* incluidas en esta lista no pueden ser sometidas a arbitraje”.¹⁶²

¹⁶¹ *Ver supra* en la nota 149.

¹⁶² Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción: ¶ 34. ;63 *Id.*

179. Por lo tanto, se desprende del razonamiento de la Demandada que los inversionistas en servicios financieros no pueden hacer cumplir la disposición (Trato Nacional) del Art. 12.2 porque ese derecho “no está incluido en esta lista [Art. 12.1.2 (b)]”.¹⁶³ En lugar de ser incluido en el Art. 12.1.2 (b), el Art.12.2 (Trato Nacional) se encuentra en el Capítulo 12 y, por lo tanto, se vuelve inexigible y sin efecto.

180. Al interpretar que la palabra “únicamente” se aplica no solo a las disposiciones sustantivas afirmadas en el Capítulo 10, *sino también* a las disposiciones contenidas en el Capítulo 12, los estándares de protección sustantivos del Capítulo 12 pierden su significado. Ni directamente, ni bajo una teoría de legitimación derivada aún no articulada que no está prevista en el Capítulo 12, los inversionistas de Servicios Financieros no tienen ningún recurso para los daños compensatorios que surgen de las violaciones del estándar de protección del trato nacional.

181. La falta de consistencia interna contenida en esta propuesta se vuelve aún más desconcertante cuando se considera en el contexto del objetivo fundamental del Capítulo 12 de TLC: promoción y protección de la inversión transfronteriza en el sector de servicios financieros.

¹⁶³ *Id.*

182. La interpretación de la Demandada de “únicamente” en el Art. 12.1.2 (b) necesariamente obliga al intérprete a concluir que ni los Estados Unidos ni Colombia tenían la intención de aplicar la disposición (Trato nacional) del Art. 12.2 a los inversionistas en servicios financieros porque el trato nacional simplemente “no está incluido en esta lista [Art. 12.1.2 (b)]”.¹⁶⁴

183. Como se describirá a continuación, ¹⁶⁵escritos contemporáneos con las negociaciones de la plantilla predecesora del TLC, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y las disposiciones de trato nacional y NMF de Servicios Financieros de ese acuerdo, establecen más allá de toda duda que las disposiciones de trato nacional y NMF constituyen el núcleo mismo del Capítulo 14 (Servicios financieros) del TLCAN.

184. Todos los representantes gubernamentales de las principales agencias y departamentos de servicios financieros testificaron ante el Congreso de los Estados Unidos que los estándares exigibles de protección del trato nacional y del trato NMF son características centrales de los objetivos y el funcionamiento del Capítulo 14 (Servicios Financieros) del TLCAN.¹⁶⁶

¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Ver ¶¶ 361-368.*

¹⁶⁶ *Véase 00029 Audiencia ante la Comisión de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, pág. 108-109*

185. El principal negociador del TLCAN da fe de manera similar en este procedimiento que el objetivo y la intención del Capítulo 14 (Servicios Financieros) del TLCAN fue proporcionar a los inversionistas de Servicios Financieros derechos exigibles de protección de trato nacional y trato de NMF.¹⁶⁷

b. El trato NMF no tiene sentido: Un derecho sin recurso

186. La teoría interpretativa de la Demandada despoja a la protección (Nación más favorecida) del Art. 12.3 de todo contenido y aplicación práctica. Como con el Art. 12.2 (Trato nacional), esta lectura conduce a un derecho NMF sin recurso.

¹⁶⁷ Ver ¶¶ 370, 373, 376, y 379.

187. La Demandada alega que la disposición del Art.12.3 (Nación más favorecida) no se puede utilizar para importar ninguna disposición de otros tratados, y específicamente el plazo de prescripción de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza. La Demandada afirma que la palabra “únicamente” en el Art. 12.1.2 (b), se aplica a algo más que las disposiciones del Capítulo 10 y sirve para eliminar los estándares sustantivos del Capítulo 12 y excluir su exigibilidad. La Demandada es enfática en este punto, que colorea todo su análisis del Art. 12.3 (NMF):

331. La incorporación del mecanismo de resolución de controversias a través de la Cláusula NMF del Capítulo 12 sería contraria a los términos expresos del TLC. Como se señaló anteriormente, el Artículo 12.1.2 (b) del TLC enumera de manera expresa y exhaustiva el 'único' conjunto de reclamaciones que pueden presentarse a la solución de controversias Inversionista-Estado bajo el TLC, a saber: 'Artículos 10.7 (Expropiación y Compensación), 10.8 (Transferencias), 10.12 (Denegación de Beneficios) y 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información).¹⁶⁸

¹⁶⁸ *Supra*, Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción: ¶ 331.

La Demandada no expresa que las cuatro disposiciones del Capítulo 10 (Inversión) mencionadas en 12.1.2 (b) se importaron al Capítulo 12 (Servicios financieros) por una simple razón; estaban ausentes del Capítulo 12. Pretendían complementar la protección de los inversionistas de Servicios Financieros al tiempo que proporcionaban a los Estados contratantes dos

332. No se puede basar en la Cláusula NMF del Capítulo 12 para negar el lenguaje facial del Artículo 12.1.2 (b) o para subvertir la intención común y la voluntad expresa de Colombia y Estados Unidos de limitar la categoría de reclamaciones que pueden ser sometidas a arbitraje. Permitir que los Demandantes se basen en la Cláusula NMF del Capítulo 12 para presentar reclamaciones por presuntas violaciones de las protecciones que no figuran en 12.1.2 (b) - al contrario de los principios bien establecidos de interpretación de tratados - privaría a esa disposición de *effet utile*.¹⁶⁹

188. Llano y simple, la Demandada interpreta el término “únicamente” en el Art. 12.1.2 (b) como una limitación a la aplicación directa de *ambas* disposiciones del Capítulo 10 más allá de las cuatro que están incorporadas en el Capítulo 12, *pero también* como aplicables a todos los derechos sustantivos del Capítulo 12. Esta interpretación tiene el efecto de privar a los inversionistas de servicios financieros de toda protección del Art. 12.3 (NMF).

189. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2 (b) no puede explicar el funcionamiento práctico del Art. 12.3 (NMF). Relega el estándar de protección a una mera disposición duplicada contenida en

conjuntos de derechos sobre la denegación de beneficios y requisitos de información.

¹⁶⁹ *Id.* ¶ 332. (citas omitidas).

dos capítulos, 10 y 12, que no tiene ningún efecto o funcionamiento práctico.

190. El análisis de la Demandada con respecto al alcance del Art. 12.3 (NMF) falla además porque supone que el lenguaje claro del Art. 10.4 (NMF) y del Art. 12.3 (NMF) es el mismo y por lo tanto se incorpora la nota al pie restrictiva 2 del Capítulo 10 (NMF) , “con límites” ¹⁷⁰ en el Capítulo 12.

191. La Demandada concluye que el hecho de permitir que el Art.12.3 (NMF) importe un plazo de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza restaría significado a la nota al pie 2 del Art.10.4.

192. Las afirmaciones de la Demandada sobre este punto obliga a citarlas en su totalidad:

La interpretación de los Demandantes también ignora el contexto del tratado, incluida la Nota al pie de NMF del Capítulo 10... la Nota al pie de NMF del Capítulo 10 impide que la Cláusula de NMF del Capítulo 10 se utilice para importar disposiciones de solución de controversias de otros tratados [se omite la cita]. Como resultado, la Sección B del Capítulo 10 (la sección de solución de controversias) no puede modificarse por referencia a otros tratados. Al invocar el Capítulo 12 del TLC, los Demandantes se basan en la Sección B del Capítulo 10 (que se incorpora, con límites, en el Capítulo

¹⁷⁰ *Id.* n. 715.

12). Endosar el intento de los Demandantes de crear consentimiento utilizando la Cláusula NMF del Capítulo 12 también sería privar a la Nota al pie de NMF del Capítulo 10 de *effect utile*.¹⁷¹

193. La disposición NMF del Art. 10.4 (Inversión) contiene un lenguaje de calificación limitante que simplemente no se encuentra en su contraparte NMF del Art. 12.3 (Servicios financieros). El Artículo 10.4(1)(2) dice:

1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte *en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*

2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte *en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de*

¹⁷¹ *Id.*

inversiones, [citando la Nota 2, el lenguaje restrictivo de calificación establece:

Para mayor certeza, el trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones” a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección B, que se encuentren estipulados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.]

(énfasis nuestro).

194. El Artículo 12.3.1 (NMF) es textual y significativamente más amplio. Mucho más importante, al menos a efectos del presente análisis, simplemente *no* contiene el lenguaje restrictivo expresado en el Art. 10.4 (l)(2). La cita y el análisis son necesarios:

1. Cada Parte otorgará a *los inversionistas* de otra Parte, a las instituciones financieras de otra Parte, a *las inversiones de los inversionistas* en las instituciones financieras y a los proveedores transfronterizos de servicios financieros de otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a *los inversionistas*, a las instituciones financieras, a *las inversiones de inversionistas* en instituciones

**financieras, y a los proveedores
transfronterizos de servicios financieros
de cualquier otra Parte o de un país que
no sea Parte.**

(énfasis nuestro).

195. La disposición del Art. 12.3 (NMF) es más amplia que su contraparte el Art. 10.4 del Capítulo de Inversión. Significativamente, el lenguaje restrictivo contenido en el Art. 10.4, *“con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”*, no se encuentra en ninguna parte del Art. 12.3. (énfasis nuestro). Como se indicó en otra sección de este escrito, la práctica de tratados de las Partes es declarar expresamente y por escrito cualquier modificación o restricción a un derecho u obligación. Esa práctica se siguió y se aplicó a la redacción y el funcionamiento del TLC.

196. En particular, la nota al pie 2 de la disposición NMF del Art. 10.4, Capítulo de Inversión, deja en claro que la palabra “trato” es “con respecto al” lenguaje calificativo relacionado con “el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones” como se enuncia ese lenguaje en los párrafos 1 y 2 del Art. 10.4. Este mismo lenguaje no está presente en absoluto en el Art.12.3 (NMF).

197. Por lo tanto, se deduce necesariamente que la Nota a pie 2 se limita a (i) el alcance del lenguaje que califica, y (ii) los *tipos* de inversiones cubiertas en el Capítulo 10.

198. El alcance de “trato” del Art. 12.3 (NMF) se asigna a la inversión de inversionistas en “instituciones financieras” de la otra Parte, “instituciones financieras” y “proveedores transfronterizos de servicios financieros de la otra Parte”. La nota a pie 2 del Artículo 10.4 pretende restringir un tipo diferente de inversión en un contexto

que no es transferible al lenguaje expreso contenido en el Art. 12.3.1.

199. Un análisis textual proscibiría la incorporación de la Nota 2 al pie del Art. 10.4 (NMF) del Capítulo 12. Aquí el significado simple y el lenguaje literal del Art. 12.1.2 es útil. Esta subsección establece que las proposiciones del Capítulo 10 se aplican al Capítulo 12 “solo en la medida en que dichos Capítulos o Artículos de dichos Capítulos estén incorporados en este [12] Capítulo”.

200. En consonancia con los artículos 31 y 32 de la CVDT, el Art. 12.1.2 (b) solo incorpora los Artículos 10.7, 10.8, 10.12 y 10.14 del Capítulo 10. Obviamente no incorpora el Art. 10.4 (NMF), y mucho menos la nota 2, el lenguaje restrictivo de calificación que limita el alcance del Art. 10.4.

201. En aras de la integridad y la transparencia absoluta, debe señalarse una vez más que el Art. 12.1.2 (b) incorpora la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado) del Capítulo 10 (Inversión). Sin embargo, el Artículo 10.4 (NMF), no forma parte de la Sección B del Capítulo 10.

202. Finalmente, incluso si de alguna manera estas premisas basadas en texto eran incorrectas, y de hecho de alguna manera el Art. 10.4 y su correspondiente lenguaje restrictivo calificativo en la forma de la Nota al pie 2 encontraron su camino y dieron origen al Capítulo 12, surgiría un conflicto directo y explícito entre la Nota 2 del Art. 10.4 y realmente todas las disposiciones sustantivas del Capítulo 12, pero ciertamente con respecto al Art. 12.3 (NMF).

203. El Artículo 10.2(1) establece con lucidez que “[e]n en caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y otro Capítulo, *el otro Capítulo prevalecerá* en la medida de la inconsistencia”. (énfasis añadido).

204. En pocas palabras, el lenguaje limitante que la Nota al pie 2 sirve para aclarar y dar más certeza no está presente textual y conceptualmente no puede desempeñar ningún papel en el Capítulo 12:

2. Para mayor certeza, el trato *con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversión* a que se refieren los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4 no incluye mecanismos de solución de controversias, como los de la Sección B, que están previstos en tratados de inversión internacional o acuerdos comerciales.

(énfasis nuestro).

205. De manera similar, la interpretación de la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado) del Capítulo 10 en el Capítulo 12 puede modificarse para incluir un trato más favorable de un derecho existente al aumentar el plazo de prescripción de tres años a cinco. Aquí también, es poco claro o coherente cómo la Demandada concluye que aumentar un plazo de prescripción de tres a cinco años constituye la creación de un nuevo derecho en lugar de la incorporación de un término existente más favorable.

206. La Demandada derrama considerable tinta sobre los peligros de sacar de la Nota al pie 2 del Art.10.4 (NMF) su *effet utile*.¹⁷² Sin embargo, no se realiza un esfuerzo comparable para evaluar los efectos de la interpretación de la Demandada del término “únicamente” en el Art. 12.1.2 (b) sobre la efectividad de los Artículos 12.2 (Trato nacional) y 12.3 (NMF), así como de todas las demás disposiciones sustantivas que comprenden el Capítulo 12 (Servicios financieros).

¹⁷² *Id.*

- c. El enfoque de la Demandada es fundamental para sacar el Capítulo 12 del TLC y tratar a los inversionistas de servicios financieros como inversionistas del Capítulo 10, pero con solo dos derechos exigibles

207. De hecho, en la totalidad de la larga presentación de la Demandada, no hay ninguna *mención*, y mucho menos un análisis de los Artículos 12.4, 12.5, 12.6, 12.15, 12.16, 12.17, 12.8 y 12.19.¹⁷³

208. De conformidad con la teoría interpretativa de la Demandada, los inversionistas en Servicios Financieros no tienen ningún recurso para presentar reclamaciones basadas en un trato discriminatorio y menos favorable que el otorgado a los inversionistas que son nacionales del Estado anfitrión, excepto en la medida en que el Art. 10.7.1 (b), es decir, debe observar estrictamente la expropiación de “manera no discriminatoria”.

209. De manera más general, sin embargo, la extensión del término “únicamente” y la aplicación del axioma *expressio* a la totalidad del Capítulo 12 simplemente limita todo el universo de derechos exigibles a solo dos: Art. 10.7 (Expropiación y compensación), y el Art. 10.8 (Transferencias). Esto extrae del Capítulo 12 toda la aplicación práctica y el contenido teórico con respecto a los inversionistas.

¹⁷³ Se menciona el Artículo 12.10 (Excepciones), ciertamente no conciliado con la teoría interpretativa de la Demandada, en la página 18 en la Nota 74.

210. Artículo 10.14 (Formalidades especiales y requisitos de información) solo amplía la esfera del dominio regulador de los Estados signatarios. Este artículo no otorga a los inversionistas ni siquiera el brillo de un estándar de protección. El Art. 10.4 otorga a los Estados contratantes el derecho de buscar información de los inversionistas e imponer formalidades [que] no perjudiquen materialmente las protecciones otorgadas por una Parte a los inversionistas de la otra Parte y las inversiones cubiertas de conformidad con el [Capítulo 10]. “ (énfasis añadido).¹⁷⁴

¹⁷⁴ Ver Art. 10.14 (Formalidades especiales y requisitos de información)

1. Nada de lo dispuesto en el Artículo 10.3 se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener una medida que prescriba formalidades especiales conexas a una inversión cubierta, tales como un requerimiento que los inversionistas sean residentes de la Parte o que las inversiones cubiertas se constituyan conforme a la legislación o regulación de la Parte, a condición que dichas formalidades *no menoscaben significativamente la protección otorgada por una Parte a inversionistas de otra Parte y a inversiones cubiertas de conformidad con este Capítulo.*

No obstante, lo dispuesto en los Artículos 10.3 y 10.4, *una Parte puede exigir de un inversionista de otra Parte o de su inversión cubierta que proporcione información referente a esa inversión, exclusivamente con fines informativos o estadísticos. La Parte protegerá la información que sea confidencial de cualquier divulgación que pudiera afectar negativamente la situación competitiva del inversionista o de la inversión cubierta. Nada de lo dispuesto en este párrafo se interpretará como un impedimento para que una Parte obtenga o divulgue Información referente a la aplicación equitativa y de buena fe de su legislación.*

(énfasis nuestro).

211. Las disposiciones que imponen obligaciones a los inversionistas son tan críticas como las que dan lugar a derechos. Pero para los propósitos de este análisis, es importante asegurar una comprensión prístina del alcance de los derechos exigibles que se relegan a los inversionistas en Servicios Financieros de conformidad con el enfoque de la Demandada.

212. El Artículo 10.14 (Formalidades especiales y requisitos de información) simplemente no es un estándar de protección a favor de los inversionistas en servicios financieros. Por el contrario, incorpora en el Capítulo 12 un derecho regulatorio a favor del Estado que circunscribe una obligación sobre los inversionistas en Servicios Financieros que no formaron parte de la rúbrica del Capítulo 12.

213. El análisis relativo a una segunda norma de protección supuesta importada del Capítulo 10 al Capítulo 12 para el beneficio de los inversionistas de Servicios Financieros del Capítulo 12 está sujeto al análisis idéntico. El Art. 10.12 (Denegación de beneficios) no proporciona a los inversionistas de Servicios financieros derechos, sino obligaciones. En correspondencia con estas obligaciones, son los Estados signatarios a los que se les otorgan derechos los que amplían su soberanía reguladora y legislativa, al tiempo que reducen los derechos de los inversionistas. Esta disposición, Art. 10.12, otorgó a los Estados signatarios un derecho e impuso a los inversionistas obligaciones que no estaban presentes en el Capítulo 12 (Servicios financieros).¹⁷⁵

¹⁷⁵ El Artículo 10.12 (Denegación de beneficios) dice:

214. En consecuencia, la lectura de la Demandada del término “únicamente” en el Art. 12.1.2 (b), a todo el Capítulo 12 simplemente deja a los inversionistas de Servicios Financieros con solo dos estándares de protección exigibles: Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias).

1. Una Parte puede negar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de dicha otra Parte y a las inversiones de ese inversionista si las personas de un país que no es Parte son dueños o controlan la empresa y la Parte que niega:

(a) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no sea Parte; o

(b) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no sea Parte o una persona del país no Parte que prohíbe las transacciones con la empresa o que serían infringidas o eludidas si los beneficios del presente Capítulo se otorgan a esa empresa o a sus inversiones.

2. Una Parte puede denegar los beneficios del presente Capítulo a un inversionista de otra Parte que sea una empresa de esa otra Parte y a las inversiones de dicho inversionista, si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de ninguna de las Partes, salvo la Parte que deniega los beneficios, y personas de un país que no es Parte, o de la Parte que deniega, sean propietarias o controlan la empresa.

215. Ambas disposiciones, en particular el Art. 10.7 (Expropiación e Indemnización), son estándares legítimos de protección de la inversión. Sin embargo, el análisis de los estándares de protección reales exigibles acordados a los inversionistas de servicios financieros bajo la teoría interpretativa de la Demandada es incompleto sin un examen más detallado del Art. 10.8 (Transferencias), que está significativamente calificado en alcance y contenido.

216. El Artículo 10.8 (Transferencias) está diseñado para permitir que las transferencias relacionadas con inversiones cubiertas se realicen sin restricciones y con un grado relativo de conveniencia. Sin duda, es un derecho conferido a los inversionistas que da lugar a una obligación correspondiente a los Estados signatarios. El Artículo 10.8.4 establece derechos considerables a favor de los Estados signatarios que califican materialmente las transferencias de inversionistas y que son funcionalmente absolutas.

217. Sujeto a los predicados de “aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes”, los Estados signatarios tienen absoluta discreción para limitar los derechos de los inversionistas en virtud de este Artículo y prácticamente con respecto a cada fase del comercio. El rango de excepciones es considerable.¹⁷⁶ Estas exclusiones están sujetas a la

¹⁷⁶ El Artículo 10.8.4 (Transferencias) establece:

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 1 al 3, una Parte podrá impedir la realización de una transferencia por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas a:

discreción de los Estados signatarios, lo que necesariamente afecta profundamente los derechos de transferencia de los inversionistas.

218. Por lo tanto, de conformidad con el enfoque interpretativo de la Demandada, los inversionistas en servicios financieros solo tienen apenas dos estándares de protección exigibles: a saber, los Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias). Este último “derecho” está significativamente restringido y calificado de conformidad con el Art. 10.8.4 (a)-(e). Aquí es importante enfatizar que el alcance cualitativo del trato discriminatorio aplicado a los inversionistas de servicios financieros de conformidad con el análisis de la Demandada es extremo.

-
- (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
 - (b) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados;
 - (c) infracciones criminales o penales;
 - (d) reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o con las autoridades financieras regulatorias; o
 - (e) garantizar el cumplimiento de sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales o administrativos. .

219. La disparidad entre los derechos sustantivos de protección acordados a los inversionistas del Capítulo 10 y las contrapartes de los Servicios Financieros del Capítulo 12 es sustancial y no tiene justificación política, textual o contextual. Además, representa la interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2 (b) fundamentalmente defectuosa e insostenible.

220. La naturaleza disfuncional de aplicar el término “únicamente” en el Art. 12.1.2 (b) a todo el Capítulo 12 (Servicios financieros), incluido el Art. 12.1.2 (c), se destaca por sus efectos en esta subsección. En consonancia con el enfoque de la Demandada el derecho que el Art.12.1.2 (c) otorga claramente a los inversionistas de servicios financieros a través del Art. 11.10 (Transferencias y pagos) también sería simplemente inaplicable. Estos derechos (Art. 11.10) contenidos en el Art. 12.1 (c) (Alcance y cobertura) bajo la lectura de la Demandada estaría sujeto al axioma *expressio* de la aplicación porque el Art. 11.10 (Transferencias y pagos) no figura en el párrafo inmediatamente anterior, Art. 12.1.2 (b).

221. Los derechos de transferencia transfronteriza del Art.11.10 son indispensables a los inversionistas en servicios financieros y deben ser leídos *in pari materia* con el Art. 12.5 (Comercio transfronterizo) como se establece claramente en el Art. 12.1.2 (c) siempre que el Art. 11.10 (Transferencias y pagos) “esté sujeto a obligaciones de conformidad con el Artículo 12.5”.

222. El Artículo 12.5 (Comercio transfronterizo) es fundamental para los inversionistas en servicios financieros y la exigibilidad de este artículo es primordial porque, entre otras cosas, el Art. 12.5.1 otorga protección de “trato nacional” a los “proveedores transfronterizos de servicios financieros de la otra Parte”. Sin un mecanismo para hacer cumplir este derecho, los inversionistas en Servicios Financieros estarían en peligro operacional considerable.¹⁷⁷

¹⁷⁷ Artículo 12.5 (Comercio Transfronterizo) en Estados parte

1. Cada Parte permitirá, bajo los términos y condiciones *que otorguen trato nacional*, que los proveedores transfronterizos de servicios financieros de la otra Parte suministren los servicios especificados en el Anexo 12.5.1.
2. Cada Parte permitirá a las personas localizadas en su territorio, y a sus nacionales dondequiera que se encuentren, comprar servicios financieros de proveedores transfronterizos de servicios financieros de otra Parte localizados en el territorio de esa otra Parte o de cualquier otra Parte. Esto no obliga a una Parte a permitir que tales proveedores hagan negocios o se anuncien en su territorio. Cada Parte podrá definir “hacer negocios” y “anunciarse” para los efectos de esta obligación, a condición de que dichas definiciones no sean inconsistentes con las obligaciones del párrafo 1.

(énfasis nuestro).

223. La medida en que la interpretación de la Demandada del Art.12.1.2 (b) trata a los inversionistas de Servicios Financieros del Capítulo 12 de manera menos favorable que a los inversionistas del Capítulo 10 no se puede caracterizar con credibilidad como una política macroeconómica legítima de comercio o inversión que los Estados Unidos o Colombia estaban aplicando legítimamente. El Sr. Olin Wethington ha testificado sobre esta disparidad. Él observa que “[aunque las Partes del TLCAN reconocen la importancia de tener un capítulo de servicios financieros distinto del capítulo de inversión general, las partes no tenían intención de crear un desequilibrio general en los beneficios al tratar a los inversionistas de servicios financieros de manera menos favorable que el amplio universo de inversionistas del Capítulo 11”.¹⁷⁸ Él testifica además :

Si se adopta la interpretación de la Demandada, el sector de servicios financieros se vería en desventaja significativa en términos comparativos, un resultado insostenible y que creo que habría sido identificado y cuestionado de manera prominente en el proceso de aprobación del Congreso. Es inconcebible para mí que el Congreso hubiera ratificado un tratado que no estipulaba la exigibilidad de los estándares de protección de trato favorecidos por el conjunto que comprende todo el universo de inversionistas en servicios financieros

¹⁷⁸ Declaración testimonial suplementaria de OW ¶ 58.

que otorgan alta prioridad al acceso al mercado mexicano.

La interpretación de la Demandada negaría las protecciones de solución de controversias entre inversionistas y Estados a los inversionistas de servicios financieros no solo por la violación del trato nacional y el trato NMF, sino también por *todas* las otras obligaciones en el Capítulo de Servicios Financieros - un resultado inimaginable dadas las prioridades y entendimientos de negociación de EE. UU.¹⁷⁹

d. La Demandada resta significado al Art. 12.4 (Acceso al mercado para instituciones financieras)

224. Un objetivo central del TLC era garantizar desde el punto de vista comercial y de inversión el acceso al mercado y los derechos de establecimiento de instituciones financieras. La reciprocidad de acceso y las condiciones del mercado son características críticas que el TLC buscó crear, proteger y mejorar.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Declaración testimonial suplementaria de OW ¶¶ 59-60.

¹⁸⁰ Ver el preámbulo del TLC. También es útil a este respecto el Art. 102 (Objetivos) del TLCAN que estipula-

1. Los objetivos de este Acuerdo, tal como se elaboran más específicamente a través de sus principios y normas, incluido el trato nacional, el trato de nación más favorecida y la transparencia, son:

(a) eliminar las barreras al comercio y facilitar el movimiento transfronterizo de bienes y servicios entre los territorios de las Partes;

225. La lectura del Art. 12.4 fuera del Art. 12.1.2 (b) en efecto despojaría a los inversionistas de Servicios Financieros de hacer cumplir un derecho fundamental de todo el TLC, y mucho menos el Capítulo 12. El incumplimiento de una Parte de *cualquiera* de las obligaciones establecidas en el Art.12.4 obstaculizaría materialmente, si no elimina por completo, la viabilidad de los Servicios Financieros ofrecidos por inversionistas de otra Parte. De conformidad con la interpretación de la Demandada de la disposición de alcance del Capítulo 12, un inversionista de Servicios Financieros no puede hacer valer sus derechos para estar libre de las limitaciones impuestas a:

(b) promover condiciones de competencia leal y el área de libre comercio;

(c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;

(d) proporcionar protección y aplicación adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada Parte;

(e) crear procedimientos efectivos para la implementación y aplicación de este Acuerdo, o su administración conjunta y para la resolución de disputas; y

(f) establecer un marco para una mayor cooperación trilateral, regional y multilateral para ampliar y mejorar los beneficios de este Acuerdo.

(i) el número de instituciones financieras ya sea en forma de cuotas numéricas, monopolios, proveedores de servicios exclusivos o los requisitos de una prueba de necesidades económicas,

(ii) el valor total de las transacciones o activos de servicios financieros en forma de cuotas numéricas o el requisito de una prueba de necesidades económicas,

(iii) el número total de operaciones de servicios financieros o la cantidad total de producción de servicios financieros expresada en términos de unidades numéricas designadas en forma de cuotas o el requisito de una prueba de necesidades económicas, [la nota al pie número 1 de esta subsección establece; 'esta cláusula no cubre las medidas de una Parte que limitan las entradas para el suministro de servicios financieros']¹⁸¹ o

¹⁸¹ En consonancia con la práctica demostrable de los tratados tanto de los Estados Unidos como de Colombia, cualquier restricción al alcance de una obligación o derecho se establece expresamente. El Art. 12.4 (iii) no es una excepción.

(iv) el número total de personas físicas que pueden estar empleadas en un sector de servicios financieros en particular o que una institución financiera puede emplear y que son necesarias, y están directamente relacionadas con el suministro de un servicio financiero específico en forma de cuotas numéricas o el requisito de una prueba de necesidades económicas; o

(b) restringir o requerir tipos específicos de entidad legal o empresa conjunta a través de los cuales una institución financiera puede suministrar un servicio.¹⁸²

226. Una interpretación del Art. 12.1.2 (b) que excluye la ejecución del Art. 12.4 para los inversionistas en servicios financieros es contrario a las aspiraciones más fundamentales del TLC.¹⁸³

¹⁸² Artículo 12.4 (Acceso al mercado para instituciones financieras).

¹⁸³ El expresidente de Colombia, Álvaro Uribe Vélez, reconoció en un documento de dominio público la importancia de contar con derechos significativos que pudieran exigir una indemnización por daños y perjuicios e imponer una sanción a la Parte incumplidora titulado Tratado de Libre Comercio Colombia-Estados Unidos, Resumen. En ese documento, el Presidente Uribe distingue el TLC del "ATPDA" (Ley Andina de Promoción Comercial y Erradicación de Drogas (2002)), precisamente por los mecanismos de resolución de disputas del TLC. Habla específicamente de los beneficios derivados de un acuerdo en el que una Parte lesionada puede ser compensada y la Parte infractora sancionada.

El lenguaje relevante se puede encontrar en la página 9, que en la parte pertinente dice:

- e. **El Artículo 12.11 (Transparencia y administración de ciertas medidas) no tiene fuerza ni efecto de acuerdo con la Teoría interpretativa de la Demandada**

Si bien los países firman acuerdos comerciales con la clara intención de cumplir con las obligaciones adquiridas y del beneficiario de lo acordado, en los procesos de implementación y desarrollo surgen diferencias de interpretación y aplicación del tratado. Para tal razón, el capítulo de Solución de Controversias define los procedimientos que se deben seguir para resolver los problemas que se presentan (mecanismo de solución de controversias) ... Si aun después del concepto del panel persisten las diferencias existen alternativas de compensación al perjudicado y de sanción al que incumple. Estos mecanismos son fundamentales para controlar la seguridad jurídica de lo que se acuerda se cumple y es una de las razones por las cuales un TLC es mucho mejor que un esquema tipo ATPDEA [ley de derechos arancelarios andinos y erradicación de la droga]. Las limitaciones unilaterales no tienen mecanismos de exigibilidad de lo acordado como si lo tiene el TLC.

(énfasis nuestro en el español original)

227. Otra disposición central sustantiva del TLC comparable al acceso al mercado, es la disposición de transparencia del Art. 12.11. Lo más importante para los inversionistas en servicios financieros es la transparencia regulatoria. La transparencia es endémica de todos los estándares de protección sustantivos del Capítulo 12. Es la raíz del trato no menos favorable que el otorgado a los inversionistas de una Parte. En este mismo sentido, la transparencia constituye un elemento esencial de la práctica no discriminatoria, particularmente en relación con el entorno regulatorio de las inversiones en servicios financieros.

228. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2 (b), en el sentido de que proporciona a los inversionistas de Servicios Financieros solo dos estándares de protección exigibles importados del Capítulo 10, perfila al Art. 12.11 (Transparencia y administración de ciertos asuntos) como un derecho exigible.

229. Además de proporcionar a los Estados signatarios un requisito de transparencia total, el Art. 12.11 es una disposición interactiva. Contempla la transparencia y la equidad en el procesamiento de una *solicitud de “inversionista”* con respecto al suministro de servicios financieros.¹⁸⁴ Cualquier déficit derivado de la

¹⁸⁴ A este respecto, el Art. 12.11 (10) es relevante:

10. La autoridad reguladora de una Parte tomará una decisión administrativa sobre una solicitud completa de un *inversionista* en una institución financiera, una institución financiera o un proveedor de servicios financieros transfronterizos de otra Parte en relación con el suministro de un servicio financiero dentro de 120 días, y deberá notificar de inmediato al solicitante de la

falta de transparencia, trato discriminatorio o irregularidades materiales en relación con la solicitud de un inversionista pondría en peligro la inversión y dejaría a un inversionista sin *ningún* recurso.

230. Como observó acertadamente el Presidente de Colombia, Uribe, en el *Resumen TLC Colombia-Estados Unidos*, las obligaciones materiales no pueden observarse como consecuencia de la interpretación del tratado o de otra manera, reduciendo así un tratado al estado de un mero convenio de acuerdo.¹⁸⁵

231. Una interpretación del Art. 12.1.2 (b) que hace al Art. 12.11 (Transparencia y administración de ciertos asuntos) inexigible, es simplemente fundamentalmente defectuosa e insostenible.

decisión. Una solicitud no se considerará completa hasta que se celebren todas las audiencias relevantes y se reciba toda la información necesaria. Cuando no sea posible tomar una decisión dentro de los 120 días, la autoridad reguladora notificará al solicitante sin demora indebida y se esforzará por tomar la decisión dentro de un tiempo razonable a partir de entonces.

(énfasis nuestro).

¹⁸⁵ Ver *supra nota* 177.

f. El Artículo 12.10 (Excepciones) tiene fuerza y efecto limitados de conformidad con la interpretación del Art. 12.1.2 (b)

232. El enfoque interpretativo de la Demandada no concuerda con el funcionamiento del Art. 12.10 (Excepciones). La totalidad de esta disposición proporciona a los Estados signatarios una considerable soberanía reguladora. Las agencias reguladoras están protegidas y autorizadas para llevar a cabo cualquier medida práctica necesaria en la amplia búsqueda de políticas monetarias y de crédito o tipo de cambio relacionadas¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Art. 12.10.2 en su totalidad lee-

2. Nada en este Capítulo [Servicios financieros] o Capítulo Diez (Inversión), Catorce (Telecomunicaciones) o Quince (Comercio electrónico), incluidos específicamente los Artículos 14.16 (Relación con otros capítulos), y 11.1 (Alcance y cobertura) con respecto al suministro de servicios financieros en el territorio de una Parte por una inversión cubierta, *se aplica a las medidas discriminatorias* de aplicación general adoptadas por cualquier entidad pública en cumplimiento de políticas monetarias y de crédito o tasas de cambio. Este párrafo no afectará las obligaciones de una Parte según el Artículo 10.9 (Requisitos de desempeño) con respecto a las medidas cubiertas por el Capítulo Diez (Inversión) o bajo el Artículo 10.8 (Transferencias) o 11.10 (Transferencias y pagos).

(énfasis nuestro).

233. De hecho, incluso con respecto a los Artículos 10.8 (Transferencias) y 11.10 (Transferencias y pagos), las autoridades reguladoras del Estado todavía están autorizadas [a] prevenir o limitar las transferencias por institución financiera o proveedor transfronterizo de servicios financieros; siempre que dicha medida se relacione” con [el] mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras o proveedores transfronterizos de servicios financieros“. De hecho, el Art. 12.10.3 establece además que “no prejuzga respecto de cualquier otra disposición de este Acuerdo que permita a la Parte restringir las transferencias”.

234. La excepción de medidas cautelares casi absoluta prevista en el Art. 12.10 es inconsistente con una teoría interpretativa que solo otorga a los inversionistas de servicios financieros en el Capítulo 12 dos estándares de protección exigibles, uno de los cuales está significativamente calificado. La vasta protección que el Art. 12.10 (Excepciones) otorga a las agencias reguladoras de las Partes no es compatible con una teoría interpretativa del Art.12.1.2 (b) que deja a los inversionistas de Servicios Financieros con un recurso disminuido contra el ejercicio de la soberanía reguladora de una Parte en un sector económico ampliamente regulado.

235. La amplia profundidad y el alcance de las excepciones a las medidas cautelares establecidas en el Art. 12.10 tiene mayor sentido en el contexto de una interpretación que hace que las disposiciones sustantivas del Capítulo 12 sean exigibles. En este sentido, las dos disposiciones de no elusión contenidas en el Art. 12.10

(Excepciones) se pueden subrayar mejor y definir mejor su propósito.

236. En particular, el Art. 12.10 (1) califica de alguna manera la excepción al señalar que “[a]quí tales medidas no se ajustan a las disposiciones de este Acuerdo referidas en este párrafo, *no se utilizarán como un medio para evitar compromisos u obligaciones de la Parte en virtud de dichas disposiciones.*” (énfasis incluido). Aunque algo general y escasa, esta disposición intenta reforzar todos los derechos sustantivos de un inversionista en virtud del Capítulo 12, así como los Capítulos 10, 14, 15 y 11.

237. En esta misma línea, el Art. 12.10 (4) también establece una disposición de no elusión. Es mucho más sustantivo y particular que su contraparte de la subsección (l), aunque está contenido en una subsección que amplía aún más la soberanía reguladora de las Partes:

4. Para mayor certeza, ninguna disposición en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o aplique las medidas necesarias para asegurar la observancia de las leyes o regulaciones que no sean incompatibles con este Capítulo, incluyendo aquellas relacionadas con la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o para hacer frente a los efectos de un incumplimiento de contratos de servicios financieros, *sujeto a la exigencia de que dichas medidas no sean aplicadas de una*

manera que pudiera constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificada entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta a la inversión en instituciones financieras o al comercio transfronterizo de servicios financieros.

(énfasis nuestro).

238. Esta segunda disposición de no elusión establecida en el Art. 12.10 (4) hace referencia explícita a “discriminación arbitraria” e “injustificable” como derechos que limitan cualquier expresión de soberanía legislativa o reglamentaria con respecto a las excepciones de medidas cautelares. Una vez más, esta escisión es mucho más significativa, si no totalmente *solo* significativa, en el contexto de una interpretación del Art. 12.1.2(b) que hace que los estándares de protección sustantiva del Capítulo 12 sean exigibles. La referencia explícita a “discriminación arbitraria o injustificable” daría lugar a la aplicación del Art. 12.2 (Trato nacional) por parte de un inversionista y sugiere un estándar internacional mínimo de protección.

239. La interpretación de la Demandada no ofrece esa posibilidad.

- g. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2(b) no concilia la falta de disponibilidad del Art. 12.18 (Solución de controversias) a inversionistas de servicios financieros**

240. La interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2(b) no concilia la falta de disponibilidad del Art. 12.18 (Solución de controversias) a los inversionistas. No está claro a partir de la respuesta de la Demandada si en realidad está conteniendo que los inversionistas en servicios financieros solo pueden valer reclamaciones para (i) transferencias calificados y (ii) expropiación. De acuerdo con este enfoque, todas las demás disposiciones sustantivas del Capítulo 12 serían inexigibles.

241. De ser así, la Demandada presenta un enfoque interpretativo que no concilia la indisponibilidad de la solución de controversias de conformidad con el Art. 12.18 a los inversionistas. Si, de hecho, la Demandada admite que el Art. 12.18 solo prevé la solución de controversias entre gobiernos y no contempla un mecanismo de conformidad con el cual los inversionistas individuales en forma *derivada* pueden presentar reclamaciones a través de su Parte signataria contra otra Parte, entonces, por supuesto, la Demandada solicita a este Tribunal que acepte la propuesta de que los inversionistas de Servicios financieros solo tienen derechos exigibles con respecto a los derechos de transferencia calificados y la expropiación.

242. Como consecuencia directa de esta premisa, necesariamente se desprende que los

estándares restantes de protección del trato y las disposiciones sustantivas que forman parte del Capítulo 12 están destinadas a la aplicación a través del Art. 12.18 (Mecanismo de solución de controversias) que es aplicable solo a las disputas de gobierno a gobierno. Por otra parte, este tipo de arbitraje entre gobiernos no es ni puede servir como procedimientos a través de los cuales los inversionistas individuales pueden presentar reclamaciones derivadas por daños y perjuicios.

243. Los demandantes aclaran que efectivamente el Art. 12.18 solo está destinado a arbitrajes de gobierno a gobierno. Además, los Demandantes señalan que dichos procedimientos arbitrales de gobierno a gobierno no son, ni pueden entenderse como que otorgan legitimación a los inversionistas individuales para hacer cumplir los estándares de protección de trato y otras disposiciones sustantivas (i) contenidas en el Capítulo 12 (Servicios financieros) o (ii) las importadas al Capítulo 12 de otros Capítulos del TLC. Incluso un análisis superficial de la CVDT sugeriría lo mismo. El término “inversionista” ni siquiera se menciona en el Art. 12.18 (Solución de controversias).

244. Por lo tanto, aunque es difícil discernir con certeza porque Demandada solo menciona un artículo perteneciente al Capítulo 12 en la totalidad de su considerable exposición, la lectura de la Demandada del Art. 12.1.2 (b) parece invitar a este Tribunal y a cualquier intérprete a adoptar la posición de que los inversionistas en Servicios Financieros del Capítulo 12 solo pueden hacer cumplir dos estándares de protección importados del Capítulo 10 y ninguno de los estándares de protección y disposiciones sustantivas contenidas en el Capítulo 12.

245. Este análisis haría inexplicable la razón o razones por las cuales el Capítulo 12 establecería un recurso arbitral elaborado entre gobiernos, dejando a los inversionistas de Servicios Financieros solo con la capacidad muy limitada de hacer cumplir dos derechos.

246. El enfoque alternativo más obvio es igualmente insatisfactorio. Tampoco sería válida una comprensión “más amplia” del enfoque de la Demandada que interpreta el Art. 12.18 como un mecanismo que brinda a los inversionistas de Servicios Financieros una legitimación derivada para hacer cumplir las disposiciones sustantivas del Capítulo 12 y los estándares de protección del trato que de otro modo no estarían disponibles. De nuevo, es importante tener en cuenta que, conforme a la teoría de la Demandada ninguno de los estándares de protección del trato del Capítulo 12 u otras disposiciones sustantivas son exigibles para reclamar daños materiales.

247. En la medida en que la Demandada busca moderar su visión extrema de los derechos de ejecución de los inversionistas de Servicios Financieros mediante la adopción de un enfoque de legitimación derivada del Art. 12.18 (Solución de controversias), este enfoque también falla.

248. El Artículo 12.18 no proporciona una metodología para que los inversionistas de servicios financieros presionen reclamaciones derivadas de la violación de los estándares de protección de trato del Capítulo 12 a través de arbitraje entre gobiernos. La rúbrica del Artículo 12.18 simplemente no otorga a los inversionistas de servicios financieros una legitimación derivada para hacer valer *cualquier* reclamo.

249. El Artículo 12.18 carece de soporte *textual* para una teoría de legitimación derivada. Carece igualmente en toda base *contextual* de tratado para esta interpretación. De hecho, es todo lo contrario.

250. El Artículo 12.18 tenía por objeto abordar las controversias macro técnicas relacionadas con el mantenimiento y el desarrollo a nivel gubernamental de los trabajos del Capítulo 12. El marco de solución de controversias del Art. 12.18, entendido en el contexto de otras disposiciones relacionadas con su implementación, deja en claro que las reclamaciones que está previsto hacer valer son muy distintas de las que se dan a conocer convencionalmente en el contexto del ISDS. Las reclamaciones de gobierno a gobierno se basan en la reparación a nivel macro en el futuro de forma prospectiva. Esta característica estructural contrasta con las reclamaciones del ISDS que se basan en la búsqueda de reparación por violaciones pasadas en forma de daños compensatorios.

251. A modo de ejemplo, el Art. 12.16 (Comité de Servicios Financieros), basado en su significado simple, no puede servir como base para corregir cualquier error que un inversionista de servicios financieros podría haber sufrido. El término “inversionista” no figura en ninguna parte de ese artículo. Ni siquiera se menciona en el Anexo de esta disposición. El Anexo establece políticas macroeconómicas y regulatorias que las *Partes* deben implementar. La mayor parte del Anexo, si no todo, se refiere a la regulación de los productos de servicios financieros, como los fondos de jubilación y el establecimiento de sucursales bancarias. En ninguna parte se hace referencia a la protección del inversionista o la inversión.

252. En cambio, el Art. 12.16 (Comité de Servicios Financieros) establece que el Comité de Servicios Financieros: “(a) supervisará la implementación de este Capítulo y su desarrollo posterior; (b) considerará los asuntos relacionados con los servicios financieros que le remita una Parte; y (c) participará en los procedimientos de solución de controversias [arbitraje entre gobiernos excluyendo el arbitraje inversionista-Estado] de conformidad con el Art. 12.19”.¹⁸⁷

253. La disposición se refiere a la regulación del comercio y los servicios financieros. No trata en absoluto la reparación indemnizatoria o la protección para inversionistas o inversiones.

254. Asimismo, el Art. 12.17 (Consultas) otorga generosamente a las Partes (Estados) el derecho de consultar cualquier asunto relacionado con los servicios financieros contenidos en el TLC. Sin embargo, significativamente, el Art. 12.17 no establece disposiciones para la protección del inversionista o de la inversión.

¹⁸⁷ Véase la Primera Declaración Testimonial de OW ¶ 42 que señala la
⁷ contraparte del TLCAN (Art. 14.12) de la disposición de Servicios Financieros del Capítulo 14 del TLCAN.

255. En consecuencia, los marcos de los Artículos 12.16 (Servicios financieros) y 12.17 (Consultas) contemplan debates y conciliación de gobierno a gobierno sobre el mantenimiento y desarrollo de servicios de regulación macro financiera que constituyen el tema apropiado de los debates entre Estados y que no brindan *ninguna* legitimación para inversionistas agraviados de Servicios Financieros. Estas son disposiciones macro regulatorias de mantenimiento y mejora.

256. Al igual que con el Art. 12.16 (Comité de Servicios Financieros), en ninguna parte del Art.12.17 (Consultas) aparece el término inversionista.¹⁸⁸La omisión de este término es deliberada. La ausencia del término es consistente con el propósito del Comité, como ya se analizó. La exclusión del término es correcta y está en consonancia con el objetivo y las políticas subyacentes de la disposición.

257. La posición de los Demandantes en este caso es que el propósito del Art. 12.18 (Solución de controversias) es un derivado literal del Art. 14.14 (Solución de controversias) del TLCAN, que no está diseñado para proporcionar a los inversionistas de servicios financieros un mecanismo de cumplimiento para abordar la violación de una norma de protección de trato de una Parte.

¹⁸⁸ Primera declaración testimonial de OW, 42-43, proporcionando un análisis de la contraparte del TLCAN.

258. De acuerdo con el testimonio del Sr. Olin Wethington, el ¹⁸⁹Art.12.18 (Solución de controversias) no se redactó para servir como una disposición de solución de controversias conforme a la cual los inversionistas de Servicios Financieros podrían reparar supuestas violaciones estándares de protección de trato nacional o de trato NMF derivadamente a través de sus respectivos Estados. No existe tal lenguaje en ninguno de los Artículos relevantes que respaldaran dicha interpretación: Artículos 12.16, 12.17 y 12.18.

259. En la medida en que la interpretación del Art.12.1.2(b) de la Demandada sugiere o proporciona una base razonable a partir de la cual se podría inferir que el Art. 12.18 (Solución de Controversias) complementaría o suplantaría por completo lo que de otro modo parecería ser un déficit en el mecanismo de resolución de controversias, haciendo inaplicables todos los estándares relativos al trato y las disposiciones sustantivas del Capítulo 12, tal lectura resulta insostenible. Además, el lenguaje textual llano y real de los Artículos 12.2 (Trato Nacional), 12.3 (NMF), 12.4 (Acceso al mercado para instituciones financieras) y 12.11 (Transparencia y administración de ciertas medidas), todos establecen en términos no inciertos que los derechos pertenecen a los inversionistas y las obligaciones correspondientes son impuestas a los Estados contratantes.

¹⁸⁹ Primera declaración testimonial de OW ¶ 43.

260. Los datos empíricos corroboran aún más la insuficiencia de la solución de controversias de gobierno a gobierno como metodología para corregir la presunta violación de los estándares de protección de los inversionistas. Señalar el Art. 12.18 (Solución de controversias) como un derecho procesal que salva un déficit evidente entre los estándares de trato sustantivo de protección y los derechos exigibles, no es funcionalmente diferente de afirmar que los inversionistas de Servicios Financieros tienen derechos sin reparaciones.

261. En toda la historia del arbitraje de protección de inversiones, con el claro entendimiento de que los Tribunales de Reclamaciones no pueden caracterizarse bajo este paraguas porque brindan explícitamente una legitimación derivada para presentar reclamaciones por reparación compensatoria (pecuniaria), solo hay un registro de cuatro arbitrajes de inversión basados en tratados de gobierno a gobierno. Solo tres de los cuales fueron concluidos al Informe del Panel.¹⁹⁰

¹⁹⁰ En el asunto de un arbitraje ante un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Art. 7 del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República de Ecuador sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones 27 de agosto 1993, en el Reglamento de Arbitraje 1976, entre la República del Ecuador y la Estados Unidos de América, (Laudo) (PCA, 29 de septiembre de 2012); y República italiana c. la República de Cuba, arbitraje ad hoc estado-estado, Laudo final (Sentencia final) (15 de enero de 2008); y En el asunto de los servicios de transporte transfronterizo (Archivo de la Secretaría No. USA-Mex-98-2008-2001 Informe final del Panel, NAFTA) (6 de febrero de 2001). Parece que hubo un cuarto caso presentado por la República de Chile contra la República del Perú que no fue procesado en relación con el ISDS Empresas Lucchetti, S.A y Lucchetti Perú, S.A c. República del Perú, Caso CIADI No. ARB/03/4, (Laudo) (7 de febrero, 2005).

262. El testimonio del Sr. Olin Wethington es ilustrativo sobre este punto. Hablando en el contexto del acuerdo de la plantilla predecesora del TLCAN con el TLC, testifica:

53. Basado en mi conocimiento personal, como principal negociador de los Estados Unidos sobre servicios financieros en el TLCAN, puedo atestiguar que no fue la intención de los Estados Unidos, ni de los otros dos signatarios del TLCAN, que el mecanismo de solución de controversias entre estados del TLCAN resolviera reclamaciones particulares de inversionistas de servicios financieros. De hecho, el término 'inversionista' nunca se usa en el artículo que trata sobre la solución de controversias entre estados. Por lo tanto, el arbitraje entre estados no se interpreta como un mecanismo para la resolución de reclamaciones de inversionistas individuales. Para reforzar este punto, cabe mencionar que se alienta a las Partes, aunque no es obligatorio, a realizar esfuerzos en las consultas antes de recurrir al mecanismo de solución de controversias entre estados. Cuando las

Una revisión de esta jurisprudencia refleja ampliamente que los procedimientos entre gobiernos estaban lejos de ser acciones derivadas por parte de los Estados en nombre de individuos específicos que afirmaban una legitimación derivada a través de los respectivos Estados para recuperar daños compensatorios. De hecho, la configuración de estos procedimientos es polo opuesto de los casos donde se afirman dichas reclamaciones derivadas, como sucede en la legislación de los tribunales de reclamaciones.

consultas resultan infructíferas para la resolución, es necesario informar al Comité de Servicios Financieros del TLCAN. El Comité de Servicios Financieros en este contexto tiene tres funciones establecidas en el Artículo 1412: supervisar la aplicación del Capítulo de Servicios Financieros, considerar aspectos relativos a servicios financieros que le sean turnados por una Parte y participar en los procedimientos de solución de controversias de acuerdo con el Artículo 1415. El Artículo 1415 involucró la consideración por parte del Comité de Servicios Financieros de la defensa de un demandado contra 'medidas prudenciales' en una controversia inversionista-Estado. Sin embargo, el Comité no tiene un papel adicional en una controversia inversionista-Estado, lo que refuerza la distinción entre inversionista-Estado y entre estados.

54. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de la solución de controversias de estado a estado no se extiende a la consideración de reclamos de inversionistas individuales. Además, el artículo sobre consultas (anterior a estado-estado) en el Artículo 1413(4) establece que «nada de lo dispuesto en este artículo será interpretado en el sentido de obligar a las autoridades reguladoras que intervengan en las consultas conforme al párrafo 3, a divulgar información o a actuar de manera que pudiera interferir en asuntos particulares en materia de regulación, supervisión, administración o aplicación de las medidas». Observo que la palabra “individual” refuerza que las reclamaciones de inversionistas individuales están fuera de la solución de controversias entre estados y su proceso de consultas relacionado.

55. Además, cuando se determina que una medida es incompatible con el tratado, la reparación es la “suspensión de beneficios” por la Parte prevaleciente. No autoriza el pago de una compensación monetaria a la Parte prevaleciente, mucho menos a un inversionista.¹⁹¹

¹⁹ Declaración Testimonial Complementaria de OW ¶¶ 53-55.

¹

263. Finalmente, además de la ausencia de cualquier lenguaje en el Art. 12.18 (Solución de controversias) que estipule la presentación de reclamaciones derivadas a través de los Estados en nombre de sus respectivos nacionales, el mismo lenguaje de esta disposición establece inequívocamente que los daños compensatorios no se otorgan en los arbitrajes entre gobiernos de conformidad con el Art. 12.18 (Solución de controversias). En particular, el Art. 12.18 (4) hace referencia explícita al Art. 21.16 (Incumplimiento-Suspensión de Beneficios). Esa disposición reza:

1. Al recibir el informe final de un panel, las Partes contendientes acordarán la solución de la controversia, la cual normalmente se ajustará a las determinaciones y recomendaciones del panel, si las hay.

2. Si en su informe final el panel determina que una Parte contendiente no ha cumplido con sus obligaciones de conformidad con este Acuerdo o que la medida de una Parte contendiente causa anulación o menoscabo en el sentido del Artículo 21.2 , *la solución será, siempre que sea posible, eliminar la no conformidad o la anulación o menoscabo.*

(énfasis nuestro).¹⁹²

¹⁹ El artículo 21.16 (Incumplimiento - suspensión de beneficios) establece que
² cualquier contribución monetaria sería “entendida como medidas transitorias

264. Si la Demandada está de acuerdo con los Demandantes en que el Art. 12.18 (Solución de controversias) de ninguna manera contempla acciones derivadas entonces la teoría de la Demandada deja a los inversionistas de Servicios Financieros sin poder hacer cumplir ninguno de los estándares de protección de trato del Capítulo 12 (Servicios Financieros) y otras disposiciones sustantivas contenidas en dicho capítulo. En este sentido, la teoría interpretativa de la Demandada no puede conciliar la falta de disponibilidad de arbitraje gobierno a gobierno y la capacidad de este tipo de inversionistas para hacer cumplir los estándares de protección de solo dos tratos importados de Capítulo 10 (Inversión).

265. Bajo cualquiera de estos dos enfoques, (i) extender la legitimación derivada a los inversionistas de Servicios Financieros a través del Art. 12.18, o (ii) acordar que el Art. 12.18 solo está diseñado para reclamaciones entre gobiernos con respecto al mantenimiento y desarrollo del Capítulo 12, la teoría interpretativa de la Demandada presenta deficiencias. Deja los Artículos 12.2 (Trato nacional) y 12.3 (NMF) del Capítulo 12, entre otros sin contenido conceptual o aplicación práctica. Este estatus no tiene sentido.

hasta que se elimine cualquier disconformidad o la anulación o menoscabo que el panel haya determinado”.

266. Esta interpretación lee en el estándar de protección una restricción que no está presente en ninguna parte del Art. 12.3 (NMF) ni en absoluto en el Art. 12.1 (Ámbito de Aplicación y Cobertura), que no hace referencia al Art. 12.3.

h. Sin justificación textual, contextual o política, los inversionistas de servicios financieros reciben un trato menos favorable que el universo entero de inversionistas del Capítulo 10 (Inversión)

267. La interpretación del Art. 12.1.2(b) de la Demandada impone una propuesta asimétrica que carece de sustento en el derecho internacional público o incluso en la legislación nacional propia de Colombia.¹⁹³ De

¹⁹³De hecho, el Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia (1991) establece que “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades *sin ninguna discriminación* por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...*” (énfasis nuestro).

Para promover este concepto, la Asamblea Nacional Constituyente, que produjo la Constitución Política de 1991, “en el informe para el primer debate sobre el tema de la igualdad, que aparece en la Gaceta Constitucional No. 82”, declaró que: “La consecuencia directa de la igualdad es la no discriminación de las personas, ni para *dañarlas* ni para favorecerlas...”

(énfasis nuestro). Véanse sentencias T- 432/92 y C-472/92 de la Corte Constitucional.

Con respecto a la igualdad entre las personas jurídicas, la propia Corte Constitucional, en su sentencia SU 182/98, dijo lo siguiente: “Es evidente que *cuando se protege la igualdad entre las personas jurídicas, públicas o privadas, por lo tanto, se protege la igualdad entre los individuos de la especie humana, ya que las personas jurídicas deben su existencia y subsistencia a los humanos,*

conformidad con la lectura de la Demandada del Art. 12.1.2 (a) y (b), los inversionistas de Servicios Financieros reciben un trato menos favorable que el universo entero de todos los inversionistas en cualquier otro sector industrial (es decir, infraestructura, extracción de recursos, tecnología, hospitalidad, etc.).

268. Como cuestión de estructura formal, a todos los inversionistas que califican bajo el Capítulo 10 (Inversión) se les otorgan estándares de protección sustantivos que son exigibles en virtud del Art. 10.4. Con un fuerte alivio, los inversionistas de Servicios Financieros gozan de derechos sustantivos conforme al Capítulo 12 que simplemente no son exigibles de conformidad con ninguna disposición de solución de controversias o según la práctica NMF del Art. 12.3.

269. Por lo tanto, de acuerdo con la propia metodología interpretativa de la Demandada, los

incluso en los casos en que están creado por el Estado, ya que el objetivo y la justificación de este último se refiere necesariamente a la persona humana”.

(énfasis nuestro).

inversionistas de Servicios Financieros están excluidos de la aplicación de los estándares de protección de trato nacional y NMF, incluida la aplicación de todos los derechos con excepción de las cuatro disposiciones sustantivas contenidas en el Art. 12.2 (b) a saber, (i) Expropiación e Indemnización, (ii) Transferencias (excluyendo por supuesto transferencias y pagos según el Art. 11.10), (iii) Denegación de Beneficios y (iv) Formalidades Especiales y Requisitos de Información.

270. Esta consecuencia, como se explica con más detalle en la Sección B, es contraria a los objetivos del Capítulo 12, ya que esos objetivos se evidencian en (i) testimonio del Congreso sobre la plantilla predecesora del TLCAN, (ii) escritos contemporáneos con las negociaciones del Capítulo 14 del TLCAN (Servicios financieros), (iii) la práctica convencional de las partes, y (iv) el testimonio de hechos y pericial del principal negociador estadounidense del capítulo 14 (Servicios financieros) del TLCAN. Además de rechazar toda la autoridad interpretativa y contextual referenciada, la dicotomía desmiente el contexto de los inversionistas del sector financiero.

271. Dichos inversionistas son la clase más vulnerable debido a la naturaleza del entorno altamente regulado que envuelve su inversión. Debido a su gran exposición, se les ha otorgado el Capítulo 12 que comprende las protecciones procesales sustanciales apropiadas para abordar el incidente de riesgo de este sector económico. Por lo tanto, sería inconsistente en este contexto tratarlos de manera menos favorable que sus contrapartes del Capítulo 10 (Inversión).

272. Como se explica con mayor detalle a continuación, los Artículos 10.12 (Denegación de Beneficios) y 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información) establecieron obligaciones y no derechos para los inversionistas de Servicios Financieros. Esta interpretación no es conceptualmente diferente a tratar a los inversionistas de Servicios Financieros teóricamente como si el Capítulo 12 simplemente no existiera y los inversionistas de Servicios Financieros formarían parte del Capítulo 10, pero solo tuvieran dos estándares de protección recurribles: Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias).

- i. El Artículo 11.10 no tiene sentido en el contexto del Capítulo 12**

273. Además, la lectura de la Demandada priva a los inversionistas de cualquier derecho a hacer cumplir el Art. 11.10 (Transferencias y Pagos). Cabe destacar que este Artículo forma parte del Art. 12.1 (Ámbito de Aplicación y Cobertura). El Art. 12.1.2(c) reza

2. Los Capítulos Diez (Inversión) y Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) se aplican a las medidas descritas en el párrafo 1 solo en la medida en que dichos Capítulos o Artículos de dichos Capítulos estén incorporados en este Capítulo.

(c) El Artículo 11.10 (Transferencias y Pagos) se incorpora a este Capítulo y es parte integrante del mismo en la medida que el comercio transfronterizo de servicios financieros esté sujeto a las obligaciones de conformidad con el Artículo 12.5.¹⁹⁴

¹⁹⁴ El Artículo 11.10 (Transferencias y Pagos) se refiere al derecho sustantivo relativo al suministro transfronterizo de servicios que se realizará de manera libre y sin demora. El Artículo establece:

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias y pagos relacionados con el suministro transfronterizo de servicios se realicen libremente y sin demora dentro y fuera de su territorio.
2. Cada Parte permitirá que dichas transferencias y pagos relacionados con el suministro transfronterizo de servicios se realicen en una moneda de libre circulación al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.
3. Sin perjuicio de los párrafos 1 y 2, una Parte podrá evitar o retrasar una transferencia o pago a través de la *aplicación equitativa, no discriminatoria, y de buena fe* de legislación respecto a:
 - (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
 - (b) emisión, comercialización o negociación de valores, futuros, opciones o derivados;
 - (c) informes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para ayudar a las autoridades policiales o financieras reguladoras
 - (ci) infracciones criminales o penales; o
 - (d) garantía del cumplimiento de órdenes o fallos judiciales o administrativos.
(énfasis nuestro).

274. El enfoque de la Demandada haría que todos los derechos de transferencia y pago relacionados con el “suministro transfronterizo de servicios” no sean exigibles en la medida en que la negación de estos derechos o el incumplimiento de tales obligaciones provoque daños al inversionista. El Artículo 11.10.3(a)-(e) otorga a cada Parte excepciones de medidas no prudenciales muy específicas que se extienden a cinco categorías particulares con respecto a las cuales generalmente se acepta que los Estados ejerzan y deberían ejercer soberanía regulatoria y legislativa liberal.

275. Esta subsección, sin embargo, atenúa la excepción al contener referencias explícitas a la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de su legislación“, para impedir o retrasar una transferencia o pago en relación con cualquiera de las cinco categorías designadas. Por lo tanto, presumiblemente a los inversionistas se les otorgan derechos a un trato justo y equitativo en virtud de esta disposición. El análisis interpretativo de la Demandada impediría la aplicación de tales derechos porque simplemente no es uno de los cuatro derechos y obligaciones expresamente establecidos en el Art. 12.2(b).

276. Las anomalías resultantes de la interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2(b) son simplemente demasiadas para conciliar. El Sr. Wethington ofrece su testimonio tanto pericial como fáctico sobre las ramificaciones de la interpretación que hace la Demandada sobre este artículo. Debido a que el TLC fue la plantilla para el TLC, es en este sentido en gran medida *travaux préparatoires* del TLC. El Sr. Wethington se refiere al Artículo 1401(2), el equivalente del TLCAN del Art. 12.1.2(b). Este testimonio habla del contexto y los objetivos:

40. Las implicaciones lógicas y prácticas de la interpretación de la Demandada del Artículo 1401(2) deben ser plenamente apreciadas, --porque la interpretación de la Demandada anularía los objetivos centrales y los logros del Capítulo de Servicios Financieros--, que es una protección efectiva del inversionista centrada en el trato nacional, la NMF y otras protecciones clave, como el establecimiento de instituciones financieras. Recuerdo nuevamente el Capítulo de Objetivos del TLCAN que exige que las Partes interpreten las disposiciones del TLCAN a la luz de sus objetivos establecidos [citando el párrafo 14 de la declaración testimonial complementaria]. La Respuesta sobre Jurisdicción de la Demandada, párrafos 302-304, asume la postura de que la solución de controversias inversionista-estado en virtud del

Capítulo de Servicios Financieros del TLC (lenguaje esencialmente idéntico a la disposición correspondiente del TLCAN) se aplica solo al 'conjunto cerrado' de disposiciones importadas del Capítulo general de Inversión (y un subconjunto de las disposiciones importadas en ese) [se omite la cita]. En palabras de la Demandada , la lista es 'expresamente limitada' (párrafo 302) y 'exhaustiva' (párrafo 309).

41. Dada su interpretación, la Demandada de hecho reconoce que el Demandante puede presentar una reclamación de arbitraje inversionista-estado por incumplimiento de la disposición de expropiación, Artículo 10.7 del TLC, uno de los subconjuntos de disposiciones a las que se hace referencia. Sin embargo, debido a que ninguna de las disposiciones sustantivas del Capítulo de Servicios Financieros figuran en el subconjunto de disposiciones importadas del Capítulo de Inversión, la interpretación de la Demandada del Artículo 1401(2) es que todas las protecciones sustantivas del Capítulo de Servicios Financieros - todas inherentemente no importadas del Capítulo general de Inversión - no están sujetas al arbitraje inversionista-estado conforme al TLCAN - un resultado draconiano no previsto por las Partes.

Puedo atestiguar específicamente, basándome en mi conocimiento personal como negociador principal de los Estados Unidos para el Capítulo de Servicios Financieros, que ese resultado no fue previsto por las Partes.

42. La interpretación de la Demandada desentrañaría la exigibilidad de todos los inversionistas de las obligaciones del Capítulo 14, todas las obligaciones del Capítulo 14 serían sin recurso. Este resultado no está respaldado por la razón, el texto del tratado o la historia legislativa del TLCAN.¹⁹⁵

(énfasis nuestro).

277. Los Demandantes sostienen que las Partes dieron su consentimiento para arbitrar las reclamaciones derivadas de presuntas violaciones del Art. 12.2 (Trato nacional). Los Demandantes también invitan al Tribunal a considerar que las Partes consintieron en un Art.12.3 (NMF) suficientemente expansivo de manera que importar los estándares más favorables mejoraría el alcance y el contexto de los derechos existentes.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Declaración testimonial suplementaria de OW ¶¶ 40-42.

¹⁹⁶ Los profesores Loukas Mistelis y Jack Coe, Jr. han opinado sobre la interpretación del Art. 12.1.2(b). El profesor Mistelis ha señalado que se debe rechazar la ampliación de la palabra “únicamente” en ese artículo para limitar o eliminar por completo las disposiciones sustantivas de servicios financieros

B. El análisis apropiado de la CVDT del Art. 12.1.2 (b) vuelve exigibles las disposiciones sustantivas contenidas en el Capítulo 12 y, por lo tanto, significativas, incluidos los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF)

278. Los Demandantes leen el Art.12.1.2 (b) de conformidad con los Artículos 31 y 32 de la CVDT, junto con los cánones de interpretación de tratados ampliamente aceptados. Como un predicado a la aplicación de principios interpretativos ortodoxos, los Demandantes primero notan que el TLC no es un TBI. Esta distinción básica a menudo se pasa por alto. El análisis de la Demandada carece de tal consideración.

279. El TLC, por definición, es más que un simple tratado de protección de inversiones. Por lo tanto, sus objetivos, contexto, características estructurales y sustantivas son significativamente diferentes de aquellas

del Capítulo 12. (*Ver* Dictamen suplementario del profesor Loukas Mistelis ¶¶ 75-85.) La Demandada eligió ignorar el dictamen pericial del profesor Mistelis. Sin embargo, alentamos al Tribunal a consultarlo, ya que proporciona una interpretación analítica útil, particularmente con respecto a la conexión entre la historia de las cláusulas NMF y su aplicación práctica contemporánea.

El profesor Jack Coe, Jr. ha proporcionado un informe pericial, un informe pericial complementario y una declaración. En esta declaración, el profesor Coe ha señalado una serie de irregularidades y ambigüedades en la redacción que afectan al Art. 12.1.2(b). Esa declaración se adjunta como Prueba documental CER-3.1 de los Demandantes. Este Tribunal también debe tener en cuenta que la Demandada no ha hecho ningún comentario sobre el dictamen pericial del Profesor Coe. Al igual que con el dictamen pericial del profesor Mistelis, el dictamen pericial del profesor Coe proporciona un análisis útil de la jurisprudencia, en particular con respecto al ejercicio regulatorio, legislativo y judicial excesivo de la soberanía que da lugar a un trato injusto recurrible que ejemplifica la violación del estándar de protección del trato justo y equitativo y la expropiación. La contextualización de los hechos indiscutibles del profesor Coe subyacentes a este caso, dentro de un contexto jurisprudencial, es informativa, instructiva y dispositiva. Los demandantes invitan respetuosamente al Tribunal a consultar su trabajo.

características de un TBI. Así, a modo de ejemplo, el TLC tiene un Capítulo de Servicios Financieros y sus propios estándares de protección de servicios financieros, algunos de los cuales, como los estándares de protección de los Artículos 12.2 (Trato Nacional) y 12.3 (NMF), tienen equivalentes en el Capítulo de Inversión. Estas características estructurales y sustantivas no están presentes en la mayoría de los TBI. Son importantes y deben ser consideradas.

280. Si no se tienen en cuenta, los inversionistas en servicios financieros no reciben un trato diferente al que si formarían parte del Capítulo 10 (Inversión), sino que solo tienen dos estándares de protección de trato exigibles: Artículos 10.7 (Expropiación e Indemnización) y 10.8 (Transferencias). Conforme a este enfoque, el Capítulo 12 es simplemente eliminado del Acuerdo y de cualquier consideración contextual. Este trato no puede conciliarse con el modo de funcionamiento, el texto, el contexto y los objetivos del TLC.

281. Las políticas que acompañan a un acuerdo que cubre tanto los objetivos de protección comercial como de inversión son más amplias que las derivadas de la mayoría de los TBI. Debido a que el modelo predecesor del TLC es el TLCAN (el TLCAN es en efecto los *travaux préparatoires* del TLC), los Demandantes también interpretan el Art. 12.1.2(b), Capítulo 12 (Servicios Financieros), y la totalidad del TLC de conformidad con el Art. 102 (Objetivos) del TLCAN. Los Demandantes instan al Tribunal a considerar este marco de interpretación, así como la CVDT al elaborar el TLC, y particularmente el alcance y las disposiciones sustantivas del Capítulo 12.

282. El Artículo 102(2) (TLCAN) establece que “Las partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con los estándares aplicables del derecho internacional.” A su vez, el Art. 102(1) establece:

Los objetivos del presente Tratado, expresados en sus principios y reglas, principalmente los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:

(a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;

(b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;

(c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;

(d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;

(e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias;

f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado.

283. Además, se siguen rigurosamente cuatro principios simples. Primero, el lenguaje en el Art. 12.1.2 (b) se considera “de buena fe” y “de acuerdo con [su] significado ordinario”. Por lo tanto, el Art. 12.1.2(b) dice:

(b) La Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado) del Capítulo Diez (Inversión) se incorpora a este Capítulo y es parte integrante del mismo *únicamente* en caso de incumplimiento de una Parte de sus obligaciones conforme a los Artículos 10.7 (Expropiación y Compensación), 10.8 (Transferencias), 10.12 (Denegación de Beneficios) o 10.14 (Formalidades Especiales y Requisitos de Información), en los términos en que se incorporan a este Capítulo.

(énfasis nuestro).

284. Los Demandantes interpretan la palabra “únicamente” en esta disposición como la incorporación al Capítulo 12 de los cuatro Artículos que se mencionan en el Capítulo 10. Esto significa que los Demandantes reconocen que todas las demás disposiciones sustantivas contenidas en el Capítulo 10 están excluidas del Capítulo 12.

285. Según esta interpretación de significado simple, los Demandantes también entienden que el Art. 12.1.2 (b) incorpora en el Capítulo 12 las reglas de procedimiento ISDS contenidas en la Sección B del Capítulo 10. De conformidad con esta interpretación textual de significado simple, los Demandantes

interpretan la palabra “únicamente” como perteneciente solo a los cuatro Artículos incorporados en el Capítulo 12 del Capítulo 10 con respecto a las disposiciones sustantivas de ese Capítulo. Los Demandantes no leen en la palabra “únicamente”, como se extiende en *cualquier* manera a cualquier disposición sustantiva contenida en el Capítulo 12.

286. El lenguaje sencillo del Art. 12.1.2(b) no admite ampliar la palabra “únicamente” a las disposiciones contenidas en el Capítulo 12. La interpretación del significado simple de los Demandantes del Art. 12.1.2 (b) no limita u omite la exigibilidad del Art. 11.10 (Transferencias y pagos) contenida en el Art. 12.1.2 (c), que obviamente sigue inmediatamente a la subsección (b) de ese Artículo.

287. La interpretación de los Demandantes también se basa¹⁹⁷ en una propuesta muy simple relativa a la práctica de los tratados, tanto de los Estados Unidos como de Colombia, y concuerda con ella. Esta práctica se establece en detalle en la declaración testimonial del Sr. Wethington y también se hace referencia en la declaración testimonial complementaria del Sr. Wethington.¹⁹⁸ Los Demandantes lo analizan con considerable detalle en otra subsección de este análisis *ratione voluntatis*.¹⁹⁹

288. A estos efectos, puede resumirse sucintamente e ilustrarse como sigue; Estados Unidos y Colombia establecen explícitamente por escrito cualquier

Ver ¶¶ 342-356.

¹⁹⁷ Declaración testimonial suplementaria de OW ¶¶ 30-39.

¹⁹⁹ Ver Parte II titulada “Los Demandantes cumplen con el predicado jurisdiccional *Ratione Voluntatis* que no ha sido refutado”.

condición o restricción a un derecho u obligación en un tratado o acuerdo. Tanto Estados Unidos como Colombia continúan implementando esta práctica en la negociación y redacción del TLC.

289. La nota al pie 2 del Art. 10.4 (NMF) (Inversión) ya ha sido analizada en relación con el Capítulo de Inversión equivalente, Art. 12.3 (NMF), este último no tiene ningún lenguaje calificativo o restrictivo. Los Demandantes invitan al Tribunal y a cualquier intérprete a concluir lógicamente que si las Partes hubieran intentado limitar el alcance o la aplicación del Art. 12.3 (NMF) en este Capítulo de Servicios Financieros, de acuerdo con su práctica, simplemente lo habrían hecho. En cambio, optaron por no proporcionar ninguna calificación o restricción. Los Demandantes sugieren que debería darse importancia a esta decisión de redacción deliberada y con sentido común.

290. En este sentido, tal vez un ejemplo comparable o incluso mayor está presente en el Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios) del TLC. En particular, ese Capítulo está plagado de muchas normas sustantivas de protección del trato y disposiciones igualmente importantes. A modo de ejemplo, el Capítulo 11 (Comercio transfronterizo de servicios) contiene *la mayoría* de los estándares de protección de trato que se encuentran en el Capítulo 12, tales como (i) NMF (Art. 11.3), ²⁰⁰ (ii) Acceso al mercado (Art. 11.4),²⁰¹ y (iii)

²⁰⁰ El Artículo 11.3 (NMF) dice-

Cada Parte otorgará a los proveedores de servicios de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de cualquier otra Parte o cualquier país que no sea Parte.

²⁰¹ El Artículo 11.4 (Acceso al Mercado) establece:

Ninguna Parte podrá adoptar o mantener, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, medidas que:

(a) imponer limitaciones a

(i) el número de proveedores de servicios, ya sea en forma de cuotas numéricas, monopolios, proveedores de servicios exclusivos o el requisito de una prueba de necesidades económicas,

(ii) el valor total de las transacciones de servicios o activos en forma de cuotas numéricas o el requisito de una prueba de necesidades económicas,

(iii) el número total de operaciones de servicio o la cantidad total de producción de servicios expresada en términos de unidades numéricas designadas en forma de una prueba de necesidades económicas [fiel a la práctica de limitar los derechos y obligaciones al declarar expresamente, este párrafo proporciona que '[t] su cláusula no cubre las medidas de una Parte que limitan los insumos para el suministro de servicios'], o

(iv) el número total de personas naturales que puedan ser empleadas en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionados con él, bajo la forma de contingentes numéricos o la exigencia de una prueba de necesidades económicas; o

(b) restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.

Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de las Regulaciones (Art. 11.8)²⁰²

291. Sin embargo, está claro que las disposiciones sustantivas o el Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios), incluidos los Artículos 11.2 (Trato Nacional) y 11.3 (NMF) no son exigibles por los inversionistas de Servicios Financieros en un contexto del CIADI, o en absoluto. El motivo es simple.

292. El Artículo 11.1 que rige el alcance y la cobertura del Capítulo 11 (Comercio Transfronterizo de Servicios) es aclarado por la Nota al Pie 1. Esa nota al pie dice:

Las Partes entienden que *nada en este Capítulo, incluyendo este párrafo*, está sujeto al mecanismo de solución de controversias inversionista-estado conforme a la Sección B del Capítulo Décimo (Inversiones).

(énfasis nuestro).

293. No existe tal calificación en el Capítulo 12 (Servicios Financieros). Por lo tanto, las Demandantes interpretan el Art. 12.1.2 (b) de acuerdo con la práctica de redacción de tratados de las Partes de establecer explícitamente por escrito limitaciones a los derechos u obligaciones. La Demandada ignora esta práctica en su

²⁰²De acuerdo con la práctica de indicar claramente por escrito cualquier condición o restricción a un derecho u obligación, este Artículo tiene una Nota al pie que establece que «para mayor certeza, «regulaciones» incluye las regulaciones para el establecimiento o aplicación de la autorización o criterios de otorgamiento de licencias».

interpretación del Art. 12.1.2(b), y más generalmente de todo el TLC.

294. De hecho, debido a que la Demandada elige hacer la vista gorda a esta práctica, y no ofrece ningún testimonio que impugne la declaración testimonial del Sr. Wethington, ni ofrezca ningún material en sentido contrario (basándose solo en el argumento del abogado), se invita al Tribunal para otorgar mayor peso, si no aceptar del todo, el testimonio del Sr. Wethington sobre este punto.

295. Los Demandantes interpretan el Art. 12.1.2(b) de tal manera que *todas* las disposiciones sustantivas y procesales del Capítulo 12 (Servicios Financieros) tienen significado y son exigibles, de acuerdo con los artículos 31 y 32 de la CVDT. La lectura del término “únicamente” como aplicable a las cuatro disposiciones sustantivas importadas al Capítulo 12 (Servicios Financieros) del Capítulo 10 (Inversión) y no como extendidas al Capítulo 12, concilia la utilidad, el significado y la aplicación de todas las disposiciones sustantivas y procesales que comprenden el Capítulo 12. En consecuencia, y quizás lo más notable, de conformidad con esta interpretación llana del significado, disposiciones como el Art. 12.2 (Trato Nacional) y el Art. 12.3 (NMF) no son reducidas al status de derechos sin posibilidades de recurrir.

296. En la interpretación del Art. 12.1.2(b), los Demandantes asumen que los inversionistas de Servicios Financieros tendrán derechos exigibles y no serán tratados de manera menos favorable que el universo entero de posibles inversionistas que calificarían según

los estándares de protección del trato del Capítulo 10 (Inversión).

297. Los Demandantes no interpretan el Art. 12.1.2(b), o cualquier disposición del Capítulo 12 o del TLC, como *restrictiva* o *expansiva*, sino más bien como funcional basado en su contenido y objetivo. Es claro que el propósito y la intención del Capítulo 12 es otorgar protecciones a los inversionistas de Servicios Financieros que fomenten y faciliten las inversiones transfronterizas en servicios financieros. La interpretación de los Demandantes del Art. 12.1.2(b) se ajusta a estos objetivos y funcionamiento práctico.²⁰³

298. Como se expone con mucho más detalle en otra subsección de este escrito sobre *ratione voluntatis*, el testimonio del negociador principal del TLCAN del Capítulo 14 (Servicios Financieros) de ese Tratado, el Sr. Olin Wethington, afirma que al negociar el Capítulo 14 (Servicios Financieros) del TLCAN predecesor del Capítulo 12 (Servicios Financieros) del TLC, los Estados Unidos y las otras dos Partes del TLCAN pretendían que los inversionistas de Servicios Financieros pudieran hacer cumplir mediante el arbitraje inversionista-Estado el estándar de protección del trato nacional (Art. 1405) y el estándar de protección del trato NMF (Art. 1406) del Capítulo 14 (Servicios Financieros).

²⁰³ Ver Memorial de respuesta de la Demandada ¶¶ 301-307.

299. El Sr. Wethington ha ofrecido este testimonio como una cuestión de dictamen pericial.²⁰⁴ Pero de igual o quizás mayor aplicación práctica, el Sr. Wethington ha testificado respecto a esta proposición *también* como una cuestión de conocimiento personal fáctico.²⁰⁵

300. En pocas palabras, prácticamente todo el testimonio del Sr. Wethington con respecto a la intención de los Estados Unidos como Parte del TLCAN en relación con el Capítulo 14, Servicios Financieros, de ese Tratado, y el objetivo del mismo, se basa en el conocimiento personal como negociador principal de los Estados Unidos del Capítulo Servicios Financieros del TLCAN.²⁰⁶

301. La Demandada no ha ofrecido ningún dictamen o testimonio fáctico que impugne el testimonio pericial y fáctico del Sr. Wethington, más allá del argumento del abogado.

²⁰⁴ Primera declaración testimonial de OW ¶ 4, 6, 13.

²⁰⁵ Primera declaración testimonial de OW ¶ 19-22.

²⁰⁶ Primera declaración testimonial de OW ¶ 22.

III. LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL DEL EXSUBSECRETARIO DE ASUNTOS INTERNACIONALES DEL DEPARTAMENTO DEL TESORO NO HA SIDO CUESTIONADA Y POR LO TANTO DEBE CONCEDERSE GRAN IMPORTANCIA O ACEPTARSE EN SU TOTALIDAD

A. El informe pericial del Sr. Olin Wethington promueve las directivas de los Artículos 31.1, 31.2(c) y 32 de la CVDT

302. El alcance de las responsabilidades del Sr. Wethington como negociador principal del Capítulo de Servicios Financieros “fue formular y lograr los objetivos de negociación de los Estados Unidos”. Según testifica, como parte de esta responsabilidad, dirigió las negociaciones del TLCAN relacionadas con el sector de capítulos de servicios financieros, incluidas las disposiciones que rigen la banca, los valores y los seguros. Esto se extendió a las disposiciones relacionadas con la inversión y operación dentro de estos sectores, incluidas las disposiciones de protección de trato nacional y nación más favorecida (NMF) y solución de controversias en servicios financieros”.²⁰⁷

303. Debido a esta pericia y experiencia únicas con el capítulo del TLCAN que indiscutiblemente sirvió como paradigma - modelo predecesor para el Capítulo 12 (Servicios Financieros) del TLC, el Sr. Wethington fue invitado a servir como testigo fáctico y perito en este procedimiento. Al hacerlo, presentó su primera declaración testimonial, que establece su conocimiento

²⁰⁷ Primera declaración testimonial de OW, ¶ 22.

personal, experiencia específica y comprensión del funcionamiento de los Capítulos de Inversión y Servicios Financieros del TLCAN.

304. Además, el entorno de negociación contextual del TLCAN exigió que las partes del TLCAN incluyeran amplios estándares de protección NMF para los inversionistas transfronterizos en servicios financieros debido a la crisis económica que México había sufrido recientemente. En consecuencia, el Sr. Wethington afirma que “[una] interpretación del Artículo 1401 (2) [Alcance y Cobertura] del TLCAN que limita los procedimientos de liquidación de inversionista-Estado a las cinco protecciones de inversión del Capítulo 11 a las que se hace referencia haría que la protección NMF no tuviera ningún efecto”.²⁰⁸

305. La anomalía con esta postura es clara y el Sr. Wethington lo atestigua en el contexto de la política del Departamento del Tesoro en ese momento, que informó los objetivos en materia de política del negociador del TLCAN. Afirma que «bajo este punto de vista [una lectura del Capítulo 14 limitada solo a los derechos procesales y sustantivos de la solución de disputas del Capítulo II] las Partes habrían creado deliberadamente una obligación sustantiva y significativa sin un recurso significativo. Esta interpretación sería incongruente con el imperativo del Departamento del Tesoro de proporcionar una fuerte protección de la inversión a los inversionistas de servicios financieros”.²⁰⁹ De hecho, el Sr. Wethington da testimonio

²⁰⁸ Primera declaración testimonial de OW, ¶ 39.

²⁰⁹ Primera declaración testimonial de OW, ¶ 39.

de este imperativo basándose en su conocimiento personal.

306. El contexto histórico y los objetivos con respecto a los cuales se negoció la cláusula NMF del Capítulo 14 del TLCAN han sido extraídos del análisis de la Demandada conforme a la teoría de que dicho testimonio es irrelevante y no ilustrativo para la interpretación del TLC debido a que, por razones inexplicables, este testimonio «claramente no [es] equivalente a los *travaux préparatoires* con fines interpretativos”.²¹⁰

²¹⁰ La Demandada malinterpreta la importancia práctica del status del TLCAN como modelo predecesor del TLC. El TLCAN es en efecto los *travaux préparatoires* del TLC. Como se explica con mayor detalle a continuación, los negociadores del tratado de la Demandada no “negociaron” el TLC. En su lugar, adoptaron los capítulos predecesores del TLCAN. La única diferencia destacada son las notas restrictivas a pie de página que se agregaron, como la calificación restrictiva de la Nota a pie 2 del Capítulo 10 (Inversión).

307. En cambio, la Demandada ha emprendido una doble estrategia para socavar el testimonio de hechos y pericial que aportó el Sr. Wethington a este caso y que, por supuesto, debe informar la comprensión de este Tribunal de las disposiciones pertinentes del Capítulo 12. Primero, la Demandada sugiere que el testimonio del Sr. Wethington es irrelevante y no merece ninguna consideración porque, según las propias palabras de la Demandada, simplemente “ni siquiera es ilustrativo para interpretar el TLC”,²¹¹ De hecho, las propias palabras de la Demandada no pueden encontrar sustituto:

Los recuerdos personales del Sr. Wethington sobre la negociación del TLCAN no son fidedignos, persuasivos ni siquiera ilustrativos para interpretar el TLC, y claramente no son equivalentes a los *travaux préparatoires* con fines interpretativos.²¹²

308. Cuando se le priva de su significado principal, la Demandada afirma que debido a que el Sr. Wethington es una persona física y no un borrador inanimado, su testimonio no tiene lugar. Esta proposición habla por sí misma y desafía la caracterización.

²¹¹ Ver Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶ 351.

²¹² *Id.*

309. Segundo, a lo largo de la sección *ratione voluntatis* de la Respuesta de la Demandada,²¹³ las propuestas del primer informe pericial del Sr. Wethington han sido “seleccionadas” fuera de contexto y sometidas a un análisis legal de “cortar y pegar”.

310. No hay en la Respuesta, como parece ser el caso, por ejemplo, con la mayoría de los laudos arbitrales en los que se basa la Demandada, ningún intento sistemático de involucrarse en nada más que un enfoque poco sistemático del análisis legal. No hay una consideración sistémica de los predicados fácticos y legales fundamentales que subyacen al testimonio.

311. Con respecto a ambos enfoques, los Demandantes ahora están obligados a llamar la atención de este Tribunal sobre el grado en que, al formular políticas y objetivos para el TLCAN, el Informe pericial del Sr. Wethington concuerda directamente con las directivas de los Artículos 31 y 32 de la CVDT y documentos de trabajo del TLCAN, junto con otros materiales contemporáneos con la negociación y ratificación del TLCAN.

312. En consecuencia, el Sr. Wethington ha presentado un Informe pericial complementario que se basa generosamente en estos materiales. Además de los *travaux préparatoires*, el Informe pericial complementario del Sr. Wethington hace referencia explícita y contiene fragmentos relevantes del testimonio del Sr. Barry S. Newman ante el Comité de la Cámara.

²¹³ Respuesta de la Demandada sobre la jurisdicción ¶¶ 279-378..

B. La respuesta de la Demandada no abordó las premisas materiales afirmadas en la declaración testimonial de Olin Wethington

- 1. El contexto histórico de la negociación y los objetivos de los equipos de negociación no fueron cuestionados ni disputados.**

313. La Demandada no niega que el subsecretario Olin Wethington “sirvió como negociador principal del capítulo de servicios financieros del TLCAN”, y que su “responsabilidad principal” en esta capacidad fue formular y lograr los objetivos de negociación de los Estados Unidos”.²¹⁴ Esta propuesta es importante porque el Sr. Wethington testifica que estas responsabilidades se extendieron a las disposiciones relacionadas con la inversión y la operación dentro de [los sectores bancario, de valores y de seguros], incluidas las disposiciones de protección de trato nacional y de nación más favorecida (NMF) y solución de controversias en servicios financieros”.²¹ De manera similar, la Demandada no cuestiona el testimonio del Sr. Wethington de que el TLCAN sirvió como plantilla modelo para el TLC.

²¹⁴ Primera declaración testimonial de OW ¶ 22.

²¹⁵ *Id.*

314. El Sr. Wethington testifica que la «influencia del TLCAN en la política comercial de los Estados Unidos y los posteriores acuerdos de libre comercio ha sido profunda». Agrega que «[e]l TLCAN proporcionó la plantilla para los capítulos de servicios financieros de los acuerdos de libre comercio posteriores». ²¹⁶ El contexto en el que tuvieron lugar las negociaciones del TLCAN fue el de tratar de proporcionar a los inversionistas del sector de Servicios Financieros «protecciones sólidas de la inversión y solución de controversias inversionista-Estado que iban mucho más allá de las disposiciones de solución de controversias entre estados establecidas en el TLC²¹⁷ de Estados Unidos e Israel.

315. El Sr. Wethington testifica que, como parte de la historia y el contexto de negociación del TLCAN, «el equipo de negociación de los EE. UU. creía que ciertas garantías eran esenciales para el acuerdo [Capítulo 14 Servicios Financieros] - lo que es más importante, las obligaciones de brindar protección de trato nacional y nación más favorecida». ²¹⁸ Estos profusos estándares de protección de los inversionistas eran necesarios, de acuerdo con el testimonio indiscutible, porque los negociadores mexicanos opinaron que sin estos estándares de protección exigibles, los inversionistas estadounidenses y canadienses no estarían tentados a invertir en el sector financiero mexicano. ²¹⁹

²¹⁶ Primera declaración testimonial de OW ¶ 23.

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ Primera declaración testimonial de OW ¶ 25.

²¹⁹ *Id.*

316. El contexto histórico de la negociación del TLCAN, según el testimonio indiscutible ante este Tribunal, es uno en el que los Estados contratantes necesariamente contemplaron y negociaron una disposición NMF del TLCAN que tendría un alcance expansivo.²²⁰ El Sr. Wethington testifica además que las partes contratantes negociaron y consiguieron una disposición NMF que no sería calificada en su alcance “a menos que de algún modo sea expresamente limitado”.²²¹

317. La política comercial que los negociadores del TLCAN buscaban implementar requería estándares de protección sólidos para los inversionistas en servicios financieros, en parte, porque “los inversionistas en servicios financieros eran considerados críticos tras la crisis de deuda soberana que había afectado a la región²²² de América Latina”.

²²⁰ OW Primera declaración testimonial¶ 27.

²²¹ *Id.*

²²² OW Primera declaración testimonial¶ 30.

- a. **La Demandada no aborda el testimonio de Olin Wethington sobre la práctica de los tratados de EE. UU. que dan lugar al TLCAN**

318. El Sr. Wethington da testimonio de dos análisis fundamentales sobre la práctica consistente de los tratados de los Estados Unidos en relación con las cláusulas de trato nacional y NMF que dieron lugar al TLCAN. El Demandada no aborda este testimonio. El análisis detallado es obligatorio.

- i. **Antes del TLCAN, la práctica de los tratados de los EE. UU. excluía la protección NMF de los servicios financieros**

319. El testimonio afirma que las Partes del TLCAN buscaron aumentar las oportunidades y protecciones de inversión. Por lo tanto, incluían estándares de protección de trato nacional y NMF. En apoyo de esta propuesta, el Sr. Wethington señala el TLC entre Estados Unidos e Israel (1995) y el TLC entre Estados Unidos y Canadá (1988). El primero de estos acuerdos (TLC entre Estados Unidos e Israel) carecía por completo de una disposición NMF sobre servicios financieros.²²³ De hecho, la única cláusula NMF en ese acuerdo está contenida en el Art. 14 (Propiedad Intelectual).²²⁴

²²³ Primera declaración testimonial de OW, ¶ 27.

²²⁴ Ese artículo dice:

PROPIEDAD INTELECTUAL

320. El TLC entre EE. UU. y Canadá tenía un Capítulo de Servicios Financieros (Capítulo 17) separado y distinto del Capítulo de Inversión de ese acuerdo (Capítulo 16). Ni el Capítulo 16 (Inversión) ni el Capítulo 17 (Servicios Financieros) tenían una cláusula NMF. El Capítulo 17 tenía obligaciones muy limitadas a favor de los nacionales de las Partes.

321. El testimonio observa que el «TLCAN se amplió significativamente tras la aplicación a los servicios financieros al incluir una amplia protección NMF en un capítulo de servicios financieros independiente que no existía en ninguno de los tratados anteriores. La intención de las Partes se refleja en el texto final ratificado del TLCAN».²²⁵

Las Partes reafirman sus obligaciones en virtud de acuerdos bilaterales y multilaterales relacionados con los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de propiedad industrial, vigentes entre las Partes. En consecuencia, a los nacionales y las empresas de cada Parte se les continuará otorgando *trato nacional y trato de nación más favorecida* con respecto a la obtención, mantenimiento y aplicación de patentes de invención, con respecto a la obtención y aplicación de derechos de autor, y con respecto a los derechos de marcas comerciales, marcas de servicio, nombres comerciales, etiquetas comerciales y propiedad industrial de todo tipo.

(énfasis nuestro).

²²⁵ Primera declaración testimonial de OW, ¶ 27.

322. Añade que, de igual modo, “las Partes del TLCAN tenían la intención de que este amplio trato NMF cubriera cualquier resolución de controversias relacionada con la protección de la inversión que disfrutaban los inversionistas de terceros países en la Parte anfitriona del TLCAN.” Agrega que “la inclusión de lenguaje expreso con referencia específica a los derechos procesales no era necesaria, porque el lenguaje plenario de la disposición NMF era, en su sentido llano, adecuado para incorporar protecciones procesales - *ciertamente en ausencia de cualquier lenguaje que limite expresamente el alcance de la disposición NMF*”. (énfasis nuestro).²²⁶

323. En particular, la Respuesta de la Demandada no hace referencia en absoluto a la exclusión de las disposiciones NMF que se adjuntaban a las secciones de Servicios Financieros de los acuerdos previos al TLCAN de los que Estados Unidos es signatario. Como subraya el testimonio, esta práctica previa demuestra la intención de las Partes del TLCAN de ampliar la protección de los inversionistas de Servicios Financieros.

²²⁶ Primera declaración testimonial de OW, ¶ 28-29.

ii. La práctica de los tratados de Estados Unidos demuestra que cuando tiene la intención de limitar el alcance de una disposición NMF, lo hace expresamente

324. La Respuesta de la Demandada carece de toda observación sobre la práctica de los tratados de Estados Unidos *en forma expresa*, y no en forma contextual o implícita, lo que limita el alcance de las cláusulas NMF en los tratados. Se proporcionan dos ejemplos específicos: el TBI Albania-EE. UU. y la Asociación Transpacífico firmada, pero no ratificada.

325. El TBI Albania-EE. UU. limita y califica explícitamente el trato NMF al estipular que “una Parte no está obligada a extender el trato nacional o NMF a las inversiones cubiertas con respecto a los procedimientos previstos en los acuerdos multilaterales celebrados bajo los auspicios del Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en relación con la adquisición o el mantenimiento de derechos de propiedad intelectual”.²²⁷

326. Las limitaciones adicionales a la cláusula NMF del párrafo 1, Art. II del TBI entre Estados Unidos y Albania se consideran como posibles contingencias. El párrafo 2 de ese TBI demuestra la práctica de EE. UU. que exige calificaciones, restricciones o límites por escrito *explícitos* y expresos para el trato NMF.

327. Estipula, en parte, que “las Partes pueden adoptar o mantener excepciones al estándar de trato

²²⁷ Albania –EE.UU. TBI Art. II (Trato de la inversión), carta de presentación, 3 de agosto de 1995; Primera declaración testimonial de OW, ¶ 30.

nacional y NMF con respecto a los sectores o asuntos especificados en el Anexo [seguro]. En principio, se permiten más medidas restrictivas en cada sector. *La formulación cuidadosa y la redacción restrictiva de estas excepciones son, por lo tanto, importantes.*" (énfasis nuestro).²²⁸

328. La Asociación Transpacífica también es ilustrativa de la práctica de los tratados de Estados Unidos de establecer limitaciones de forma expresa y explícita al alcance de los estándares de protección de los inversionistas, que naturalmente también incluye el trato NMF. A modo de ejemplo, en ese tratado, el Art. 9.5 (Trato de nación más favorecida) está restringido por el lenguaje explícito contenido en el Art. 9.5.3. Esta disposición restrictiva dice:

3. Para mayor certeza, el trato al que se refiere este Artículo no abarca los procedimientos o mecanismos internacionales de solución de controversias, tales como aquellos incluidos en la Sección B (Solución de Controversias Inversionista-Estado).

²²⁸ *Id.* Art. II, ¶ 2.

(énfasis nuestro).

329. El estándar de protección de trato nacional está calificado y restringido por una nota al pie. Por ende, el Art. 9.4 (Trato Nacional), n.p. 14, establece:

Para mayor certeza, si el trato es otorgado en “circunstancias similares” conforme al Artículo 9.4 (Trato Nacional) o al Artículo 9.5 (Trato de Nación Más Favorecida) depende de la totalidad de las circunstancias, incluyendo si el trato correspondiente distingue entre los inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público.

330. Del mismo modo, el Art. 9.6 (Estándar mínimo de trato) está expresamente calificado y restringido por la nota al pie 15. La calificación restrictiva establece que “el Artículo 9.6 (Estándar Mínimo de Trato) se interpretará de conformidad con el Anexo 9-A (Derecho Internacional Consuetudinario)”.²²⁹

²²⁹

El Anexo 9-A (Derecho Internacional Consuetudinario) establece:

DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

Las Partes confirman su entendimiento compartido de que el “derecho internacional consuetudinario” en general y como se menciona específicamente en el Artículo 9.6 (Estándar Mínimo de Trato) resulta de una práctica general y consistente que siguen los Estados desde un sentido de obligación legal. El estándar mínimo de trato de los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional

331. El Artículo 9.8 (Expropiación e Indemnización) está restringido y calificado con el propósito de proporcionar una definición de los términos del tratado que pueden tener más de un significado. A modo de ejemplo, se aclara el elemento de expropiación «con fines públicos» a fin de distinguir el uso de este término en el derecho internacional público de su equivalente en el derecho interno. El lenguaje de aclaración contenido en la nota 17 del Art. 9.8.1 (a) (Para un propósito público) afirma:

Para mayor certeza, para los efectos de este artículo, el término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación nacional puede expresar esto o un concepto similar mediante el uso de diferentes términos, tales como ‘necesidad pública’, ‘interés público’ o ‘uso público’.

**consuetudinario que protegen las
inversiones de los extranjeros.**

332. De hecho, los pormenores relativos a las condiciones inherentes a la *identidad* de la Parte expropiadora y diferentes iteraciones correspondientes de la doctrina de utilidad pública también se abordan explícitamente en *lenguaje de calificación* inequívoco en la nota al pie 18. La segunda aclaración relativa al Art. 9.8.1(a), propósito público, indica:

Para evitar dudas: (i) si Brunei Darussalam es la Parte expropiadora, cualquier medida de expropiación directa relacionada con la tierra será para los fines establecidos en el *Código de Tierras* (Cap. 40) y la *Ley de Adquisición de Tierras* (Cap. 41), a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo; y (ii) si Malasia es la Parte expropiadora, cualquier medida de expropiación directa relacionada con la tierra será para los fines establecidos en la *Ley de Adquisición de Tierras 1960*, *Ordenanza de Adquisición de Tierras 1950* del Estado de Sabah y el *Código de Tierras 1958* del Estado de Sarawak, a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo.

333. La totalidad del Art. 9.8 (Expropiación e Indemnización) está restringido, entre otras cosas, para excluir las “expropiaciones progresivas”. Los ejercicios no discriminatorios de la soberanía regulatoria sobre objetivos legítimos de propósito público también dan lugar a excepciones en una reclamación donde se alega

una violación del estándar de protección de expropiación.²³⁰

²³⁰ Estas restricciones, junto con las aclaraciones adjuntas, figuran en el Anexo 9 B (Expropiación) del tratado. Este anexo es ilustrativo de la práctica convencional de los tratados de Estados Unidos de establecer claramente las restricciones a los estándares de protección. El Anexo 9 -B dice:

Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. Un acto o una serie de actos de una Parte *no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.*

2. El Artículo 9.8.1 (Expropiación e Indemnización) aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

3. La segunda situación abordada por el Artículo 9.8.1 (Expropiación e Indemnización) es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

(a) *La determinación de si una acción o serie de acciones de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere, entre otros factores*

(i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;

(ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión³⁶; y

334. El Acuerdo de Asociación Transpacífica, de conformidad con la práctica de establecer explícitamente restricciones a las obligaciones y derechos, ilustra esto en el Art. 9.9 (Transferencias). Aquí la nota a pie hace referencia al Anexo 9-E (Transferencias).²³¹

(iii) el carácter de la acción gubernamental.

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público³⁷, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

³⁶ *Para mayor certeza, si las expectativas respaldadas por la inversión de un inversionista son razonables depende, en la medida relevante, de factores tales como si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes y la naturaleza y el alcance de la regulación gubernamental o del potencial para la regulación gubernamental en el sector relevante.*

²³¹ El Anexo 9 "E" establece:

Chile

1. No obstante lo dispuesto en el Artículo 9.9 (Transferencias), Chile se reserva el derecho del Banco Central de Chile a mantener o adoptar medidas de conformidad con la Ley 18.840, la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile y el Decreto con Fuerza de Ley No. 3 de 1997, Ley General de Bancos y Ley 18.045, Ley de Mercado de Valores para garantizar la estabilidad de la moneda y el funcionamiento normal de los pagos nacionales y extranjeros. Tales medidas incluyen, *entre otras cosas*, el establecimiento de restricciones o limitaciones a los pagos y transferencias (movimientos de capital) desde o hacia Chile actuales, así como las operaciones relacionadas con los mismos, tales como exigir que los depósitos, inversiones o créditos desde o hacia

335. El análisis de la práctica en materia de tratados que explica el testimonio es útil, y tal vez incluso necesario, para comprender que dicha práctica fue trasladada directa y explícitamente a la redacción del TLC Colombia-Estados Unidos.

336. De hecho, el Sr. Wethington testificó en el mismo sentido. Afirma que “este es el enfoque que adoptaron Estados Unidos y Colombia en el TLC. La nota 2 al pie de la cláusula NMF en el Art. 10.4 [Inversión] del TLC que rige las protecciones para inversiones en servicios no financieros *excluye* expresamente ciertos derechos de resolución de controversias de la siguiente manera:

Para mayor certeza, el trato “con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de *disposición de las inversiones*”, a que hacen referencia los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4, no incluye mecanismos de solución de controversias, tales como los señalados en la Sección

una país extranjero, estar sujeto a un requisito de reserva (*encaje*).

2. Sin perjuicio del párrafo 1, los requisitos de reserva que el Banco Central de Chile puede aplicar de conformidad con el Artículo 49 No. 2 de la Ley 18.840, no excederán el 30 por ciento del monto transferido y no se impondrán por un período que exceda los dos años.

***B, que se encuentren
estipulados en acuerdos
internacionales comerciales
o de inversiones.***

(énfasis en el original)²³²

337. Aquí, nuevamente, la Demandada no ofrece una explicación satisfactoria que concilie esta práctica con la anotación en el Art. 10.4 (NMF) del Capítulo de Inversión con el Art. 12.3 (NMF) del Capítulo de Servicios Financieros.

338. La Demandada invita al Tribunal a adoptar una de dos propuestas insostenibles. La primera exige simplemente ignorar toda diferencia entre el Art. 10.4 (NMF) y su lenguaje restrictivo calificativo, y el texto literal sin restricciones del Art. 12.3 (NMF). Cuando se trata de esta parte del análisis (un análisis textual de significado simple de los Artículos 10.4 y 12.2 del TLC), la Demandada abandona notablemente la adhesión que profesa al lenguaje textual de significado simple, al igual que lo hizo en la lectura del axioma *expressio* como de aplicación a todos los estándares de protección articulados en el Capítulo 12 (Servicios Financieros).²³³

²³² Primera declaración testimonial de OW, ¶ 33.

²³³ Véase el Memorial de Respuesta de los Demandantes, II, 2.

339. Este enfoque no es válido.²³⁴ Ignorar que los redactores limitaron explícitamente una disposición de NMF y no la otra es, en sí, sospechoso. También ignora la práctica en materia de tratados anterior a la redacción de los Artículos 10.4 (NMF) y 11.3 (NMF).

340. El segundo enfoque que la Demandada parece adoptar, ciertamente hasta donde los Demandantes pueden discernir, es la construcción interpretativa ya analizada.²³⁵

341. La práctica en materia de tratados de los Estados Unidos de restringir expresamente los derechos y obligaciones, como testimonia el Sr. Wethington y lo dicta el sentido común, aporta mayor claridad a la relación entre la disposición (NMF) restringida del Art. 10.4 del Capítulo 10 y la disposición equivalente del Art. 12.3 (NMF) del Capítulo 12.

²³⁴ *Ver en general*, Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción ¶¶ 265-269.

²³⁵ *Ver Memorial de Respuesta de los Demandantes*, II, 2.

C. Estados Unidos y Colombia declaran explícitamente por escrito las calificaciones y limitaciones a los derechos y obligaciones

342. Además de los ejemplos ya examinados sobre los cuales el Sr. Wethington ha testificado, merecen considerarse otros casos de práctica en materia de tratados.

343. La práctica en materia de tratados de las Partes de establecer explícitamente por escrito las limitaciones y calificaciones de los derechos y obligaciones está presente independientemente de la estructura del tratado en cuestión. En los TLC y los TLC, un patrón común que se alinea con el TLC en este caso está muy presente.

344. La investigación no ha producido un solo tratado o acuerdo en el que Estados Unidos o Colombia haya restringido una cláusula NMF contenida en un Capítulo de Servicios Financieros. El TLC de Colombia-Panamá (2013) es útil.

345. En dicho acuerdo, el Art. 14.4, *Capítulo de Inversión*, Cláusula NMF (Art. 14.4.3) dice:

3. Para mayor certeza, el trato 'con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones' a que se refieren los párrafos 1 y 2 no incluye los mecanismos de solución de controversias tales como los señalados en el presente

Capítulo, que forma parte de tratados y acuerdos comerciales internacionales.²³⁶

346. Significativamente, la cláusula NMF que forma parte del Capítulo de Servicios Financieros, Art. 16.3 de ese acuerdo, no contiene dicha condición o restricción, como es el caso del Art. 12.3 (NMF) del TLC que nos ocupa. Además, el Art. 16.3(NMF) del TLC de Panamá-Colombia es más amplio que su equivalente el Art. 14.4 (NMF) del Capítulo de Inversión.

347. El Artículo 16.3 (NMF de Servicios Financieros) no contiene el “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de una inversión”, lenguaje que la restricción califica. Por lo tanto, al igual que con el TLC en cuestión ante este Tribunal, el lenguaje calificativo que restringe el Art. 14.4 (NMF), Capítulo de Inversión, del TLC de Panamá-Colombia, está ausente del Capítulo de Inversión, Art. 16.3, NMF. Estas dos disposiciones del TLC de Panamá-Colombia, Art. 14.4 (NMF) contenidas en el Capítulo 14.4 (MFN) del Capítulo de Inversión y el Art. 16.3 (MFN) del Capítulo de Servicios Financieros, se basan en el Capítulo de Inversiones del TLCAN (Capítulo II) y el Capítulo de Servicios Financieros (Capítulo 14).

²³⁶ El original en español establece:

Para mayor certeza, el trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones 'referido en los párrafos 1 y 2 no incluye los mecanismos de solución de controversias como los señalados en el presente Capítulo, que se encuentren estipulados en tratados o acuerdos internacionales de comercio.

348. La disposición (NMF) del Art. 16.3 contenida en el Capítulo de Servicios Financieros del TLC de Panamá-Colombia es idéntica en todos los aspectos a la disposición (NMF) del Art. 12.3 contenida en el Capítulo de Servicios Financieros del TLC ante este Tribunal.

349. Igualmente útil es el TLC de Perú-Estados Unidos (2006). Ese TLC también contiene un Capítulo de Servicios Financieros que es separado y distinto de su equivalente del Capítulo de Inversión. La disposición de Nación Más Favorecida del Capítulo de Inversión es idéntica a la cláusula NMF contenida en el TLC ante este Tribunal. De hecho, incluso su nomenclatura numérica es la misma, 'Art. 10.4'. De acuerdo con esta simetría prácticamente absoluta, no es sorprendente que la disposición NMF contenida en el TLC de Perú-Estados Unidos también sea idéntica en todos los aspectos a la disposición NMF en el Capítulo 12 del TLC ante este Tribunal.

350. De hecho, la cláusula NMF contenida en el Capítulo de Servicios Financieros del TLC Perú-Estados Unidos también tiene la misma nomenclatura numérica que el TLC Colombia-Estados Unidos, “Art. 12.3”. En ambos, el TLC de Panamá-Colombia y el TLC de Perú-EE. UU., las Partes optaron por restringir la cláusula NMF del Capítulo de Inversión y desistieron de calificar a la equivalente del Capítulo de Servicios Financieros. Los redactores lo hicieron deliberadamente. La inferencia razonable y necesaria que un intérprete debe extraer de estas premisas fácticas es que las Partes no tenían la intención de impedir que la disposición NMF de Servicios Financieros se extendiera a los derechos procesales de ISDS.

351. Esta conclusión es la más razonable y, por lo tanto, la más probable para explicar la evidencia empírica dentro de un marco razonado y deliberado que descarta la casualidad como principio rector.

352. El TLC de Corea-EE. UU. (2019) posterior a la fecha del TLC ante este Tribunal, también resulta revelador. Ese acuerdo también contiene un Capítulo de Servicios Financieros independiente. La cláusula NMF en el Capítulo de Inversión del acuerdo contiene el mismo lenguaje restrictivo presente en el Art. 10.4 (NMF), Nota al pie 2, del TLC que se encuentra ante este Tribunal. La única diferencia es que el lenguaje restrictivo en el TLC de Corea-Estados Unidos se presenta como un párrafo separado en el propio cuerpo del artículo.²³⁷

353. La cláusula NMF de servicios financieros, Art. 13.3, de ese acuerdo es una declaración de una sola oración no calificada que cubre inversiones en instituciones financieras y proveedores de servicios financieros transfronterizos. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte, instituciones financieras

²³⁷ El Artículo 11.4 (NMF) dice-

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier no Parte con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones en su territorio.

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 no Parte con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, gestión, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones.

3. Para mayor certeza, el trato al que se refiere este artículo no abarca los procedimientos o mecanismos internacionales de resolución de controversias, como los incluidos en la Sección B.

(énfasis nuestro).

de la otra Parte, inversiones de inversionistas en instituciones financieras, y proveedores de servicios financieros transfronterizos de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorga a los inversionistas, instituciones financieras, inversiones de inversionistas en instituciones financieras y proveedores transfronterizos de servicios financieros de un país que no sea Parte, en circunstancias similares.

Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte, a las instituciones financieras de la otra Parte, a las inversiones de inversionistas en instituciones financieras y a los proveedores transfronterizos de servicios financieros de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorga a los inversionistas, instituciones financieras, inversiones de inversionistas en instituciones financieras y proveedores de servicios financieros transfronterizos de un país no Parte, en circunstancias similares.

354. La disposición no está restringida a extenderse a los derechos procesales de ISDS. Esta cláusula también carece del lenguaje ‘establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y ventas u otra forma de disposición de inversiones», que la disposición del Capítulo de Inversiones modifica en el tercer párrafo de ese artículo. El Capítulo de Servicios Financieros del TLC de Corea-EE. UU. está plagado de disposiciones calificativas

y restrictivas, separadas y distintas de las calificaciones y restricciones de los propios anexos.²³⁸

355. Tanto Colombia como Estados Unidos han celebrado acuerdos en los que no se han calificado las cláusulas NMF ni en el Capítulo de Inversión ni en el Capítulo de Servicios Financieros.²³⁹ Cabe destacar que, en el contexto de los TBI, que, por supuesto no tienen Capítulos de Servicios Financieros, las cláusulas NMF restringidas son comprensiblemente muy comunes.²⁴⁰

356. Además de la evidencia en forma de práctica en materia de tratados que demuestra que tanto Estados Unidos como Colombia expresamente por escrito expresan calificaciones y restricciones a obligaciones y derechos, la evidencia también demuestra que ninguno de los Estados ha calificado una disposición NMF contenida en el Capítulo de Servicios Financieros de un acuerdo. Bajo ningún análisis razonable se puede inferir de este cuerpo de acuerdos internacionales que cuando cualquiera de los Estados se abstiene de calificar una disposición NMF, la ausencia de lenguaje restrictivo de calificación no tiene sentido. Dicha conclusión es aún más incongruente cuando, como en este caso, la disposición NMF del Capítulo de Inversión está calificada para

²³⁸ Solo en el formato de notas al pie, el Capítulo contiene diez de tales calificaciones o restricciones que van desde el alcance hasta las disposiciones legislativas aplicables.

²³⁹ Véase, por ejemplo Art. 12-6/12-7, Art. 17-3 TLC de Colombia-México-Venezuela (1995), Art. 10.3/12.3 TLC de Chile-EE.UU. (2004), Art. 10.4/12.3 TLC de Marruecos-EE.UU. (2004), Art. 11.4/13.3 TLC de Australia-EE.UU. (2004), Art. 10.4/12.3 Panamá-EE.UU. (2012).

²⁴⁰ Véase, por ejemplo, Art. V.3 BLEU TBI Colombia (2009), Art. 4.3 TBI India-Colombia (2009), Art. III.2 TBI Reino Unido-Colombia (2010), Nota al Art.3 (l) TBI Japón-Colombia (2011), Art. 6.4 TBI Singapur-Colombia (2013), Art. 3.6 TBI Corea-Colombia (2010), Art. 5.5 TBI Turquía-Colombia (2014).

prohibir la extensión a los derechos procesales de ISDS, mientras que la cláusula NMF equivalente de servicios financieros no tiene tal restricción ni incluso un lenguaje comparable al que la restricción se asigna.

- a. **El marco de redacción apoya las reclamaciones directas para hacer cumplir las disposiciones sustantivas del Capítulo 12**

357. Como se establece más completamente en la declaración testimonial complementaria del Sr. Wethington, no solo la práctica de los tratados de las Partes, sino también los marcos de redacción de tratados en general, y el del TLCAN en particular, hacen que las restricciones a las obligaciones o derechos sean expresamente establecidos por escrito. Esta característica de la estructura del tratado es importante. En el caso del TLCAN y, por lo tanto, de manera derivada con respecto al TLC también, las Partes acordaron un marco general amplio.²⁴¹ Este marco fue entonces progresivamente calificado, restringido y aclarado mediante anexos, notas al pie y disposiciones específicas de redacción en el cuerpo mismo del texto.

358. La estructura y anatomía de los tratados de generales a específicas se ajusta a la práctica de anunciar expresamente limitaciones a los derechos y obligaciones. El análisis de la Demandada sugiere que de alguna manera el Art. 12.3 (NMF) debe leerse como si el texto estuviera restringido porque el Art. 10.4 está calificado, además le pide al intérprete que ignore las características estructurales del tratado bien establecidas.

²⁴¹ Primera declaración testimonial de OW, ¶¶ 21, 26-35.

- b. El testimonio del Sr. Olin Wethington concuerda con escritos anteriores a esta controversia por décadas

359. Contemporáneamente con la entrada en vigor del TLCAN (1 de enero de 1994), el Sr. Wethington publicó un libro titulado *Liberalización del mercado financiero ■ El Marco del TLCAN (Serie del TLCAN)*.²⁴² Ese texto sirve como evidencia contemporánea del contexto, objeto y propósito del TLCAN en general, y del Capítulo 14 en particular.

360. El texto ayuda a arrojar luz sobre el testimonio que ofrece el Sr. Wethington sobre la necesidad de estándares de protección sólidos y exigibles para los inversionistas de Servicios Financieros. Además, este escrito aborda la solución de controversias dentro de la rúbrica del Capítulo 14 (Servicios Financieros) del TLCAN. Los Demandantes sostienen que este texto sirve como medio de interpretación complementario que está en consonancia con el Art. 32 de la CVDT.

²⁴² OLIN WETHINGTON, *FINANCIAL MARKET LIBERALIZATION: THE NAFTA FRAMEWORK (NAFTA SERIES)* (West Pub Co (1 de diciembre de 1994)).

c. **La crisis financiera regional latinoamericana y la redacción del TLCAN: la necesidad de estándares de protección de inversionistas de servicios financieros robustos y exigibles**

361. El escrito contemporáneo del Sr. Wethington contextualiza la negociación del TLCAN en el contexto de un entorno económico en América Latina que está en crisis. Este escenario se detalla sucintamente en el siguiente pasaje:

La región en su conjunto estaba al frente de la crisis de deuda del tercer mundo. Los principales deudores de la región no podían pagar enormes cantidades de deuda externa. Además, los regímenes de gobierno en toda América Latina parecían incapaces políticamente de gestionar las reformas internas requeridas para poder superar sus problemas económicos internos.²⁴³

²⁴³ OLIN WETHINGTON, FINANCIAL MARKET LIBERALIZATION:

THE NAFTA FRAMEWORK (NAFTA SERIES) (West Pub Co (1 de diciembre de 1994) y referencia n. 5-

Para el tratamiento de la 'década perdida' para el desarrollo económico de América Latina, ver John Williamson, *Institute of Int'l Econ*, El progreso de la reforma de la política en América Latina (Washington, DC Ene 1990) Andres Bianchi, Economic Commn for Latin America and the Caribbean, *Crisis, Adjustment, and Debt in Latin America, 1981-1985*, documento presentado en la Octava Conferencia Anual para Editores y Periodistas, *Old Questions, New Crises Latin America in in 1980*, mayo 12-13, 1986, patrocinado por el Programa

362. Este era el clima económico general descrito en toda América Latina: “el nuevo capital en la región se secó por completo y los flujos de capital se volvieron negativos a medida que los fondos abandonaron la región en grandes volúmenes para obtener mejores rendimientos en otros lugares”.²⁴⁴ Se observa además que “la capacidad de exportación de estos países se desplomó. Como resultado, los cargos por intereses sobre la deuda externa quedaron insatisfechos y los atrasos en la deuda se acumularon a niveles significativos”.²⁴⁵

363. México no fue inmune a la crisis económica de la época. Los principales indicadores según lo informado en el texto parecían preocupantes:

Latinoamericano, Woodrow Wilson International Center
for Scholars, Smithsonian Institution, Washington, DC

²⁴⁴ *Id.* en 7.

²⁴⁵ *Id.* y también citando para una discusión detallada de la crisis de la deuda latinoamericana durante la 1980 -*German Giraldo & Arthur J. Mann, Crecimiento de la deuda externa latinoamericana - Un modelo explicativo de cuenta corriente, 1973-1984, 24 J Áreas en desarrollo No 1 (octubre 1989).*

La deuda externa de México era la más grande de todos los países de América Latina, por un total aproximado de \$102 mil millones para 1988.²⁴⁶ A mediados de la década, la capacidad de México de continuar pagando su deuda se vio severamente afectada; su obligación de servicio de la deuda externa alcanzó 28,9 por ciento de los ingresos totales de exportación en 1988.²⁴⁷ Las exportaciones mexicanas también cayeron bruscamente después de 1984 y no alcanzaron nuevamente los niveles de 1984 hasta 1990. ²⁴⁸Las ventas a su vecino más cercano, Estados Unidos, mostraron un desempeño débil y estuvieron esencialmente estancadas de 1983 a 1986. ²⁴⁹ Además, la economía mexicana parecía oculta por la regulación. La competitividad de la industria mexicana se retrasó. La industria se vio obstaculizada por la excesiva participación del estado y, de hecho, las principales secciones de la economía mexicana, incluido el sistema bancario

²⁴⁶ *Id.* Citando al Banco de México, *The Mexican Economy 1994*, tbl V.3, en 152 (México, mayo de 1994) [en texto].

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.* citando a Aspe, *supra* nota 8, tabla 1.5, en 18 [en texto].

²⁴⁹ *Id.* citando a Gary Clyde Haufbauer & Jeffrey J. Schott, *Institute for Int'l Econ, North American Free Trade- Issues and Recommendations*, tabla 3.1, en 48 (1993) [en texto].

mexicano, eran propiedad del gobierno mexicano.²⁵⁰

364. Además, este escrito contemporáneo describió a los negociadores del TLCAN como entendiendo que el Tratado serviría como plantilla para futuros acuerdos de protección comercial entre los Estados Unidos y el resto de América Latina. La conexión entre el TLCAN y el TLC, tanto estructural como sustantivamente, es evidente:

Los negociadores de los Estados Unidos se encontraron negociando no solo un acuerdo con México y Canadá, sino también un acuerdo que sería una plantilla para otros acuerdos en todo el hemisferio. Por lo tanto, en la mente de los negociadores de los Estados Unidos, era extremadamente importante “lograr el acuerdo correcto” porque sería el estándar o la base contra la cual se juzgarían y negociarían otros acuerdos de libre comercio en el hemisferio.

²⁵⁰ Olin Wethington, *Liberalización del mercado financiero: The Nafta Framework (Nafta Series) 7* (West Pub Co (1 de diciembre de 1994)

Las implicaciones previas del TLCAN se hicieron más reales para los negociadores de los Estados Unidos por el hecho de que otras iniciativas de integración subregional dentro de América Latina estaban avanzando junto con las conversaciones del TLCAN. Los compromisos políticos renovados en el hemisferio a principios de los años 1990 sirven para rejuvenecer ciertas agrupaciones regionales existentes, como Caricom, el Pacto Andino y el Mercado Común Centroamericano.²⁵¹

365. En consecuencia, el testimonio en la declaración testimonial del Sr. Wethington en relación con (i) el contexto en el que se negoció el Capítulo financiero 14 del TLCAN y (ii) el Capítulo 14 del TLCAN como plantilla para el Capítulo 12 del TLC son independientemente registrados por escritos contemporáneos (1994) que escribió el testigo.

366. El contexto de las negociaciones respalda la necesidad de tener estándares de protección exigibles que atraigan a los inversionistas transfronterizos de Servicios Financieros y protejan tales inversiones sensibles al sector. Las audiencias llevadas a cabo ante el Comité de la Cámara sobre el Capítulo 14 (Servicios Financieros) del TLCAN corroboran la necesidad de estándares de protección de trato nacional y trato de NMF exigibles.

²⁵¹ *Id.* en 10.

367. El testimonio presentado por los diferentes representantes de las agencias del gobierno de Estados Unidos en la audiencia del 28 de septiembre de 1993 ante el Comité de la Cámara identificaron de manera consistente el trato nacional y de NMF como disposiciones básicas del Capítulo de Servicios Financieros. Ciertamente no sería una exageración caracterizar el testimonio como la identificación del Capítulo 14 y las disposiciones de NMF y trato nacional como los principales impulsores del TLCAN.

368. Si bien los diversos ponentes presentaron informes diferentes y, a menudo, conflictivos, de otras consideraciones de política, en particular todos tenían una sola voz en reconocer las disposiciones de trato nacional y de NMF exigibles como estándares críticos de protección para los inversionistas.

d. El testimonio sobre trato nacional y NMF ante el Comité de la Cámara de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos

369. El testimonio presentado ante el Tribunal sobre el predominio de los estándares de protección de trato nacional y NMF en el Capítulo 14 del TLCAN y, por lo tanto, de manera derivada con respecto al Capítulo 12 del TLC, encuentra amplio respaldo en los registros que contienen el testimonio celebrado el 28 de septiembre de 1993.²⁵²

²⁵²

Anexo de la Demandante C-29.

370. Testificando en nombre de la Junta de Gobernadores del sistema de la Reserva Federal, el Sr. John R LaWare dio fe sobre la importancia del trato nacional del Capítulo 14 (Servicios Financieros), NMF y la amplia excepción de medidas prudenciales como características principales del TLCAN. Su testimonio en parte señala:

En resumen, el capítulo de servicios financieros del TLCAN incorpora los principios de *nación más favorecida* y *trato nacional* que se han aplicado durante mucho tiempo en los Estados Unidos con respecto a la inversión extranjera.

Ahora quiero pasar a algunas de las preguntas específicas planteadas en su carta de invitación.

El objetivo principal de la Reserva Federal ha sido asegurar que cualquier acuerdo comercial que afecta a la banca contenga una fuerte protección para las medidas prudenciales de los reguladores con respecto a ambas instituciones individuales y la estabilidad del propio sistema financiero. También es importante que cualquier sistema establecido para revisar *controversias en servicios financieros* incluya la participación activa de expertos financieros. Compartimos estos puntos de vista con el Departamento del Tesoro y

brindamos asistencia técnica durante el curso de las negociaciones.

En su forma final, el TLCAN contiene disposiciones que satisfacen esas preocupaciones de la Reserva Federal. Protege los intereses de la supervisión prudencial al tiempo que crea oportunidades para los bancos de los Estados Unidos y otras empresas financieras en el mercado mexicano.²⁵³

²⁵³ Testimonio de LaWare, Audiencia ante el Comité de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, Ciento Tercer Congreso, Número de serie 103-71 (28 de septiembre de 1993) en 7. En aras de la exhaustividad y la divulgación completa, el Sr. LaWare testimonia asimismo que «el TLCAN también establece un comité de servicios financieros para supervisar la implementación de las disposiciones de servicios financieros del TLCAN. Una controversia en los servicios financieros solo puede ser presentada por el gobierno de un país».

Obviamente, el testimonio sobre la solución de controversias es incorrecto porque incluso bajo el enfoque más extremo y restrictivo, el Art. 1401(2) proporciona ISDS para Arts. 1109 hasta 1111, 1113 y 1114, o la referencia se refiere a la ejecución mediante arbitraje de gobierno a gobierno de la implementación de las disposiciones de servicios financieros del TLCAN del Comité de Servicios Financieros.

(énfasis nuestro).

371. El testimonio del Sr. LaWare se basa en el entendimiento de que la exportación de protecciones de trato nacional y NMF a México no impone ninguna obligación a Estados Unidos. Según él, Estados Unidos ya brinda tales protecciones a los inversionistas no estadounidenses. Por lo tanto, considera que la exportación de estándares de protección que cubrirían a los inversionistas de Servicios Financieros de EE. UU. en un entorno regulatorio volátil en México es fundamental.

372. También es importante tener en cuenta que el testimonio del Sr. LaWare se centra en la protección que se otorga a los “bancos y otras empresas financieras estadounidenses en el mercado mexicano” y que tienen las obligaciones sustantivas que los Estados Partes del TLCAN tienen estructuralmente.

373. La representante de la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (SEC), Mary Schapiro, también presentó un testimonio convincente sobre estos temas. Ella presenta un análisis de tres puntos con la siguiente observación:

El TLCAN generalmente requiere que cada país otorgue *trato nacional* y *trato de la nación más favorecida* a proveedores e inversionistas de servicios financieros de otros países del TLCAN. Estos principios generales están sujetos a una serie de requisitos, incluyendo, lo que es más importante, una excepción prudencial que permite que un país del TLCAN mantenga o adopte medidas para proteja

a los inversionistas, mantenga la seguridad de las empresas financieras y garantice la estabilidad del mercado financiero.²⁵⁴

(énfasis nuestro).

374. Al igual que LaWare, la Sra. Schapiro hace referencia al predominio de trato nacional y NMF en el Capítulo de Servicios Financieros. Sin embargo, sugiere además que los estándares de protección de trato nacional y trato NMF están equilibrados por la estricta excepción de medidas prudenciales.

375. Al igual que LaWare, indica que la SEC considera que el TLCAN es un Acuerdo que no requiere que Estados Unidos incurra en obligaciones adicionales, mientras que hace que México en particular adopte el trato nacional y el trato NMF como estándares de protección que salvaguardarían a los posibles inversionistas de servicios financieros de EE. UU. en esa jurisdicción:

²⁵⁴ Testimonio de Shapiro, Audiencia ante la Comisión de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, Ciento Tercer Congreso, Serie No. 103-71 (28 de septiembre de 1993) en 10.

Permítanme concluir reiterando que, dado que las leyes de valores EE. UU. ya brindan el *trato nacional* y el *trato de la nación más favorecida* requerido por el TLCAN, y dado que el TLCAN establece específicamente una regulación prudencial de valores, el TLCAN no afectará la capacidad de la SEC de regular los mercados de valores de Estados Unidos o de hecho no requiere ningún cambio en absoluto en la normativa o leyes de valores de Estados Unidos.²⁵⁵

(énfasis nuestro).

376. Allene Evans presentó un testimonio en nombre del Grupo de Trabajo del TLCAN sobre la Asociación Nacional de Comisionados de Seguros. La comprensión de la Sra. Evans de la importancia del trato nacional y el estatus de NMF en el contexto más amplio del TLCAN, por no hablar del tema del testimonio, que se limitó al Capítulo 14 (Servicios Financieros), fue inequívoca:

El acuerdo generalmente establece principios que permiten el derecho a establecer operaciones en otros países del TLCAN para recibir *trato nacional* y estatus de *nación más favorecida*, participar en cierto comercio transfronterizo y contratar personal independientemente de su nacionalidad.

²⁵⁵

Id. en 11.

Estos principios permanecen sujetos de manera continua a una regulación prudencial para proteger al público y una reserva única de medidas de disconformidad. Además, existen limitaciones transitorias en las operaciones de seguros de Estados Unidos y Canadá en México.²⁵⁶

(énfasis nuestro).

377. Sobre el tema de la solución de controversias, observa que “debido a que el seguro está regulado fundamentalmente por los Estados [en referencia a los Estados que comprenden la unión de los Estados Unidos] y no por el Gobierno Federal, el TLCAN no prevé la participación del Estado en la solución de controversias”.²⁵⁷

378. Barry S. Newman, Subsecretario Adjunto de Asuntos Monetarios Internacionales, Departamento del Tesoro, testificó como representante del Departamento del Tesoro. El Sr. Newman se reportaba al Sr. Olin Wethington. Su testimonio concuerda con la declaración testimonial del Sr. Wethington sobre el papel central del trato nacional y el trato NMF en el Capítulo 14 del TLCAN. El testimonio del Sr. Newman subraya aún más la importancia de tener protecciones que permitan a los inversionistas de Servicios Financieros

²⁵⁶ Testimonio de Evans, Audiencia ante la Comisión de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, Ciento Tercer Congreso, Serie No. 103-71 (28 de septiembre de 1993) en 12.

²⁵⁷ *Id.* en 13.

para hacer cumplir los estándares de protección de trato nacional y trato de NMF.

379. El Sr. Newman habla de las “empresas estadounidenses” que hacen cumplir esos derechos. Su testimonio merece un minucioso escrutinio y consideración:

Las reglas garantizan derechos importantes para las empresas estadounidenses. Las disposiciones de *trato nacional* y *NMF* aseguran que las empresas de Estados Unidos sean tratadas de forma tan favorable como Canadá y México tratan a sus empresas nacionales o a las empresas de cualquier país. Las disposiciones sobre nuevos productos permitirán a las empresas financieras de Estados Unidos proporcionar los mismos productos y servicios en México y Canadá que aquí en casa, maximizando así la capacidad de utilizar sus ventajas competitivas muy fuertes.²⁵⁸

²⁵⁸ Testimonio de Newman, Audiencia ante la Comisión de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, Ciento Tercer Congreso, Serie No. 103-71 (28 de septiembre de 1993) en 35

380. Añade que “[l]as disposiciones transfronterizas garantizan que las empresas de Estados Unidos continúen realizando las operaciones transfronterizas actuales y proporcionen servicios a los clientes en México y Canadá que los solicitan”.²⁵⁹

381. No obstante, a pesar de la garantía de continuidad, subraya que ‘lo más importante es que el derecho de las empresas de Estados Unidos a establecerse en México y Canadá de manera no discriminatoria está garantizado’.²⁶⁰ La referencia a la base no discriminatoria en el contexto del Capítulo 14 (Servicios Financieros) es una alusión directa al trato nacional y al trato NMF.

382. Es enfático en la solución de controversias como crítico para asegurar que los estándares de protección del trato nacional y del trato NMF constituyan derechos sin posibilidades de recurrir.

383. En parte a este respecto, observa [e]n resumen, el acuerdo proporcionará reglas que aseguren el comercio justo en los servicios financieros en toda Norteamérica y *mecanismos de solución de controversias para respaldar estas reglas*” (énfasis añadido).²⁶¹

384. El Sr. Newman refuerza y corrobora aún más el testimonio del Sr. Wethington de que el Departamento del Tesoro encabezó las negociaciones del TLCAN de las cuales el Sr. Wethington fue el principal negociador.

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ *Id.*

²⁶¹ *Id.*

385. A este respecto, afirma que “[e]l éxito del TLCAN en los servicios financieros se debió en parte a cómo se negoció el capítulo. El equipo de negociación de Estados Unidos sobre servicios financieros en el TLCAN fue dirigido por el Departamento del Tesoro en banca y valores y el Departamento de Comercio para asuntos de seguros”.²⁶²

386. Durante la audiencia, el Presidente del Comité (Henry B. Gonzalez²⁶³) abrió una línea de investigación que buscaba un testimonio más preciso del Sr. Newman sobre los beneficios relativos más destacados para las Partes del TLCAN en general, pero para Estados Unidos y México en particular.

²⁶² *Id.* en 36.

²⁶³ El Sr. Henry B. Gonzalez fue miembro de la Cámara de Representantes desde 1961 hasta 1999.

387. El siguiente intercambio entre el Presidente y el Sr. Newman habla de los objetivos del Acuerdo y la intención de las Partes de contar con estándares de protección de trato robustos y exigibles.

Sr. Presidente: Sin embargo, hay una pregunta que me han planteado no solo varios miembros, algunos de los cuales han estado presentes durante la audiencia y otros que no, y es que sabemos y estamos de acuerdo en que el mercado de servicios financieros está abierto y ya ha sido abierto a inversionistas y empresarios mexicanos. Por otro lado, el mercado mexicano se ha mantenido en gran medida cerrado. Pero ahora México aparece y dice, oye, mira, vamos a abrir por primera vez y ambas partes afirman un gran auge. La pregunta es, ¿hay algo en este acuerdo

financiero del TLCAN que deba estar en el TLCAN que México no pueda hacer por sí solo unilateralmente? Es decir, todo lo que están haciendo es utilizar el TLCAN como un vehículo, y es lo que podrían hacer en cualquier momento, por lo que dicen.

Sr. Newman:

Claramente, México cree que es necesario tener una industria financiera eficiente y moderna si desea convertirse en un país desarrollado y próspero.

Ciertamente, podrían tomar estas medidas unilateralmente. Sin embargo, es extremadamente difícil abrir su sistema solo en una acción unilateral, y es mucho más fácil en el contexto de un acuerdo amplio, como el TLCAN, en el que puede argumentar, un

argumento persuasivo, que tiene un fuerte interés nacional *porque también obtendrá beneficios en otras áreas.*

Sr. Presidente: **Eso es todo. ¿Qué es el *quid pro quo?***

Sr. Newman: **Creo que un acuerdo que prevea el libre comercio para México en el mercado de Estados Unidos y en el mercado mexicano se considera que proporciona beneficios para todos en lugar de un acuerdo que simplemente preveía acciones unilaterales por parte de México en servicios financieros que se considerarían unilaterales.**

Sr. Presidente: Bueno, en realidad, esto es lo que he dicho desde el principio, que el consenso general es que este es *un acuerdo de comercio*, puro y simple, cuando, en realidad, *considero el impulso motor* que parte de la sección financiera y de valores más que cualquier otra cosa.

Pero de nuevo, ¿y si el TLCAN no está de acuerdo? ¿Qué hacer para evitar que México haga y acepte unilateralmente lo mismo que está haciendo bajo el TLCAN? Diciendo, “¿oye,” creemos que sería bueno para nosotros abrir nuestro mercado y lo haremos? ¿Y luego llegar a un acuerdo bilateral con los Estados Unidos ya que Estados Unidos ya ha indicado su voluntad a través del TLCAN?

Sr. Newman:

Los beneficios que *México obtiene en el área de servicios financieros - solo puedo hablar de eso - es la garantía de que las disposiciones de trato nacional, para transparencia, etc. y así sucesivamente se les aplicarán cuando estén en el mercado de*

los Estados Unidos. Y, además, si por casualidad los violamos, tienen un acuerdo de solución de controversias en el que podrán reparar sus quejas por violaciones de los Estados Unidos.

Si hicieran un TLCAN, un TLCAN mexicano, si lo desean, tomarían las medidas mexicanas, no tendrían las garantías en el mercado de los Estados Unidos y no tendrían un acuerdo de solución de controversias .

Sr. Presidente: **Creo que estamos tocando el meollo del asunto. Sr. Newman, usted mencionó que, de ese modo, México tendrá sus instituciones capaces de hacer negocios en los Estados Unidos de una manera y forma distinta a la que están [haciendo negocios] ahora. ¿Estoy interpretando eso correctamente?**

Sr. Newman: ***Tendrán garantías de que en el futuro no tomaremos medidas discriminatorias [protección del acuerdo nacional] contra las empresas mexicanas como resultado del TLCAN y que, si lo hiciéramos, tendrán un mecanismo por el cual resolver cualquier disputa.***

(énfasis nuestro).²⁶⁴

388. De este intercambio se desprenden tres proposiciones claras, entre muchas, por supuesto. Primero, la respuesta del Sr. Newman a la *pregunta quid pro quo* se basa en (i) reciprocidad de la norma de protección del trato nacional, y (ii) la aplicabilidad de esa norma a través del arbitraje internacional de inversionista-Estado.

389. En segundo lugar, es evidente que tanto el Sr. Newman como el Sr. Presidente están discutiendo los derechos de las entidades privadas (partes no estatales) para hacer valer cualquier reclamación que surja de un trato discriminatorio, es decir, violaciones del estándar de trato nacional.

390. En tercer lugar, es igualmente manifiesto que tanto el Sr. Presidente como el Sr. Newman están de acuerdo en que el “meollo del asunto”, la característica central que requiere un tratado o acuerdo y que no puede llevarse a cabo unilateralmente sin un tratado, o por fuerza de un mero acuerdo colateral, es la concesión de protección de trato nacional exigible. La idea es que tanto los inversionistas estadounidenses como los mexicanos tengan esta protección cuando invierten en el sector de Servicios Financieros del Estado anfitrión.

²⁶⁴ *Id.* a 42-43.

391. El testimonio aclara aún más estos puntos en el contexto de una dinámica de audiencias. En concreto, la investigación aborda del tipo de medidas de regulación o legislación que desencadenarían la aplicación de la norma de protección.

Señor Presidente: ¿Pero cuáles serían esas desventajas o restricciones que en el futuro podrían imponer los Estados Unidos?

Sr. Newman: Si tuviéramos que, por ejemplo, expandir los poderes de las instituciones estadounidenses, digamos que eliminaríamos Glass-Steagall, por casualidad, para que los bancos pudieran realizar actividades de banca de inversión, podríamos decir que empresas extranjeras - las empresas mexicanas, particularmente en el caso del TLCAN, no tendrían esos poderes. Violaríamos el principio del trato nacional.

*Sin un TLCAN,
México no podría
tener un mecanismo
de solución de
controversias. Con el
TLCAN, podría
tenerlo.*

(énfasis nuestro).²⁶⁵

392. Más adelante en el testimonio, el Sr. Newman explica que las violaciones de los estándares de protección de los inversionistas de los Servicios financieros permitirían directamente a los inversionistas de los Servicios financieros presentar reclamaciones por daños compensatorios contra el Estado anfitrión.

393. La referencia no es al arbitraje de gobierno a gobierno, que en cualquier caso no prevé daños compensatorios. El Sr. Newman se refiere a daños materiales en el contexto de ISDS y también en el contexto de los estándares de protección del Capítulo 14.

394. Hablando nuevamente sobre las instituciones financieras de los Estados Unidos, es decir, inversionistas de servicios financieros, el Sr. Newman testifica:

²⁶⁵ *Id.* en 43.

Además de las reglas básicas de servicios financieros, el TLCAN también contiene una serie de protecciones de inversión muy importantes para las empresas financieras estadounidenses . Por ejemplo, las inversiones del TLCAN en instituciones financieras no pueden estar sujetas a una expropiación irrazonable por parte de otro país del TLCAN.

Además, un país del TLCAN no tiene permitido restringir la transferencia de ganancias fuera de su territorio, excepto por razones cautelares. Cualquier violación de una protección de la inversión permitirá al inversionista interponer una acción directa contra el país infractor del TLCAN por el daño financiero causado por la violación, (énfasis nuestro).²⁶⁶

395. Todos los testigos están de acuerdo en la primacía de los estándares exigibles de protección de trato nacional y trato NMF en el Capítulo 14.

²⁶⁶ *Id.* en 109.

i. Relevancia de la transcripción de las audiencias ante el Comité de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos de la Cámara de Representantes el 28 de septiembre de 1993

396. La transcripción de la audiencia celebrada ante el Comité de la Cámara el 28 de septiembre de 1993 sobre el Capítulo 14 del TLCAN (Servicios financieros) no podría ser más clara.

397. Los estándares de protección del trato nacional y trato NMF del Capítulo 14 del TLCAN se consideraron dos de las tres características más importantes de ese Capítulo. La tercera fue la exigibilidad de esos derechos por parte de los inversionistas contra los Estados anfitriones por daños financieros presuntamente sufridos como resultado de una violación declarada de un estándar de protección de trato.

398. Como declaró el Sr. Ira Shapiro, Asesor Jurídico de la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos de los Estados Unidos, *no hemos depositado nuestra fe en el sistema judicial mexicano. Hay una serie de disposiciones en el TLCAN mediante las cuales los paneles arbitrales que no son el sistema judicial adjudican controversias*²⁶⁷

²⁶⁷ Testimonio de Shapiro, Audiencia ante la Comisión de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos, Cámara de Representantes, Ciento Tercer Congreso, Serie No. 103-71 (28 de septiembre de 1993) en 45.

399. Por lo tanto, tener derechos exigibles, y no derechos sin recursos, como la Demandada invita a este Tribunal a razonar, fue crítico para los negociadores del TLCAN con respecto al Capítulo de Servicios Financieros de ese Acuerdo. Por lo tanto, es fundamental y necesario para el TLC en este caso interpretar estándares de protección del trato del Capítulo 12 que son exigibles de conformidad con el arbitraje inversionista-Estado, en lugar de derechos sustantivos persistentes otorgados a los inversionistas, pero no todos exigibles por ellos.

e. La República de Colombia aceptó el TLCAN como plantilla para el TLC

400. Estados Unidos y Colombia consintieron en tener un Capítulo de Servicios Financieros que tendría protecciones sustantivas exigibles para esta clase vulnerable de inversionistas. Esos derechos exigibles incluyen el trato nacional (Art. 12.2) y NMF (Art. 12.3).

401. El testimonio ante el Comité habla manifiestamente del TLCAN como una plantilla para otros acuerdos de protección comercial en toda América Latina.²⁶⁸ Tal fue el caso aquí.

402. El Capítulo 12 del TLC se basa completa y textualmente en el Capítulo 14 del TLCAN. Este hecho no está en disputa. No puede ser. Los negociadores de la Demandada, es decir, la República de Colombia, aceptaron y no renegociaron ningún término material contenido en el Capítulo 14 del TLCAN para llegar al Capítulo 12 del TLC.²⁶⁹

²⁶⁸ *Ver supra* Si 176, indicando “[e]l TLCAN proporcionó la plantilla para los capítulos de servicios financieros de los acuerdos de libre comercio posteriores”.

Véase también el Informe del Comité Asesor de Política de Servicios (SPAC) sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (septiembre de 1992). Aquí adjunto como Anexo 031.

²⁶⁹ *Ver Anexo C-34 de los Demandantes que ilustra las diferencias y los puntos en común entre el Capítulo 14 (Servicios financieros) y el Capítulo 12 (Servicios financieros) del TLC.*

403. El equipo negociador de la Demandada no negoció diferencias significativas entre el Capítulo 11 (Inversión) del TLCAN y el Capítulo 10 (Inversión) del TLC. La diferencia más significativa entre el Capítulo 10 del TLC y el Capítulo 11 del TLCAN es que el Art. 10.4 (Trato de la nación más favorecida) del TLC contiene la calificación de la nota al pie 2.²⁷⁰

404. Debido a que los negociadores de la Demandada adoptaron el Capítulo 14 directamente del TLCAN, el testimonio del Sr. Wethington como el principal negociador de los Estados Unidos para el Capítulo 14 del TLCAN representa evidencia sustancial, si no la mejor, del objetivo de las Partes con respecto a ese Capítulo, así como el propósito y el contexto del mismo. Por lo tanto, su testimonio se aplica de manera derivada al Capítulo 12 del TLC.

405. La transcripción del testimonio en el Capítulo 14 de Servicios Financieros del TLCAN representa la mejor evidencia complementaria (después del texto y la estructura del acuerdo en sí) del contexto de negociación, el propósito y la intención del acuerdo con respecto a (i) primacía, (ii) aplicación, (iii) alcance, y (iv)

²⁷⁰ Ver Anexo C-35 de los Demandantes que ilustra las diferencias y los puntos en común entre el Capítulo 10 (Inversión) del TLC y el Capítulo 11 (Inversión).

Para mayor certeza, el trato con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducta, operación y venta u otra disposición de inversiones a que se refieren los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4 no incluye mecanismos de resolución de disputas, como los de Sección B, que se proporcionan en tratados de inversión internacional o acuerdos comerciales.

exigibilidad de los estándares de protección de trato nacional y trato NMF en el Capítulo 14 del TLCAN y, derivativamente, el Capítulo 12 del TLC.

406. El testimonio del Sr. Wethington es una evidencia complementaria única y material del contexto de negociación, el propósito y la intención con respecto a (i) primacía, (ii) aplicación, (iii) alcance y (iv) aplicabilidad de los estándares de protección del trato nacional y de trato NMF en el Capítulo 14 del TLCAN y, derivativamente, en el Capítulo 12 del TLC.

407. El lenguaje sencillo, el contexto de negociación, el propósito y la intención de las Partes establecen de manera convincente que Colombia y los Estados Unidos dieron su consentimiento para proporcionar a los inversionistas de Servicios Financieros el derecho de arbitrar el Art. 12.2 (Trato nacional) y otros estándares de protección que hubieran cumplido con la configuración y el alcance del Art. 12.3 (NMF). La intención y la funcionalidad práctica del Art. 12.2 (trato nacional) en el Capítulo 12 es precisamente para proporcionar un estándar de protección de trato exigible que estaría sujeto a arbitraje inversionista-Estado de conformidad con la incorporación de la Sección B del Capítulo 10 en el Capítulo 12.

408. Llegar a la conclusión de lo contrario es respaldar un derecho sin recurso, así como rechazar la evidencia textual y contextual, la evidencia de la práctica de tratados y la evidencia testimonial en la forma del objetivo, la historia y el contexto del TLC que sugiere lo contrario. Sería equivalente a atribuir solo un valor estético a la presencia del Art. 12.2 (trato nacional) dentro del funcionamiento de todo el TLC en general, y el

Capítulo 12 en particular. Las partes también consintieron en un estándar de protección de trato amplio y expansivo del Art. 12.3 (NMF).

409. La Demandada invita al Tribunal a eliminar del Capítulo 12 cualquier protección de este tipo, en parte, al negar a los inversionistas el derecho de hacer cumplir estos estándares de protección de trato que son fundamentales para el funcionamiento del Capítulo 12.

F. Informe de septiembre de 1992 del Comité Asesor en Políticas de Servicios para el Comercio sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

410. Como se hace referencia fugazmente en *supra* nota 123, el Comité Asesor en Políticas de Servicio (SPAC),²⁷¹ en septiembre de 1992 escribió un informe (“el informe de SPAC”) sobre el TLCAN. El SPAC corrobora aún más la primacía de un estándar de protección de trato nacional aplicable en el Capítulo 14 del TLCAN. Del mismo modo se corrobora el testimonio del Sr. Wethington que el TLC iba a servir como modelo para otros acuerdos y tratados en toda América Latina y más allá, por lo tanto, fundamentar el estatus del TLCAN como documentos de trabajo *de buena fe* en relación con el TLC:

*Entre los países en desarrollo, el trato nacional es más la excepción que la regla, lo que hace que el TLCAN sea aún más significativo. De hecho, el SPAC espera que el enfoque general para el manejo de servicios en el TLCAN sirva de modelo para otros acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales. Una vez que haya logrado este tipo de avance real, el SPAC ve las disposiciones del TLCAN como el punto de partida y el modelo para todas las negociaciones comerciales futuras.*²⁷²

²⁷¹ El (SPAC) es un comité asesor del sector privado que brinda asesoramiento al USTR y la Administración. Opera independientemente de USTR. La membresía en el SPAC es del sector privado y está aprobada por la Casa Blanca a partir de nombres propuestos por USTR y la Oficina de Personal Presidencial de la Casa Blanca. El documento es la opinión del SPAC sobre el TLCAN.

²⁷² Informe del Comité Asesor en Políticas de Servicios (SPAC) sobre el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, (*septiembre de 1992*) en 2.

411. En este sentido, el informe del SPAC también señala:

... La negociación exitosa del TLCAN sentará precedentes útiles para otras negociaciones como las contempladas en la Iniciativa Enterprise for the Americans, así como el GATT y quizás otras negociaciones comerciales bilaterales y/o multilaterales. En un sentido muy real, los servicios se han convertido en un “sine qua non” de las negociaciones comerciales debido a las disposiciones *fuertes y amplias* del TLCAN relativas al comercio en servicios.²⁷³

(énfasis nuestro, subrayado en el original)

412. El informe de SPAC enfatiza la exportación del estándar de protección de trato nacional a México como una característica fundamental del TLCAN. Es muy evidente por el lenguaje del informe de SPAC, como con el testimonio ante el Comité de la Cámara, que el estándar de trato nacional fue visto como un estándar de protección de trato exigible:

Históricamente los proveedores estadounidenses de servicios en general, ya sea servicios financieros, servicios profesionales, servicios de alojamiento, y todos los demás servicios, se han visto gravemente obstaculizados por normas y

²⁷³ *Id.* en 5.

prácticas mexicanas. Sin un TLCAN, los Estados Unidos han estado estrictamente limitados en la provisión de servicios en México. El trato nacional no ha sido un principio generalmente reconocido en México con respecto a los proveedores de servicios estadounidenses y, por lo general, se requería una presencia comercial como condición para la prestación de servicios en México.

En un avance histórico, el TLCAN eliminará en gran medida estas barreras para la mayoría de los servicios estadounidenses. Se brinda un trato nacional a todos los proveedores de servicios de EE. UU. en México, excepto a aquellos servicios específicamente exentos. Además, el “derecho de establecimiento” está garantizado por el TLCAN en las mismas condiciones, así como el derecho a vender la mayoría de los servicios a través de la frontera sin establecer primero una presencia comercial en México. Una vez más, esto se aplica a todos los proveedores de servicios de EE. UU., excepto a aquellos específicamente exentos.

**EVALUACIÓN ESPECÍFICA DE
CIERTAS DISPOSICIONES
RELEVANTES DEL TLCAN**

Los capítulos de servicios e inversiones del TLCAN describen los principios de cómo se tratará a las empresas de servicios cuando sus operaciones crucen las fronteras nacionales de los tres países. Cubren tanto la presencia comercial dentro de los mercados de otros signatarios del TLCAN como la provisión transfronteriza de servicios sin presencia comercial en el mercado de los clientes. *El principio rector es el “trato nacional”, que es el principio de que las operaciones en el extranjero deben ser tratadas de la misma manera o no menos favorables que las operaciones nacionales similares. Aunque tal vez parezca obvia la consecución del “trato nacional” entre México [sic] Canadá y los Estados Unidos para la mayoría de los servicios es en sí mismo un logro importante. Esto también se aplica al 'derecho de establecimiento' otorgado a las empresas del sector servicios en el TLCAN.*

(énfasis nuestro).²⁷⁴

413. El informe de SPAC reitera con una especificidad aún mayor la importancia de que se brinde un estándar de trato nacional exigible a los inversionistas en servicios financieros con respecto a la banca y los valores. Se observa que el TLC proporcionará una introducción gradual de acceso al mercado mexicano prácticamente cerrado por ambos bancos

²⁷⁴ *Id.* en 6-7. (énfasis nuestro).

estadounidenses y canadienses y *completo trato nacional dentro de ese mercado*".²⁷⁵

414. Asimismo, el informe SPAC subraya que “[*el trato nacional se asegurará a las empresas de valores que operan en México*”]. Esta observación concuerda con la narrativa del informe de SPAC sobre arreglos institucionales y procedimientos de solución de controversias (énfasis nuestro).²⁷⁶

415. Establece, en parte, que “el TLCAN, en un avance importante, protege los derechos de los inversionistas a través de un mecanismo de solución de controversias que *les permite a los inversionistas ir directamente al arbitraje internacional para disputas con el gobierno anfitrión*. El TLCAN también fortalece los procedimientos para obtener laudos vinculantes por daños monetarios y la aplicación de esas decisiones “ (énfasis nuestro).²⁷⁷

²⁷⁵ *Id. en 9. (énfasis nuestro)*

²⁷⁶ *Id. en 11.*

²⁷⁷ *Id. en 16-17.*

416. Al igual que con la historia del TLCAN prevista en la transcripción del testimonio ante el Comité de la Cámara, el informe de SPAC enfatiza el objetivo de proporcionar un estándar de protección de trato nacional que permita a los inversionistas de Servicios Financieros la oportunidad de obtener daños compensatorios contra un Estado anfitrión.

417. La impugnación de la Demandada al consentimiento sobre la base de su interpretación única del Art. 12.1.2 (b) simplemente no resiste el análisis sostenido. Colombia y los Estados Unidos dieron su consentimiento para proporcionar a los inversionistas de Servicios Financieros estándares de protección de trato en los Arts. 12.2 (Trato nacional) y 12.3 (NMF) que serían exigibles.

418. La Respuesta no cita a ninguna autoridad que proscriba el ejercicio del Art. 12.3 (NMF) a partir de la importación de un plazo de prescripción de cinco años a partir del Art. 11 (5) del TBI Colombia-Suiza. Asimismo, la Demandada no ofrece ninguna autoridad u otra premisa normativa que pueda caracterizar el ejercicio del Art. 12.3 (NMF) para aumentar el plazo de prescripción aplicable de tres a cinco años como cualquier otra cosa que no sea incorporar términos más favorables a un derecho existente.

419. De hecho, los casos en los que se basa la Demandada son los laudos habituales que representan correctamente la propuesta rudimentaria de que la práctica NMF debe evitar eludir explícitamente las restricciones jurisdiccionales para importar y crear derechos donde no existían. Los Demandantes afirman que esta autoridad no es apropiada.

420. En un enfoque similar de “cortar y pegar”, la Demandada hace referencia a laudos probados y verdaderos que enseñan correcta y comprensiblemente que la práctica de NMF no debe conducir a la reescritura o sustitución de una cláusula de solución de controversias estrecha por una más amplia. Aquí también, los Demandantes están de acuerdo con la proposición afirmada, pero agregan que no tiene aplicación para la importación de un plazo de prescripción más favorable en virtud de los hechos de este caso, como se analiza más detalladamente a continuación.

421. Finalmente, como es el caso en toda la Respuesta de la Demandada, la Demandada ignora que cualquier análisis NMF en este procedimiento debe considerar el contexto y el texto real de la disposición NMF en cuestión. En este sentido, la Demandada ignora que el Art. 12.3 (NMF) (i) se contextualiza en el Capítulo de Servicios Financieros de un TLC, y (ii) es distinto de su contraparte del Capítulo de Inversión (Art. 10.4) en formas que requieren una interpretación expansiva de su alcance y contenido.

422. En pocas palabras, los análisis de la Demandada son muy genéricos y no involucran la consideración requerida de las características particulares del (i) TLC, (ii) el lenguaje específico del Art.

12.3 (NMF), (iii) el contexto del Art. 12.3 (NMF) en un Capítulo de Servicios Financieros, o (iv) el funcionamiento de la disposición ISDS del Capítulo 10 en el contexto del Capítulo 12. El enfoque de la Demandada de manera consistente no es diferente del que (i) transfiere a los inversionistas de servicios financieros al Capítulo 10 (Inversión), (ii) los somete al Art. 10.4 con su respectiva Nota 2 al pie, (iii) proporciona a los inversionistas de Servicios Financieros solo dos estándares de protección exigibles (Artículos 10.7 [Expropiación] y 10.8 [Transferencias]), y (iv) elimina cualquier consideración del Capítulo 12. Este enfoque es simplemente insostenible, a pesar de su valor didáctico.

D. La gran mayoría de los laudos arbitrales sobre el tema respaldan y alientan la importación de derechos procesales de conformidad con una cláusula NMF

1. La Demandada no ofrece respuesta a los casos en los que se basan los Demandantes

423. El análisis de la Demandada de los laudos arbitrales dispositivos está indisolublemente ligado a su teoría interpretativa. Debido a que la Demandada opina que los estándares de protección del Capítulo 12 están prohibidos de cumplimiento por parte de inversionistas de Servicios Financieros, la Demandada piensa que “[l]a incorporación de un mecanismo de resolución de conflictos a través la cláusula NMF del Capítulo 12 sería contrario a los términos expresos del TLC”.²⁷⁸ En esta misma línea de pensamiento, la Demandada afirma que

²⁷⁸ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción 331.

[h]acer que los Demandantes confíen en la Cláusula NMF del Capítulo 12 para presentar reclamos por presuntas violaciones de protección que no están incluidas en 12.1.2 (b) sería - contrario a principios bien establecidos de interpretación de tratados - privar a esa disposición de *effet utile*". ²⁷⁹

424. Con base en este razonamiento y afirmación de que el TBI entre el Reino Unido y la República Checa presenta una "situación similar []", la Demandada se basa en gran medida en *A11Y LTD c. República Checa*²⁸⁰ para la proposición de que en tales circunstancias "las cláusulas NMF no crean consentimiento".²⁸¹

425. La dependencia de la Demandada en *A11Y LTD c. República Checa* está fundamentalmente equivocada. De hecho, los Demandantes alientan al Tribunal a consultar *A11Y LTD* con mucho cuidado. Fomenta la proposición de que el uso por parte de las Demandantes de la cláusula NMF del Art. 12.3 en este asunto es apropiado y está de acuerdo con el consentimiento de las Partes.

²⁷⁹ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción: 332 [citas omitidas].

²⁸⁰ *A11Y LTD c. República Checa*, Caso CIADI No. UNCT /15/1, Decisión sobre Jurisdicción (9 de febrero, 2017).

²⁸¹ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción: 333.

426. Hay cinco razones por las que está fuera de lugar la dependencia de la Demandada en *A11Y LTD*. Sin embargo, como predicado de cualquier análisis, primero debe observarse que en *A11Y LTD* el Tribunal determinó que había consentimiento y que tenía jurisdicción sobre todos los estándares de protección sustantivos contenidos en la cláusula de solución de controversias del TBI, Art. 8. El Tribunal concluyó que “[e]n resumen, el Tribunal sostuvo que tiene jurisdicción sobre presuntas violaciones de los Artículos 2(3), (4), (5) y (6) del Tratado, pero no por violaciones de otros artículos del Tratado”.²⁸² En particular, lo que está en cuestión es el alcance del consentimiento.

427. Primero, en el Art. 12.1.2 (b), la Sección B del Capítulo 10 se importa al Capítulo 12 y, a este respecto, se pone a disposición de los inversionistas en Servicios Financieros. Además, el Art. 12.1.2 (b) solo limita las disposiciones sustantivas del Capítulo 10 que se ponen a disposición de esta clase particular de inversionistas.

428. En *A11Y LTD*, la disposición de solución de controversias en cuestión (Art. 8 del TBI entre el Reino Unido y la República Checa) pretendía enumerar, y de hecho enumeró, todas las disposiciones procesables del TBI.²⁸³

²⁸² *A11Y LTD*, ¶ 90.

²⁸³ La disposición sobre solución de diferencias en litigio en virtud del TBI Reino Unido-Chequia, Art. 8(l) dice-

(l) Las controversias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte contratante sobre una obligación de este último en los artículos 2(3), (4), (5) y (6) de este Acuerdo en relación con una inversión de la primera que no se haya resuelto amigablemente, después de un período de cuatro meses a

429. Segundo, la importación de un plazo de prescripción de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza difiere materialmente de la práctica NMF en cuestión en *All Y LTD*. Allí, el Demandante buscó en efecto crear un universo completamente nuevo de obligaciones exigibles que, bajo ninguna hipótesis razonable de hecho, ley o lógica pudieran conciliarse con la disposición de solución de controversias (Art. 8(l)) del TBI Reino Unido-República Checa.

430. El significado muy claro del Art. 8 del TBI entre el Reino Unido y la República Checa no es susceptible de ninguna interpretación que no sea que los derechos procesales de ISDS son aplicables a los cuatro estándares de protección de trato específicos identificados en ese TBI. La importación de la disposición similar del TBI holandés-checo sería similar a reescribir y expandir el Art. 8(1) agregando a la lista de estándares de protección de trato recurribles en lugar de simplemente ejercer la práctica NMF para lograr condiciones más favorables de los derechos ya establecidos de arbitraje en virtud del Tratado. Ese no es el caso.

partir de la notificación por escrito de una reclamación, se someterá a arbitraje de conformidad con el párrafo (2) a continuación si cualquiera de las Partes en la controversia así lo desea.

431. La configuración del Art. 12.1.2(b) es materialmente diferente del Art. 8 del TBI del Reino Unido y la República Checa. Además, el ejercicio del Art. 12.3 (NMF) para importar un plazo de prescripción de cinco años versus un período de tres años desde el TBI entre Colombia y Suiza simplemente no es análogo a sustituir toda la disposición de solución de controversias contenida en el Art. 8 del TBI entre el Reino Unido y la República Checa por la cláusula de solución de controversias similar establecida en el tratado Holanda-República Checa.

432. Tercero, incluso asumiendo y adoptando simplemente en forma hipotética en aras de la discusión la interpretación problemática de la Demandada del Art. 12.1.2(b), el razonamiento y el fallo de *A11Y LTD*, aún no obligarían a una conclusión de que no hay consentimiento. La aplicación del análisis *de A11Y LTD* bajo este escenario hipotético excluiría la importación de un trato justo y equitativo del TBI entre Colombia y Suiza, pero aún habría consentimiento para arbitrar el Art. 10.7 (Expropiación y compensación) según lo establecido en el Art. 12.1.2 (b).²⁸⁴

433. Cuarto, de particular interés es el razonamiento del Tribunal en *A11Y LTD* sobre el ejercicio de cláusulas NMF para importar disposiciones de solución de controversias procesales. El Tribunal observó:

²⁸⁴ Ver *supra*, nota 144, citando la Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción: 300, n. 670.

97. Una revisión de las decisiones arbitrales sobre el tema del alcance de la cláusula NMF revela que, cuando los tribunales se han negado a aplicar la cláusula NMF a la solución de controversias, la *ratio decidendi* era que (i) se invocó la cláusula NMF para evitar consideraciones de política pública tales como la sustitución del consentimiento para arbitrar donde no exista ninguno en el Tratado básico, y / o (ii) su ámbito de aplicación estaba limitado por la redacción utilizada en el Tratado aplicable. Esto es consistente con la conclusión del Grupo de Estudio CIT de que *“las disposiciones de solución de diferencias, por definición, son casi siempre capaces de ser incorporadas en un acuerdo de inversión en virtud de una disposición de NMF”*.

(énfasis en el original).²⁸⁵

434. El Tribunal de *A11Y LTD* se alinea con la autoridad que posee, en cualquier caso, salvo cuando una disposición NMF está expresamente restringida, como en el caso del Art. 10.4, NMF, la práctica prevé la importación de derechos procesales.

²⁸⁵ Citando al Informe Final de la Comisión de Derecho Internacional sobre el Grupo de Estudio de la Cláusula de Nación Más Favorecida, CL-70.

435. Quinto y finalmente, incluso cuando *A11Y LTD* se interpreta a la luz más favorable para la Demandada, lo cual no debería ser, el consentimiento para arbitrar la expropiación está presente porque la inclusión de un plazo de prescripción de cinco años difícilmente puede caracterizarse como la creación de nuevos derechos, como que una cláusula NMF hubiera sido “invocada para anular las consideraciones de política pública”.²⁸⁶

436. La Demandada también pone un énfasis considerable en *European American Investment Bank AG (Austria) (EURAM) c. República Eslovaca*.²⁸⁷ En este caso, como con *A11Y LTD*, lo que está en juego es el ejercicio de la práctica NMF que busca por completo destripar y suplantar una cláusula de solución de controversias que se aplica claramente a solo dos estándares de protección de trato.

437. Específicamente, la Demandante en *EURAM* trató de eludir los derechos procesales limitados previstos en la cláusula de solución de controversias del TBI Austria-República Checa y Eslovaca. La Demandante se involucró en la práctica NMF para “complementar” esos derechos circunscritos al importar el alcance irrestricto ISDS “[c]ualquier disputa” de las disposiciones de solución de controversias contenidas en

²⁸⁶ *Id.* ¶ 97.

²⁸⁷ *European American Investment Bank AG (Austria) (EURAM) c. República Eslovaca*, PCA No. 2010-17 (Laudo sobre Jurisdicción) (22 de octubre de 2012).

los TBI Hungría-República Eslovaca y República Eslovaca-Croacia.²⁸⁸

438. Después de examinar cuidadosamente los contornos de los laudos arbitrales que abordan la medida en que una cláusula NMF puede afectar una disposición de solución de controversias, el Tribunal observó que los laudos arbitrales son menos que consistentes tanto en sus conclusiones como en *ratio decidendi*. Señaló además que “[mientras] el Tribunal se ha basado en el razonamiento en los diversos laudos, según corresponda, no se sintió obligado a seguir ninguna línea particular de laudos”.²⁸⁹

439. El Tribunal realizó un análisis de tres puntas. Primero, razonó que debido a que la cláusula NMF en cuestión se encuentra en el grupo de disposiciones sustantivas y está redactada de la misma manera que otras disposiciones sustantivas ... no pretendía ser capaz de transformar el ámbito y el alcance de la disposición de arbitraje inversionista-Estado”.²⁹⁰

440. En segundo lugar, encontró apoyo analítico en los *travaux préparatoires* de las disposiciones NMF y de solución de diferencias, y concluyó que los Estados Partes no tenían la intención de que la disposición [NMF] tuviera el potencial de transformar el alcance de la [cláusula de solución de controversias]”.²⁹¹

²⁸⁸ Ambos tratados contenían disposiciones de solución de controversias desenfrenadas que cubren “[cualquier disputa] entre las partes. Los hechos del procedimiento ante este Tribunal son diferentes.

²⁸⁹ *EURAM*; ¶ 437.

²⁹⁰ *Id.* ¶ 452.

²⁹¹ *Id.* ¶ 454.

441 En tercer y último lugar, se ponderó el hecho de que la Demandante “no pudo establecer que las Partes trataron de adoptar una disposición NMF capaz de expandir el alcance de su acuerdo sobre el arbitraje inversionista-Estado - es que el *travaux* no aportó ninguna ayuda a la interpretación, en el mejor de los casos, de la Demandante”.²⁹²

442. La disposición sobre solución de controversias del Art. 8 contenida en el TBI Austria-República Checa-Eslovaca es estructuralmente diferente del Art. 12.1.2 (b). Limita claramente la aplicación de los estándares de protección del trato a las transferencias y expropiaciones. En ese caso, no había una estructura de Capítulo separada y distinta en la que se importaran derechos y obligaciones. Del mismo modo, no se trataba de una disposición NMF separada y distinta de una disposición similar en un Capítulo de Inversión. Es comprensible que el análisis en *EURAM* tenga lugar en relación con una estructura de TBI muy estándar.

²⁹²

Id

443. Está separada del Art. 12.1.2 (b), que es una disposición de alcance que incorpora estándares sustantivos de protección de un Capítulo de Inversión en un Capítulo de Servicios Financieros que carecía de tales disposiciones.

444. Aquí también, incluso donde la interpretación de la Demandada del Art. 12.1.2 (b) se asume, la decisión de *EURAM* no explica cómo la importación de un plazo de prescripción de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza “transformaría” el Art. 12.1.2 (b) de alguna manera análoga a lo que habría sido la transformación absoluta del alcance de la disposición de solución de controversias del TBI Austria-República Checo-Eslovaca de convertir dos estándares de protección exigibles en una posición prácticamente desenfrenada que abarque “cualquier disputa” sin calificación. Además, la cláusula NMF en *EURAM* no estaba en un Capítulo de Servicios Financieros separado o en una estructura de tratado comparable para promover la protección de una clase distinta de inversionistas separados de todos los demás inversionistas.

445. Al igual que con el análisis en *A11Y LTD*, incluso cuando el análisis de la Demandada se adopta textualmente, el Art. 10.7 (Expropiación y compensación) disposición incorporada en el Art. 12.1.2 (b) sobrevive y demuestra como mínimo el consentimiento de las Partes para arbitrar ese reclamo.

446. La dependencia de la Demandada en *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*²⁹³ no proporciona ninguna claridad conceptual ni sustento jurídico. Ese caso, al igual que *A11Y LTD* y *EURAM*, también se refiere a una cláusula de solución de controversias restrictiva en una estructura TBI estándar. En cuestión estaba la interpretación del Art. 4(3) del TBI Alemania-Bulgaria. El TBI Alemania-Bulgaria solo establece ISDS en relación con un estándar de protección de trato: expropiación.²⁹⁴

447. Entendiendo que “el objeto y propósito del TBI no requería 'un enfoque amplio o restrictivo para la interpretación de sus disposiciones para el arbitraje”,²⁹⁵ el Tribunal razonó correctamente que no había *un análisis en lenguaje sencillo u otra evidencia* que sugiriera ‘la aplicación o no aplicación de la cláusula NMF al mecanismo de solución de controversias”.²⁹⁶

²⁹³ *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, (CNUDMI), PCA No. de caso 2011-06 (Laudo sobre Jurisdicción) (18 de julio de 2013).

²⁹⁴ El artículo 4(3) en la parte pertinente dice:

Si no se llega a un acuerdo dentro de los tres meses posteriores al comienzo de las consultas, el monto de la compensación, a solicitud del inversionista, se revisará en un procedimiento debidamente constituido de la Parte Contratante que ha llevado a cabo la medida de expropiación, o por medio de un tribunal arbitral internacional.

(énfasis nuestro).

²⁹⁵ *ST-AD GmbH c. República de Bulgaria*, (CNUDMI), Caso PCA No. 2011-06 (Laudo sobre Jurisdicción) (18 de julio de 2013) en 384.

²⁹⁶ *Id.* en 392.

448. Al analizar el Art. 4(5), la cláusula NMF en cuestión, el Tribunal atribuyó considerable importancia a la frase “trato en el territorio de la otra Parte Contratante” (énfasis nuestro). Concluyó que dicho lenguaje “no puede conciliarse con un procedimiento arbitral internacional, que no esté enraizado en el territorio”.²⁹⁷ (énfasis nuestro). Comprensiblemente, el Tribunal razonó que las Partes solo consintieron en arbitrar la cuestión de la indemnización derivada de la expropiación y que, de manera similar, esos derechos procesales no podían ampliarse a fuerza de una cláusula NMF correspondientemente estrecha. No existe una calificación comparable a la palabra “trato” en el sentido del Art. 12.3 (NMF).

449. La autoridad que cita la Demandada es extremadamente útil. Los Tribunales en *A11Y LTD*, *EURAM*, y *ST-AD* rechazan todos al unísono una visión apriorística sobre la medida en que los derechos procesales de arbitraje pueden verse afectados por una cláusula NMF. Este común denominador compartido por esta autoridad es analíticamente sólido y de aplicación práctica inmediata al procedimiento ante el Tribunal.

450. Estos tres Tribunales se centraron en el lenguaje particular, el contexto y el objeto de la disposición correspondiente de solución de controversias y la cláusula NMF. Por otra parte, los tres tribunales reconocieron que no hay jurisprudencia monolítica o “*constante*” que referencialmente puede servir como una prueba de fuego sobre este tema.²⁹⁸

²⁹⁷ *Id.* en 394.

²⁹⁸ Ver *A11Y LTD c. República Checa*, Caso CIADI No. UNCT/15/1, Decisión sobre jurisdicción (9 de febrero de 2017); *European American Investment Bank*

451. Esta observación es particularmente relevante aquí porque la disposición del Art. 12.3 (NMF) está contenida en el Capítulo de Servicios Financieros de un TLC. Como se dijo anteriormente, este problema es de primera impresión. Del mismo modo, el funcionamiento de la disposición del alcance del Art. 12.1.2 (b) en relación con los Capítulos 10 y 12 del TLC presenta una cuestión de primera impresión con respecto a la cual se ha ofrecido testimonio y otras pruebas. La recitación genérica de autoridad de la Demandante pasa por alto estas consideraciones, al igual que prácticamente la totalidad de la Respuesta.

452. El análisis correspondiente aquí, como el Tribunal es plenamente consciente, necesariamente tendrá que considerar la intención de las Partes y los objetivos del TLC y el Capítulo 12 al examinar el significado ordinario y las restricciones, y su falta de acuerdo con las cláusulas NMF en el Capítulo 10 (Art. 10.4 y Nota 1), en *pari materia* con la disposición NMF del Capítulo 12 (Art. 12.3). Además, se debe considerar la práctica de tratados de las Partes para calificar los derechos y obligaciones dentro del TLC y más allá, junto con el propósito y los objetivos del TLC. La declaración testimonial y la declaración testimonial complementaria del Sr. Olin Wethington proporciona tanto una opinión pericial como el testimonio de los hechos sobre la intención de las Partes, los objetivos, del Capítulo 12 y el contexto circundante con respecto al TLCAN.

AG (Austria) (EURAM) c. República Eslovaca, PCA No. 2010-17 (Laudo de Jurisdicción) (22 de octubre, 2012); y ST-AD GmbH c. República de Bulgaria, (CNUDMI), Caso PCA No. 2011-06 (Laudo sobre Jurisdicción) (18 de julio de 2013).

453. Además, el análisis del tribunal de *A11Y LTD* es particularmente útil porque en ese procedimiento, aunque el argumento de la Demandante para expandir la disposición de solución de controversias no fue aceptado legítimamente según los hechos de ese caso, el Tribunal determinó que las Partes habían consentido en arbitrar las cuatro reclamaciones contenidas en el TBI entre el Reino Unido y la República Checa. Como se mencionó anteriormente, incluso adoptando las opiniones de la Demandada sobre el alcance y la aplicación de los Arts. 12.1.2 (b), 12.2 (Trato nacional) y 12.3 (NMF), el consentimiento para arbitrar la expropiación y compensación de conformidad con la incorporación del Art. 10.7 en el Art. 12.1.2(b), aún estaría presente.

454. Por lo tanto, incluso donde, en aras del argumento, se adopta la teoría interpretativa de la Demandada, lo que está en cuestión sería solo el *alcance del consentimiento* y no si hay consentimiento, como fue el caso en *A11Y LTD*.²⁹⁹ De conformidad con este contexto específico, la Demandada no solo ignora el consentimiento claro incluso bajo el paraguas de sus propios argumentos, sino que tampoco demuestra la manera en que el ejercicio del Art. 12.3 (NMF) para importar derechos procesales y de otro tipo del TBI entre Colombia y Suiza para aumentar el plazo de prescripción de tres a cinco años no es más que el ejercicio legítimo de la disposición NMF para importar condiciones más favorables relacionadas con los derechos existentes. Difícilmente sea un esfuerzo frustrar el consentimiento de las Partes a través de la importación de derechos para los cuales no podría haber habido consentimiento porque tales derechos no existían.

E. La Demandada combina la importación de derechos procesales con el ejercicio de una cláusula NMF para crear el consentimiento

455. La Demandada rechaza sumariamente a seis de los once casos en los que se apoyan las demandantes en razón de que “esos casos trataban sobre intentos de los Demandantes de importar cláusulas de resolución de disputas más favorables de otros tratados”. Los cinco casos restantes simplemente se ignoran. Este argumento afirma además que [e]n los seis casos, la cláusula de solución de controversias en el tratado subyacente ya dio su consentimiento al arbitraje para los

²⁹⁹ Ver 426 *et seq.* Véase también RLA-0072 (Decisión sobre jurisdicción), ¶108)

tipos de reclamos presentados, y los Demandantes simplemente buscaron anular *condiciones* menos favorables al arbitraje en el tratado subyacente”, que la Demandada identifica como “el requisito de que el reclamante primero presente sus reclamos a los tribunales locales, antes de iniciar un arbitraje internacional.”³⁰⁰ La Demandada luego caracteriza la importación de derechos procesales en estos casos como una práctica NMF con respecto a la cual “ninguno de los seis casos citados por los Demandantes fueron

³⁰⁰ Ver Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción: 345, n. 730, que proporciona-

Ver Memorial de los Demandantes (PCA), ¶ 339-373 (citando CLA-0031, *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB / 97 / 7 (Orrego Vicuña, Buergenthal, Wolf), Decisión sobre jurisdicción, 25 de enero de 2000 (“*Maffezini*”); CLA-0081, *Siemens AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 02/8 (Rigo Suerda, Brower, Bello Janeiro), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2004 (“*Siemens*”); CLA- 0056, *National Grid, PLC c. República Argentina*, CNUDMI (Rigo Sureda, Devevoise Garro), Decisión sobre jurisdicción, 20 de junio de 2006 (“*Decisión National Grid*”); CLA- 0086, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA e Inter Aguas Servicios Integrales del Agua SA c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 03/17 (Salacuse, Kaufmann-Kohler, Nikken), Decisión sobre Jurisdicción, 16 de mayo de 2006 C. *Suez* Decisión sobre Jurisdicción “); CLA-0008, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA y Vivendi Universal SA, c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 03/19 (Salacuse, Kaufmam-Kohler, Nikken) y *AWG Group Ltd. c. República Argentina*, CNUDMI (Salacuse, KaufmamrKohler, Nikken), Decisión sobre Jurisdicción, 3 de agosto de 2006 (“*AWG* Decisión sobre Jurisdicción”); CLA-008, *Impregilo SpA c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 07/17 (Danelius, Brower, Stern), Laudo, 21 de junio de 2011 (“*Impregilo-Argentina*”).

(énfasis en el original).

demandantes que buscaban importar *consentimiento a arbitraje*".³⁰¹

456. El análisis de la Demandada está fuera de lugar por dos razones fundamentales. Primero, la Demandada asume erróneamente que el Art. 12.1.2 (b) hace que no se puedan hacer cumplir todos los estándares de protección de inversionistas de Servicios Financieros en el Capítulo 12. Por lo tanto, la Demandada concluye que el Art. 12.2 (Trato nacional) y otras disposiciones del Capítulo 12 (Servicios financieros) no están sujetas a la Sección B como se incorpora al Capítulo 12 mediante el Art. 12.1.2 (b). En segundo lugar, la importación de un plazo de prescripción más favorable de tres a cinco años no es más que un trato más favorable de un derecho ya existente.

³⁰¹ *Id. (énfasis en el original)*

i. El trato justo y equitativo es una obligación básica del Capítulo 12.

457. Además, de conformidad con el análisis de la Demandada, el ejercicio de usar el Art. 12.3 (NMF) para importar un trato justo y equitativo del TBI entre Colombia y Suiza entra en conflicto con el alcance restrictivo del Art. 12.1.2 (b), que según la interpretación de la Demandada solo otorga a los inversionistas de Servicios financieros dos estándares de protección: Arts. 10.7 (Expropiación y compensación), y 10.8 (Transferencias).

458. La proposición de que ejercer el Art. 12.3 (NMF) para importar el trato justo y equitativo en el artículo 4 (2) del TBI Colombia-Suiza es la fabricación de un derecho inexistente en lugar de la mejora de las disposiciones sustantivas y los estándares de protección existentes, simplemente extrae del TLC la totalidad del Capítulo 12. Como ya se detalló anteriormente en la Parte II, 3., párrafos a. al h., el Capítulo 12 *incluye* estándares de protección similares tanto al derecho internacional consuetudinario como a las iteraciones del derecho internacional convencional del estándar de protección del trato justo y equitativo (“FET”).

459. Cuatro artículos son particularmente notables a este respecto: Artículos 12.4 (Acceso al mercado para instituciones financieras), 12.5 (Comercio transfronterizo), 12.10 (4) (Excepciones) y 12.11 (Transparencia y administración de ciertas medidas). Todas estas cuatro disposiciones requieren un trato conceptualmente indistinguible de FET. Estas disposiciones infunden en el Capítulo 12 obligaciones de protección sustantivas para las Partes contratantes que

crean los derechos correspondientes en poder de los inversionistas en Servicios financieros. Las cuatro disposiciones se basan en *“no discriminación, buena fe”* y *“trato equitativo”* de los inversionistas e inversiones en servicios financieros.

460. De hecho, incluso una lectura superficial de estas disposiciones demuestra que proporcionan a los inversionistas de Servicios Financieros derechos que se relacionan directamente con el funcionamiento técnico y el contenido de FET. El artículo 12.11 (Transparencia y administración de ciertas medidas), a modo de ejemplo, solo tiene como objetivo proporcionar a los inversionistas el derecho a que se cumplan sus expectativas a través del principio de transparencia, y un derecho administrativo a que los derechos de establecimiento del mercado se procesen debidamente.

461. El Art. 12.10 (*Excepciones*) está plagado de referencias a *“la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de medidas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras o de los proveedores transfronterizos de servicios financieros”*³⁰ (énfasis nuestro). Estos

³⁰² El Artículo 12.10.3 dice:

No obstante lo dispuesto en los Artículos 10.8 (Transferencias) y 11.10 (Pagos y Transferencias) en los términos en que se incorpora a este Capítulo, una Parte podrá impedir o limitar las transferencias de una institución financiera o de un proveedor transfronterizo de servicios financieros a, o en beneficio de, una persona afiliada o relacionada a dicha institución o proveedor, a través de la aplicación equitativa, no

estándares evidencian las obligaciones que las Partes contratantes acordaron y aceptaron cumplir.

462. Del mismo modo, el Art. 12.11.2 y 12.11.4 se refieren directamente a la aplicación de “medidas no discriminatorias de aplicación general”³⁰³ y “al requisito de que [otras medidas] no [se apliquen] de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable”.³⁰⁴

discriminatoria y de buena fe de medidas relacionadas con el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras o de los proveedores transfronterizos de servicios financieros. Este párrafo no prejuzga respecto de cualquier otra disposición de este Acuerdo que permita a la Parte restringir las transferencias.

(énfasis nuestro).

³⁰³ El Artículo 12.10.2 dice-

Ninguna disposición en este Capítulo o en los Capítulos Diez (Inversión), Catorce (Telecomunicaciones) o Quince (Comercio Electrónico), incluyendo específicamente los Artículos 14.16 (Relación con Otros Capítulos) y 11.1 (Alcance y Cobertura) con respecto al suministro de servicios financieros en el territorio de una Parte por una inversión cubierta, *se aplica a las medidas no discriminatorias de carácter general adoptadas por cualquier entidad pública en cumplimiento de políticas monetarias y políticas conexas de crédito o cambiarias.* Este párrafo no afectará a las obligaciones de una Parte de conformidad con el Artículo 10.9 (Requisitos de Desempeño) con respecto a las medidas cubiertas por el Capítulo 10 (Inversión) o bajo el Artículo 10.8 (Transferencias) ó 11.10 (Pagos y Transferencias).

(énfasis nuestro).

³⁰⁴ El Artículo 12.10.4 dice-

Para mayor certeza, nada en este Capítulo se interpretará para evitar que una Parte adopte o haga cumplir las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes o regulaciones que no sean inconsistentes con este

463. La importación de FET no es la incorporación de derechos no existentes que violarían el consentimiento de las Partes. Los cuatro artículos a los que se hace referencia aquí ilustran que las Partes consintieron en establecer derechos muy parecidos a los FET, de modo que la importación de esta norma de protección de trato específica del Artículo 4(2) del TBI entre Colombia y Suiza es solo una mejora más favorable de premisas locales existentes que comprenden el Capítulo 12.

464. En segundo lugar, la caracterización de la Demandada de los seis casos en cuestión³⁰⁵ como simplemente buscando “anular condiciones menos favorables”³⁰⁶ conforme a la importación de predicados jurisdiccionales menos onerosos, ignora que el objetivo principal de los Demandantes en el ejercicio del Art. 12.3 (NMF) consiste en extraer del TBI Colombia-Suiza un plazo de prescripción de cinco años.

465. La propia aplicación de la Demandada de las palabras “para importar *consentimiento* al arbitraje” es tan hostil a la utilización del Art. 12.3 (NMF) para garantizar un plazo de prescripción de cinco años en

Capítulo, incluidas las relacionadas con la prevención de prácticas engañosas y fraudulentas o para tratar los efectos de un incumplimiento en los contratos de servicios financieros, sujeto al requisito de que tales medidas no se apliquen de manera que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalecen condiciones similares, o una restricción encubierta a inversión en instituciones financieras o comercio transfronterizo de servicios financieros.

³⁰⁵ *Ver supra* nota 22.

³⁰⁶ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶ 345. (énfasis en el original).

lugar de tres, como lo es cuando se trata de la importación de disposiciones de solución de controversias de otro tratado que no requiere un agotamiento específico de la reparación. Dentro de un marco NMF en general, y ciertamente en el contexto de las particularidades relacionadas con el Art. 12.3 (NMF), no hay diferencia material o conceptual.

466. En aras de la exhaustividad, la Demandada misma reconoce que incluso bajo su lectura del Art. 12.1.2 (b), el consentimiento para arbitrar por parte de los inversionistas en Servicios Financieros no puede ser disputado porque el Art. 10.7 está cubierto por la Sección B dentro del marco del Art. 12.1.2 (b).³⁰⁷

1. La Demandada ignora la vasta autoridad que analiza el término “trato” como un estándar autónomo

467. La Demandada dedicó una parte considerable de su presentación escrita *ratione voluntis* al análisis del laudo del Tribunal en un esfuerzo por fundamentar la proposición de que de alguna manera el Art. 12.3 (NMF) se está utilizando “para importar el consentimiento” al reescribir el Art. 12.1.2 (b).³⁰⁸ Al hacerlo, la Demandada ignora la proposición muy básica de que la mayoría de los laudos arbitrales que interpretan la terminología de “trato” no calificada en las

³⁰⁷ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶ 345. (énfasis en el original).

³⁰⁸ *Supra* en la nota 144, citando la Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción ¶ 300, n. 670.

cláusulas NMF permiten el uso del trato NMF para importar derechos procesales. ³⁰⁹

³⁰⁹ *Id.* 323-352. A modo de ejemplo, la Demandada afirma que “[los demandantes invocan la Cláusula NMF del Capítulo 12 (es decir, Art. 12.3) en un intento de superar las limitaciones jurisdiccionales que excluyen del arbitraje su trato nacional y justo y reclamos de trato equitativo bajo el TLC”. *Id.* ¶ 323; Colombia “Colombia demuestra que: a) los Demandantes no pueden usar la Cláusula NMF del Capítulo 12 para crear un consentimiento que de otro modo no existiría para arbitrar reclamos basados en el trato nacional y disposiciones de trato justo y equitativo del TLC [cita omitida]; y b) los Demandantes no pueden confiar en la Cláusula NMF del Capítulo 12 para presentar reclamos basados en las disposiciones de trato justo y equitativo y expropiación del TBI Colombia-Suiza [cita omitida] “ *Id.* 1 326 y citando *Hochtief c. Argentina* por la proposición de que “la cláusula NMF no es un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y deberes totalmente distintos, es un principio aplicable al ejercicio de los derechos y deberes que realmente están garantizados por el TBI en el que se encuentra la cláusula NMF”. *Id.* 1 340 n. 727 citando *Hochtief c. Argentina* (Decisión sobre jurisdicción), | 81)

³⁰⁹ Cabe señalar que, de conformidad con la legislación nacional de la República de Colombia, un plazo de prescripción no se considera procesal ni sustantivo. Correctamente cae, bajo su jurisprudencia, en una tercera categoría híbrida que define el período de limitaciones en sí. La Corte Suprema Constitucional de Colombia ha afirmado que “el periodo de limitaciones es en sí mismo una institución que no puede clasificarse con precisión como parte de ninguno de estos dos campos: derecho sustantivo o derecho procesal. Por lo tanto, no existe conflicto entre el Artículo 2539 del *Código Civil* y el Artículo 90 del *Código de Procedimiento Civil* “. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia No. C-543/93.

El original en español dice:

La prescripción se estructura o integra dentro del proceso. Es claro que no invade el derecho procesal una esfera ajena, cuando reglamenta asuntos atinentes a la prescripción, que ocurre dentro del proceso. Pues, como se ve, la prescripción es institución que no puede encuadrarse exclusivamente en uno de estos campos, el correspondiente al derecho exclusivo y el derecho procesal. No existe contradicción entre los artículos 2539 del *Código Civil* y 90 del *Código de Procedimiento Civil*. En realidad, las dos normas se complementan armoniosamente, pues la segunda se concreta de manera regular lo preocupante a la interrupción de la prescripción

468. Los Tribunales en *Siemens AG c. La República Argentina*,³¹⁰ y *AWG c. La República Argentina*,³¹¹ analizaron elocuentemente esta propuesta.

469. En *Siemens*, el Demandante intentó importar el derecho procesal de presentar directamente un reclamo arbitral sin la condición suspensiva de solicitar un recurso judicial en los tribunales locales de conformidad con el TBI entre Argentina y Chile.

470. El Tribunal desestimó la objeción jurisdiccional de que la cláusula NMF en el TBI subyacente, que carecía de calificaciones explícitas, no prevenía la importación de derechos procesales.³¹² El Demandado reforzó aún más esta afirmación al argumentar que la confianza de la Demandante en *Maffezini* era inaplicable porque la cláusula de NMF en ese caso era excepcionalmente amplia mientras que el tratado en cuestión simplemente mencionaba la palabra “trato”, sin más. 471. El Tribunal rechazó la objeción a la jurisdicción del demandado por esta razón y, al hacerlo, observó:

La Demandada ha argumentado que, en *Ambatielos*, la administración de justicia se refiere a derechos procesales sustantivos, como un trato justo y equitativo, y no asuntos puramente jurisdiccionales. El Tribunal no encuentra ninguna base en el razonamiento de la Comisión

una vez presentada la demanda, es decir, dentro del proceso

³¹⁰

³¹¹ *Siemens c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 02/8 , CLA-81.

³¹² *AWG Group Ltd. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 03/19 (Decisión sobre Jurisdicción) (3 de agosto de 2006).

para justificar tal distinción. Por otro lado, el Tribunal considera que el propio Tratado, junto con tantos otros tratados de protección de la inversión, tiene como característica distintiva mecanismos especiales de disputa que normalmente no están abiertos a los inversionistas. El acceso a estos mecanismos forma parte de la protección ofrecida en virtud del Tratado. Es parte del trato de los inversionistas e inversiones extranjeros y de las ventajas accesibles a través de una cláusula NMF.³¹³

³¹³ *Siemens*, ¶ 32-35.

(énfasis nuestro).

472. El Tribunal observó además que sus conclusiones sobre esta cuestión coincidían con las de Maffezini, a pesar de la amplia cláusula de NMF “todas las cuestiones sujetas a este acuerdo” que figuraba en el TBI entre España y Argentina de Maffezini, y el alcance del “trato” que solo figuraba en el TBI entre la República Federal de Alemania y la Argentina.³¹⁴ A este respecto, sostuvo “que la formulación es más estrecha, pero, como se concluyó anteriormente, considera que el término “trato” y la frase “actividades relacionadas con las inversiones” son lo suficientemente amplias como para incluir la solución de controversias.”³¹⁵

473. Asimismo, en *AWG c. La República Argentina*, el Tribunal determinó que la Demandante, basándose en el Art. IV del TBI Argentina-España y un segundo Demandante basándose en el Art. II del TBI Argentina-Reino Unido, pudieron invocar derechos procesales más favorables que Argentina otorgó a Francia en el TBI Argentina-Francia, y permitieron perfeccionar un reclamo sin cumplir primero la condición suspensiva de haber recurrido a los tribunales locales de Argentina.³¹⁶

³¹⁴ *Id.* ¶ 102.

³¹⁵ *Id.* ¶ 103.

³¹⁶ *Id.*

474. Al explicar su fallo, 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 TBI”.³¹⁷ Se explicó además que:

[e]l lenguaje de los dos tratados es claro. Aplicando la metodología de interpretación normal al Artículo IV del TBI 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 demandante] puede beneficiarse del trato más favorable otorgado a los inversionistas en el TBI Argentina-Francia con respecto a la solución de controversias. Del mismo modo, en el caso del TBI Argentina-Reino Unido, los derechos con respecto a la solución de controversias 'consideran' la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y disposición de una inversión como se establece en el Artículo 3 del tratado; por consiguiente, [demandante diferente] también puede aprovechar el trato más favorable

³¹⁷ *AWG Group Ltd.*, ¶ 68

que el TBI Argentina - Francia otorga a los inversionistas franceses.³¹⁸

475. Más específicamente sobre el estrecho tema de establecer diferencias sin distinciones sobre los derechos sustantivos y procesales dentro del ámbito de una cláusula NMF no calificada, el Tribunal observó:

Después de un análisis de las disposiciones sustantivas de los TBI en cuestión, el Tribunal no encuentra base para distinguir los asuntos de solución de controversias de otros asuntos cubiertos por el tratado bilateral de inversión. Desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, los propósitos declarados tanto del TBI Argentina-España como del TBI Argentina-R.U., la solución de controversias es tan importante como otros asuntos regidos por los TBI 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 TBI para excluir los asuntos de solución de controversias del alcance de la cláusula de nación más

³¹⁸ *Id.* ¶ 61.

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.³¹⁹

476. La ausencia de todo lenguaje restrictivo o calificativo en el TLC, la dinámica de negociación y el contexto que queda refrendado por el Sr. Olin Wethington y la práctica de los tratados clara de las partes, de manera convincente invita al intérprete a realizar una interpretación razonable y funcional del Art. 12.3 (NMF). Tal interpretación debería obligar a determinar que el Art. 12.3 (NMF) no está restringido para excluir la importación de derechos procesales u otros derechos que no dan lugar a una reescritura de las disposiciones aplicables.

477. Dentro del contexto de los derechos procesales del TLC, al igual que en el caso de sus contrapartes sustantivas, comparten la función común de proteger las inversiones transfronterizas en el sector de Servicios Financieros. La Demandada nubla este análisis ortodoxo y bastante estándar, que simplemente se centra en si la estructura del tratado y la calificación de "trato" de una cláusula NMF permiten la importación de derechos procesales, al enmarcar el análisis como uno relativo a la importación de derechos sustantivos que si no se analiza podría dar lugar al consentimiento.

³¹⁹ *Id.* ¶ 59.

478. La Demandada ignora el importante cuerpo de conclusiones del Tribunal de que las cláusulas NMF alcanzan los derechos procesales y sustantivos en ausencia de limitaciones expresas en el tratado que contiene la cláusula NMF o en la cláusula NMF misma. No existe tal limitación aquí presente.

479. El tribunal de *Impregilio S.p.A. c. República Argentina*³²⁰ tuvo dificultades considerables para analizar el término “trato” como un estándar autónomo separado y distinto del alcance “todos los asuntos”, y al hacerlo rechazó la aplicación restrictiva de la Demandada del principio de *ejusdem generis*:

El Tribunal Arbitral opina que el término “trato” es en sí mismo lo suficientemente amplio como para ser aplicable también a cuestiones procesales, así como a la solución de controversias. Además, la formulación “todos los demás asuntos regulados por este Acuerdo” es ciertamente *también* 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 los asuntos similares” o “todos los otros asuntos del mismo tipo”.

³²⁰ *Impregilio S.p.A c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 07/17 (Laudo) (junio 2011).

Tampoco lo es el argumento de que un concepto abarcador como “todos los demás asuntos” haría que los términos mencionados anteriormente “inversiones” e “ingresos y actividades relacionadas con tales inversiones” sean superfluos, ya que no es inusual en la redacción legal indicar ejemplos típicos, incluso en disposiciones destinadas a ser de aplicación general.³²¹

480. En esta misma línea de razonamiento, ahora limitada solo a las cláusulas NMF de “trato”, el Tribunal señaló que “[a]ún en algunos, pero no en todos, los casos en que las cláusulas NMF eran menos completas [que las cláusulas sobre el alcance NMF de ‘todos los asuntos’] y solo preveía el *trato* NMF de los inversionistas y las inversiones, el Tribunal consideró que esto era suficiente para cubrir la solución de controversias. Estos casos son *Siemens*, *National Grid* y *Rosinvest*”.³²²

³²¹ *Id.* ¶ 99. (énfasis nuestro).

³²² *Id.* K 105. (citas omitidas) (énfasis nuestro) Los demandantes saben que el laudo de *Rosinvest* ha sido anulado por otros motivos.

481. Como el Tribunal reveló con respecto a las cláusulas NMF de “todos los asuntos”, el Tribunal identificó a *Salini*,³²³ *Plama*,³²⁴ *Telenor*,³²⁵ y *Wintershall*,³²⁶ como casos que abordan el ámbito de “trato” NMF que sostienen que se prohibió la importación de derechos procesales.³²⁷ Por lo tanto, advirtió que parece por estos laudos que *algunos* tribunales han tenido fuertes *reservas* sobre el desarrollo general de la jurisprudencia en esta área. Por tanto, es claro que estos casos siguen siendo controvertidos y que la jurisprudencia predominante que se ha desarrollado es de ninguna manera universalmente aceptada”.³²⁸

³²³ *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB / 02/13 13 (sentencia) (31 de enero de 2006).

³²⁴ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB / 03/24 (Laudo) (27 de agosto, 2008).

³²⁵ *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB / 04/15 (Laudo) (13 de septiembre de 2006).

³²⁶ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 04/14 (Laudo) (8 de diciembre de 2008).

³²⁷ *Impregilio SpA*, *supra nota 37*, ¶ 107.

³²⁸ *Id.* (énfasis nuestro).

482. No obstante, el Tribunal identificó la opinión de la mayoría, aunque con la calificación de que apenas es “universalmente aceptada”.

483. Tercero, el Tribunal expresó sincera y respetuosamente su preocupación de que cuestiones tan importantes como presumiblemente el derecho de un inversionista a recibir la protección procesal que un Estado Contratante otorgue a un tercer Estado mediante un tratado de protección de inversiones, “*dependería en cada caso de las opiniones personales de los árbitros individuales*”³²⁹De hecho, caracteriza este posible estado de cosas como “*desafortunado*”.³³⁰

484. La mayoría de los comentarios constructivos descriptivos del tribunal arbitral de *Impregilio* fueron acompañados por la exhortación de sentido común de evitar adjudicaciones basadas en la opinión apriorística haciendo la determinación sobre la base de la jurisprudencia cada vez que se pueda discernir una jurisprudencia clara,” y en el contexto de cada caso particular.³³¹

³²⁹ *Id.* ¶ 108. (énfasis nuestro).

³³⁰ *Id.* (énfasis nuestro).

³³¹ *Id.*

485. La Respuesta de la Demandada parte con un análisis basado en los detalles relativos a (i) el lenguaje real del Art. 12.3 (NMF), (ii) el contexto en el que el Art. 12.3 (NMF) se coloca dentro del tratado, es decir, en un Capítulo de Servicios Financieros, (iii) el historial de negociación y el testimonio del negociador principal del capítulo del tratado que sirvió como paradigma y plantilla para el Capítulo 12 (Financiero Servicios) del TLC, y (iv) el hecho mismo de que la estructura, el funcionamiento y los objetivos de un TLC difieren de los de un TBI.

486. Si bien la "jurisprudencia" que aborda la medida en que se pueden ejercer las cláusulas NMF para importar derechos procesales de otros acuerdos o tratados se encuentra en un estado de flujo intrigante y atractivo, las presunciones operativas y las metodologías para analizar tal problema no lo son. La respuesta de la Demandada, con el debido respeto, no es más que cortar y pegar de lo que considera un lenguaje analíticamente útil. De hecho, la Demandada evita la consideración, y mucho menos el análisis sostenido, de estos cuatro factores referenciados. Como se señaló anteriormente, pero para un artículo, la Demandada simplemente extrae de su memorial la totalidad del Capítulo 12.³³²

³³² *Ver supra* ¶ 71 en 33, estipulando que, en la totalidad de la extensa presentación de la Demandada, no hay *mención*, ni siquiera un análisis de los Artículos 12.4, 12.5, 12.6, 12.15, 12.16, 12.17, 12.8 y 12.19

a. El alcance y el significado simple del Artículo 12.3 (NMF) y su contexto en un capítulo de servicios financieros

487. Dejando a un lado la práctica de los tratados estableciendo inequívocamente que Colombia y los Estados Unidos en otros tratados y acuerdos, y ciertamente con respecto al TLC, establecen claramente por escrito las restricciones y calificaciones de las obligaciones y derechos, así como el testimonio pericial y de hechos del Sr. Wethington y del Prof. Mistelis, es evidente que el Art. 12,3 (NMF) es una amplia disposición de trato de nación más favorecida. Una revisión del significado simple de la cláusula la coloca como una cláusula NMF de alcance de “trato.

488. Una simple consideración textual revela que el término “trato” en el Art. 12.3 no está calificado o en absoluto restringido. De hecho, es muy similar a una norma o cláusula de “todos los asuntos”. El motivo es simple. En lugar de declarar “todos los asuntos” contenidos en este Capítulo, el Art. 12.3 continúa enumerando categorías amplias pero muy particulares de materias que comprenden la totalidad del Capítulo 12 (Servicios financieros).

489. Siguiendo la palabra “trato” en el Art. 12.3.1 y la articulación de “no menos favorable de lo que concede”, el Art. 12.3.1 enumera como objeto (i) “inversionistas”, (ii) “instituciones financieras”, (iii) “inversiones de inversionistas en instituciones financieras” y (iv) “proveedores transfronterizos de servicios financieros”, por supuesto, “de cualquier otra

Parte o de un país que no sea Parte, en circunstancias similares”.

490. El significado simple y la construcción ordinaria de este lenguaje es expansivo y no está restringido. Ciertamente, es materialmente distinguible de la cláusula NMF en cuestión en cualquiera de los casos en los que la Demandada parece basarse.

491. La Demandada ignora el alcance del término “trato”, ya que ese término se utiliza en el Art. 12.3.1 (NMF). De manera similar, Colombia esquivo el contexto en el que el Art. 12.3 se coloca dentro del TLC.

492. El Capítulo 12 está diseñado para promover y proteger las inversiones transfronterizas en el sector de Servicios Financieros. Por lo tanto, se refiere a un tipo muy particular de inversión que, a diferencia de su equivalente el Capítulo 10 (Inversión), es especialmente vulnerable al ejercicio de la soberanía regulatoria y legislativa de un Estado. En este sentido, el Capítulo 12 ciertamente busca salvaguardar el ejercicio de soberanía regulatoria de las medidas prudenciales por parte de las Partes.³³³

493. Sin embargo, un imperativo igual y correspondiente es maximizar los estándares de trato de protección que (i) promuevan y *atraigan la* inversión transfronteriza en el sector de Servicios Financieros, y (ii) protejan a tales inversionistas e inversiones. Ambos objetivos se fomentan y se hacen posibles en el contexto del Capítulo de Servicios Financieros al tener una disposición de trato (NMF) en el Art. 12.3. En

³³³

Art. 12.10 (Excepciones) es un ejemplo claro e inmediato.

consecuencia, se desprende necesariamente que el contexto (en un Capítulo de Servicios Financieros) y el propósito del Art. 12.3 (NMF) respalda una interpretación amplia e integral del término “trato” tal como se utiliza en ese artículo.

494. La gran mayoría de *todos* los casos que abordan un alcance de “trato” estándar de una disposición de NMF en un TBI estipulan manifiestamente el ejercicio de dicha cláusula con el fin de importar derechos procesales más favorables, mucho menos la autoridad que analiza las disposiciones de alcance NMF de “todos los asuntos”.³³⁴

³³⁴ Los Demandantes, en apoyo de la integridad académica, en el memorial inicial discutieron los estándares de 'todos los asuntos' y 'trato' (§§ 352-373), así como la autoridad *proscribiendo* la aplicación de Alcance de la cláusula NMF de “trato” en cuanto a los derechos procesales. (§§ 374-383). En estos análisis, las Demandantes revisaron, como un asunto muy inicial (i) *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB / 02/13 (Laudo) (31 de enero, 2006) (H 374-378), (ii) *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB / 04/15 (Laudo) (13 de septiembre, 2006), (iii) *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB / 03/24 (Laudo) (27 de agosto, 2008), y (iv) *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB / 04/14 (sentencia) (8 de diciembre de 2008), y desde el principio, afirmó las razones por las cuales los Demandantes consideraron que esta autoridad no era apropiada para el caso ante este Tribunal.

Aunque la Demandada cita a esta autoridad, no hay absolutamente ninguna “respuesta” o “réplica” a los análisis que los Demandantes proporcionaron en el Memorial inicial. Después de haber planteado estas premisas, los Demandantes las han reafirmado solo de una manera muy limitada, como se justifica en aras de un mayor contexto. Por lo tanto, los Demandantes respetuosamente invitan al Tribunal de volver a examinar los párrafos referidos al considerar escasa articulación de la Demandada de *ratio decidendi* y supuestos que sostiene respecto a esta autoridad específica.

495. No se ha informado de ningún caso o autoridad que analice el alcance de una cláusula NMF en el contexto de un Capítulo de Servicios Financieros de un acuerdo de protección comercial, y mucho menos casos que califiquen ampliamente el término “trato” como aparece en el Art. 12.3.1. Este análisis, como se sugiere, es de primera impresión.

496. En conclusión, la Demandada invita a este Tribunal a evitar la consideración del término “trato” en general, y ciertamente en el contexto del Art. 12.3.1, así como la colocación contextual de este término como parte de un Capítulo de Servicios Financieros en un acuerdo comercial cuyo funcionamiento y objetivos son mucho más amplios que los de la mayoría de los TBI “estándar”.

497. En una línea similar, la Demandada invita al Tribunal a ignorar por completo que incluso dentro de los parámetros de la teoría interpretativa de la Demandada en relación con el Art. 12.1.2 (b), no se importa el consentimiento porque, como mínimo más allá de cualquier objeción racional, existe un consentimiento para que los inversionistas financieros arbitren el Art. 10.7 (Expropiación y compensación) tal como se incorpora en el Art. 12.1.2 (b). Por lo tanto, aceptando el análisis de la Demandada, solo *arguendo*, lo que está en cuestión aquí es el alcance del consentimiento, pero no si hay consentimiento en absoluto.

498. La Demandada no ofrece argumentos para cuestionar la importación de un plazo de prescripción de cinco años del TBI entre Colombia y Suiza. Con respecto a esta proposición, solo afirma que la importación de la Sección B debe contener la medida restrictiva de la Nota 2 como pena por no hacer que la nota al pie sea *effet utile*.³³⁵ Esta cuestión se ha abordado ampliamente en la Sección II, 3 de este escrito, lo que demuestra que la propuesta no es sostenible por múltiples motivos. No es la menor de estas premisas que el Art. 10.2.1 establece que “[e]n el caso de cualquier inconsistencia entre este Capítulo y cualquier otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida de la inconsistencia”.

³³⁵ Con respecto a *effet utile*, ver respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, 332, y n. 715.

499. Aunque la Demanda pueda luchar, el ejercicio del Art. 12.3 (NMF) para importar términos procesales y sustantivos más favorables del TBI entre Colombia y Suiza difícilmente se puede caracterizar como la sustitución del consentimiento no existente por el mandato de una disposición NMF.

IV. LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DE LA DEMANDADA RELACIONADOS CON (I) RENUNCIA, (II) CONSULTA Y (III) NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN SON INJUSTIFICADOS.

1. Ningún requisito de renuncia se aplica al presente caso

500. La Demandada argumenta que los Demandantes no han cumplido con un "requisito de renuncia" según el Artículo 10.18.2 (b) del TLC, conforme al cual el Demandante debe presentar un aviso de renuncia para iniciar o continuar cualquier procedimiento de solución de controversias con respecto a las medidas que supuestamente constituyen una violación del Artículo 10.16.³³⁶

501. Esa disposición no se aplica a este arbitraje.

502. Los Demandantes han manifestado reiteradamente que este reclamo se ha presentado en virtud de los Artículos 11 y 12 de las disposiciones de resolución de conflictos del TBI entre Colombia y Suiza. No se han invocado los derechos procesales contenidos en el Capítulo 10 del TLC. Los Demandantes y sus

³³⁶ Ver Memorial de Respuesta, ¶¶ 291-298.

inversiones en el sector de servicios financieros de Colombia se rigen por las disposiciones específicas del Capítulo 12 (Servicios financieros) del TLC. Este Capítulo debe considerarse como Capítulo 10 *lex specialis vis a vis* del TLC.

503. Colombia ha acordado arbitrar controversias de inversión extranjera que entran dentro del ámbito de aplicación del Capítulo 12. Como resultado, en principio, la oferta de arbitraje está vigente y es efectiva.

504. Colombia ha ofrecido a los inversionistas suizos una protección de solución de controversias más favorable. De hecho, las disposiciones disponibles bajo el TBI Colombia-Suiza, *entre otras cosas*, no incluyen un requisito de renuncia. Los Demandantes se basan en el procedimiento de solución de controversias del TBI referenciado. Por lo tanto, no se requiere renuncia.

505. Los Demandantes tienen derecho a hacerlo mediante la operación del Art. 12.3 (MFN).

506. La Demandada ha aceptado que las disposiciones de solución de controversias bajo el TBI entre Colombia y Suiza son aplicables al presente caso. De hecho, en otra sección de su respuesta, la Demandada ha planteado una defensa “fork in the road” de conformidad con una disposición del TBI Colombia-Suiza.³³⁷

³³⁷

Artículo 11 (4) del TBI Colombia-Suiza.

507. Pero, suponiendo que la disposición de renuncia se aplica al presente caso, lo que no ocurre por la razón indicada, la defensa que planteó la Demandada falla porque los requisitos conceptuales necesarios para que la disposición de renuncia sea efectiva no están presentes en este caso.

508. La disposición en la que se basa la Demandada es el Artículo 10.18.2 (b) del TLC. Por conveniencia, esa disposición se reproduce a continuación:

2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

(a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Acuerdo; y

(b) la notificación de arbitraje esté acompañada,

(i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y

(ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10. 16.1(b).

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.

509. Como es bien sabido, el objetivo operacional de las cláusulas de renuncia es evitar que los *mismos reclamos* superpuestos por la violación de las *mismas* disposiciones y protecciones bajo el TLC de EE. UU. y Colombia se presenten ante los medios nacionales de solución de controversias , y ante un tribunal arbitral de tratados internacionales de inversión.

510. El objetivo final de tales cláusulas es excluir el riesgo de doble recuperación. No tiene otro propósito.

511. Considerando el *ratio operandi* de esta disposición, es evidente y fácilmente demostrable que nunca se acumuló ningún requisito de renuncia en la presente disputa por las siguientes razones, todas las cuales se presentan en aras del argumento. El requisito de renuncia no se aplica y no puede aplicarse porque no forma parte del TBI entre Suiza y Colombia.

512. La disposición de renuncia no se aplica al menos por cuatro razones simples. Primero, los Demandantes están ejerciendo el Art. 12.3 (NMF) para extender a los Artículos 11 y 12 del TBI Colombia-Suiza. El tratado no tiene requisitos de predicado jurisdiccional de renuncia. Este debería ser el final de cualquier otra consideración. No se justifica ningún análisis adicional.

513. Segundo, incluso si los Demandantes ejercieran el recurso ISDS del Capítulo 10, el argumento de “renuncia” falla. Aquí también la razón es simple. La política, el propósito y el funcionamiento de la “renuncia” es otorgar una doble recuperación por los daños alegados que surjan de los mismos hechos o hechos relacionados. Esta proposición está más allá de la objeción.

514. El procedimiento ante la Comisión en el que se basa el argumento de la Demandada no es un procedimiento que pueda producir una sentencia ejecutoria por daños compensatorios.

515. Como cuestión de ley, la Comisión no puede emitir sentencias. Aquí también terminaría la investigación sobre la renuncia.

516. En tercer lugar, la disposición de renuncia se refiere expresamente a la presentación de un (i) procedimiento interno, (ii) en los tribunales del Estado anfitrión. Ninguna condición está presente aquí como una cuestión de hechos indiscutibles. El desafío de renuncia de la Demandada también falla por este otro motivo.

517. Cuarto y finalmente, en aras de la integridad académica, comprensiblemente, los Tribunales que han abordado esta cuestión han encontrado que el requisito puede cumplirse en *cualquier momento* antes de la fase de fondo. Por lo tanto, si este Tribunal encontrara que (i) hubo un procedimiento paralelo, (ii) ante un tribunal nacional, (iii) del Estado anfitrión, (iv) por *daños compensatorios*, y (v) dicho tribunal tenía jurisdicción para otorgar esa compensación, entonces, por supuesto, los Demandantes

están listos para presentar una renuncia ya que esta causa se encuentra solo en la fase jurisdiccional de los procedimientos. Pero ninguna de estas condiciones está presente.

518. La disposición en virtud del Artículo 10.18.2 (b) del TLC contiene referencias específicas a los tribunales y cortes de conformidad con la ley del Estado anfitrión u otros procedimientos de solución fuera de esos tribunales. Esa disposición limita el alcance de la aplicación del requisito de renuncia a acciones bajo la ley nacional y ante foros nacionales.

519. El caso en el que se basa la Demandada es diferente porque se refiere a un procedimiento presentado ante un tribunal internacional por el incumplimiento de un tratado internacional de derechos humanos. Incluso los casos que la Demandada cita en apoyo de su defensa de renuncia afirman expresa y reiteradamente que la disposición de renuncia se centra en la existencia de *procedimientos internos* interpuestos por el inversionista por el mismo incumplimiento del tratado y buscando la *misma* reparación.

520. La disposición bajo el Artículo 10.18.2 (b) del TLC requiere la emisión de una renuncia con respecto a las reclamaciones que se presentan, o pueden presentarse, con respecto a las medidas que presuntamente constituyen una violación a la que se hace referencia en el Artículo 10.16.1 del TLC.

521. El Artículo 10.16.1 define dicha violación como una “disputa de inversión” que resulta del incumplimiento por parte de la Demandada de una obligación bajo la Sección A del Capítulo 10 del TLC.

522. Los Demandantes nunca han presentado una disputa contra Colombia por incumplimiento de las protecciones garantizadas bajo el TLC ante ningún otro foro. Por supuesto, la Demandada no ha ofrecido, porque no puede, tal demostración.

523. Este punto merece un análisis más detallado. A lo largo de esta réplica, los Demandantes han enfatizado que la aplicación de las disposiciones del tratado debe seguir el Artículo 31 de la CVDT. La probada y verdadera restricción de esta disposición es una vez más necesaria.

524. Colombia y los Estados Unidos han acordado expresamente que se requeriría una renuncia en presencia de un reclamo por incumplimiento de las protecciones de inversión bajo el mismo TLC. Artículo 10.16.1. Esto está claro.

525. Para que una renuncia se convierta en una condición suspensiva de conformidad con las disposiciones del Art. 10.18.2, debe establecerse si los Demandantes han presentado una reclamación ante un foro nacional en Colombia por el incumplimiento de las

protecciones de inversión bajo el Capítulo 10 del TLC. No existen tales reclamos, como bien sabe la Demandada (un Estado).

526. Debido a que la disposición de renuncia tiene el potencial de limitar el acceso a la justicia, se solicita respetuosamente que el Tribunal analice el requisito de renuncia y la defensa de renuncia de la Demandada con especial cuidado.

527. La Demandada está cuestionando una queja presentada por la familia de los Demandantes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“CIDH” o “la Comisión”).

528. Los procedimientos ante instituciones no judiciales como la CIDH son de naturaleza política. No obstante, la Demandada sugiere que la demanda que los Demandantes presentaron ante la CIDH tiene las características necesarias para caer dentro de la disposición de renuncia del TLC.

529. Proporcionando a la Demandada el beneficio de cualquier duda con respecto a la buena fe en la cual se presenta esta defensa, es probable que la Demandada esté planteando esta defensa en una lectura “incorrecta” del sistema interamericano de derechos humanos (la Organización). Es necesaria alguna aclaración a ese respecto.

530. La Organización es una iniciativa regional para la promoción y protección de los derechos humanos. Se compone de una serie de órganos, *entre otras cosas*, incluyendo: (a) la Comisión y (b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte” o “Corte Interamericana”).

531. La Comisión podría procesar y analizar peticiones con el fin de determinar si un Estado contratante podría haber cometido una violación de los derechos humanos. Si ese es el caso, la Comisión podría emitir una Recomendación” al Estado pertinente pidiéndole a este último que aborde el problema (Capítulo VII). En determinadas circunstancias, la Comisión puede solicitar a la Corte Interamericana la observancia de los derechos.

532. La Comisión *no* es un órgano judicial. El único órgano judicial dentro de la Organización Interamericana de Derechos Humanos es la Corte Interamericana. Solo los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Comisión tienen acceso a las funciones judiciales de la Corte de conformidad con el Artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

533. Este hecho también es confirmado porque Colombia no interactuó ni cumplió con la solicitud de comentarios enviados a Colombia por la CIDH.

534. El 25 de abril, 2019, la CIDH envió una carta pidiendo a Colombia que proporcione comentarios, dentro de tres meses, en relación con la solicitud de la familia Carrizosa. Ver C-32.

535.Colombia no hizo tales comentarios. Ciertamente habría respondido si hubiera sido ante un tribunal judicial.

536. Finalmente, incluso si los Demandantes quisieran iniciar un procedimiento judicial ante la Corte, es decir, el único órgano de naturaleza judicial dentro de la Organización, no podrían hacerlo porque no tienen *jus standi* ante esa institución.

537. Por lo tanto, aun suponiendo que la inaplicabilidad de los Artículos 11 y 12 de la TBI Colombia-Suiza, el argumento de renuncia de la Demandada falla.

538. La respuesta de la Demandada, en lo que respecta al requisito de renuncia, contiene un pequeño esquema por el cual la Demandada intenta demostrar más que solo similitudes estéticas entre este procedimiento arbitral y el caso ante la Comisión.

539. Como se discutió anteriormente, las funciones de la Comisión no tienen naturaleza judicial. Por lo tanto, por definición, cualquier solicitud presentada o pendiente ante la Comisión no puede ser una duplicación de la acción ante este Tribunal.

540. La Demandada establece un paralelismo entre el presente procedimiento y la solicitud ante la Comisión al centrarse en una serie de medidas. Esa estrategia es defectuosa y carente de credibilidad. La medida en cuestión en este arbitraje es la negación de reconsideración de junio de 2014 para poner fin al asunto. Cualquier comparación entre este arbitraje y la solicitud ante la Comisión debe basarse en una prueba de identidad entre las causas de acción alegadas y los daños solicitados.

541. Incluso un análisis preliminar de la *causa petendi* y *petitum* en los dos casos demuestra las diferencias radicales entre las dos acciones que excluirían la necesidad de una renuncia.

542. El presente arbitraje se está presentando por el incumplimiento de una serie de obligaciones en virtud de un acuerdo internacional de comercio y la protección de los inversionistas extranjeros y las inversiones extranjeras en el sector de los servicios financieros colombianos.

543. El procedimiento ante la CIDH fue presentado en base a la presunta violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El objeto y las causas de acción no podrían ser más distintos.

544. En el procedimiento actual los Demandantes están buscando una sentencia que ordene a Colombia compensar los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento del TLC por parte de Colombia. Se proporcionó al Tribunal un análisis preliminar de los daños que sufrieron los Demandantes.

545. En el procedimiento de la CIDH, por aplicación de la ley, como se señaló, la Comisión no puede emitir un fallo por daños compensatorios (pecuniarios) que sería definitivo e inmediatamente ejecutable de conformidad con las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, o el Convenio del CIADI de 1965.

546. A continuación se muestra un gráfico más preciso que la Demandada debería haber insertado en su

Causa Petendi en este arbitraje	Causa Petendi ante la CIDH
Incumplimiento de los estándares de protección de inversiones bajo el TLC	Incumplimiento de las disposiciones de derechos humanos en virtud de la CADH
Solicitud en este Arbitraje	Solicitud ante la CIDH
Laudo final de daños	Recomendación

Respuesta.

a. La autoridad en la que se basa Colombia no es aplicable

547. La jurisprudencia que cita la Demandada es, en el mejor de los casos, irrelevante y, a menudo, incluso perjudicial para los propios intereses de la

Demandada. Se insta al Tribunal a considerarlo con cuidado.

548. La Demandada desarrolla su defensa de renuncia basándose en una serie de casos de arbitraje de inversión. Todos y cada uno de los casos citados contienen premisas que explican las razones por las cuales la defensa de renuncia debe fallar. Estas premisas se analizan a su vez.

549. La Demandada confía en *Renco Group c. Perú*.³³⁸

550. En ese caso, el Tribunal aclaró que las disposiciones del TLC Estados Unidos-Perú, que son prácticamente idénticas a las disposiciones del Artículo 10.18.2 del TLC, son:

- (i) dirigido a procedimientos internos de conformidad con la legislación interna,**
- (ii) dirigido a acciones por el incumplimiento de las mismas disposiciones legales, y**
- (iv) destinado a evitar la doble recuperación y el incumplimiento de *res judicata*.**

551. El Tribunal expresó esos conceptos de la siguiente manera:

84. La interpretación del Tribunal del Artículo 10.18 (2) (b) es consistente con el objeto y el propósito de la disposición de renuncia. *Renco, Perú y los Estados*

³³⁸ **Renco Group c. Perú, UNCT / 13/1, (Laudo Parcial sobre Jurisdicción) (15 de julio de 2016), RLA-0053.**

Unidos acuerdan que el objeto y propósito del Artículo 10.18 (2) (b) es proteger al Estado demandado de deba litigar en múltiples procedimientos en diferentes foros relacionados con la misma medida, y minimizar el riesgo de doble recuperación y determinaciones de hecho y derecho inconsistentes por diferentes tribunales.

[...]

88. [...] También existe el riesgo de que Renco pueda obtener un doble recupero por el mismo daño y/o que el tribunal o corte local pueda arribar a conclusiones de hecho o derecho contradictorias. En opinión del Tribunal, el Artículo 10.18 (2) (b) está diseñado para evitar la ocurrencia de estos riesgos.

(énfasis nuestro).

552. La Demandada también se basa en *Waste Management c. México*. Sin embargo, ese caso se refiere al alcance y el efecto de una renuncia que se había emitido. En ese caso, más precisamente, el Tribunal abordó la cuestión de si una renuncia calificada podría cumplir con los requisitos de forma y sustancia que requiere el TLCAN.

553. El único lenguaje relevante en esa decisión es *dicta* aclarando que las renunciaciones deben tener la misma “base legal” (no los mismos fundamentos de hecho) y que debe haber un “*riesgo inminente de que el Demandante pueda obtener el doble beneficio en su reclamación por daños y perjuicios. Esto es precisamente lo que el Artículo 1121 del TLCAN busca evitar*”³³⁹ (énfasis nuestro)

554. Por lo tanto, la base legal debe ser la *misma* y debe existir un *riesgo inminente de doble recuperación*. Esos elementos no están presentes aquí.

555. De manera similar, en *Thunderbird c. México*, el Tribunal enfatizó tanto el propósito como el requisito para que una disposición de renuncia sea efectiva:

118. Al elaborar el Artículo 1121 del TLCAN, también se debe tener en cuenta la razón y el propósito de ese artículo. Los requisitos de consentimiento y renuncia establecidos en el Artículo 1121 tienen un propósito específico, a saber, evitar que una parte busque reparaciones nacionales e internacionales concurrentes, lo que podría dar lugar a resultados conflictivos (y, por lo tanto, a la incertidumbre legal) o conducir a una doble reparación por la misma conducta o medida. En el presente procedimiento, el Tribunal observa que las entidades de EDM no iniciaron ni

³³⁹ Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N. ° ARB (AF) / 98/2, Laudo (2 de junio de 2000) ¶ 27 en 235-236 RLA-0082.

continuaron ningún recurso en México mientras participaban en el presente procedimiento arbitral. Por lo tanto, el Tribunal considera que Thunderbird ha cumplido efectivamente con los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN.

556. Curiosamente, el Tribunal en *Thunderbird* también observó :

117. Aunque Thunderbird no pudo enviar las exenciones relevantes con el Aviso de Arbitraje, Thunderbird procedió a remediar esa falla al presentar esas renunciaciones ante el PSoC. *El Tribunal no desea ignorar la presentación posterior de esas renunciaciones, ya que razonar lo contrario equivaldría, en opinión del Tribunal, a una lectura demasiado formalista del Artículo 1121 del TLCAN.* El Tribunal considera que el requisito de incluir las renunciaciones en la presentación de la reclamación es puramente formal, y que el incumplimiento de dicho requisito no puede ser suficiente para invalidar la presentación de una reclamación si la llamada falla se subsana en una etapa posterior de los procedimientos. El Tribunal se une a la opinión de otros Tribunales del TLCAN que han determinado que las disposiciones del Capítulo Once no deben interpretarse de manera excesivamente técnica, [se omite la cita]

(énfasis nuestro).

557. Este lenguaje de Thunderbird es importante. En el improbable caso de que este Tribunal determinara que una renuncia es necesaria, no se debe impedir que los Demandantes proporcionen una.

558. Este es particularmente el caso en esta etapa bifurcada de los procedimientos donde se espera que el Tribunal se pronuncie solo sobre jurisdicción y, por lo tanto, no hay riesgo de que una determinación del Tribunal pueda resultar en una indemnización por daños y, potencialmente, un riesgo de doble recuperación.

559. Una renuncia, si es necesario y no obstante la dependencia de los Demandantes en los derechos procesales del TBI entre Colombia y Suiza que no lo requiere, podría requerirse al comienzo de la fase de fondo del procedimiento para presentar una renuncia como un predicado a esa audiencia.

560. La Demandada pone mucho énfasis en el laudo otorgado en *Commerce Group c. El Salvador* donde el Tribunal, *entre otras cosas*, abordó la disposición de renuncia bajo el Artículo 10.18 del CAFTA, que es similar a la disposición de renuncia del Capítulo 10 del TLC. Lo mismo se aplica a *Railroad Development c. Guatemala*.

561. Esos casos abordan el alcance de las declaraciones de renuncia y tienen en cuenta la posible interacción de los procedimientos de arbitraje internacional de inversiones con los procedimientos presentados ante *foros nacionales*. Como resultado, esos casos no solo son inapropiados, sino que, en todo caso, respaldan la posición de los Demandantes con respecto a *ratione forae*.

562. Este caso surge de una expropiación judicial que a su vez dio lugar a una crisis institucional de la cual el poder judicial colombiano aún no se ha recuperado. Es un evento desafortunado que tiene ramificaciones mucho más allá de los parámetros de este procedimiento. Colombia está bien aconsejada al tratar de evitar a toda costa una audiencia vergonzosa sobre los méritos que enfatizaría la usurpación por parte de la Corte Constitucional (un tribunal de último recurso) de la jurisdicción de su tribunal de igual jerarquía y clasificación, el Consejo de Estado (también un tribunal de último recurso).

563. Sin embargo, recurrir a motivos técnicos infundados solo puede recordar el abuso del proceso que precipitó la presentación de este procedimiento arbitral en primera instancia.

2. Consulta y negociación (Artículo 10.15) y notificación formal de intención (Artículo 10.16.2)

a. Observaciones generales aplicables a ambas defensas

564. La Demandada alega que los Demandantes incumplieron (i) la disposición de consulta y negociación del Artículo 10.15 ³⁴⁰del TLC y (ii) la disposición de notificación de intención contenida en el Artículo 10.16 del TLC. ³⁴¹

565. Como predicado para analizar los méritos técnicos de las defensas, es necesario proporcionar al Tribunal Arbitral una serie de aclaraciones que sean aplicables a ambas defensas.

b. Las disposiciones de solución de controversias del Capítulo 10 del TLC no se aplican a este arbitraje

566. Al igual que con la renuncia, los Demandantes han afirmado reiteradamente que el Capítulo 10 no se aplica a esta causa. Los Demandantes se mueven de conformidad con los artículos 11 y 12 del TBI Colombia - Suiza. La Demandada vacila selectivamente entre el TBI entre Colombia y Suiza y el TLC de acuerdo con la conveniencia de los argumentos que contempla afirmar. Los Demandantes están ejerciendo los derechos en virtud del Art. 12.3 (NMF).

³⁴⁰ Ver Memorial de respuesta de los demandados ¶ 283-285.

³⁴¹ Ver Memorial de respuesta de los demandados ¶ 286-290.

567. Los Demandantes y sus inversiones en el sector de Servicios Financieros de Colombia se rigen por las disposiciones específicas del Capítulo 12 del TLC, que está dedicada a los Servicios Financieros y debe considerarse como *lex specialis vis a vis* Capítulo 10 del TLC.

568. Colombia acordó arbitrar disputas de inversión extranjera que entran dentro del ámbito de aplicación del Capítulo 12 del TLC. Como resultado, en principio, la oferta de arbitraje está vigente y es efectiva.

569. Colombia ha ofrecido a los inversionistas suizos una protección de solución de controversias más favorable. Como también se explicó y argumentó en otras secciones de esta Réplica, la presente disputa debe resolverse de conformidad con las disposiciones del Artículo 11 del TBI entre Colombia y Suiza.

570. Se debe determinar si se espera que los Demandantes inicien consultas y negociaciones o si se espera que presenten a Colombia una notificación de intención con referencia a las disposiciones del Artículo 11 del TBI entre Colombia y Suiza.

- c. **El TBI entre Colombia y Suiza no impone ningún requisito que afecte a la jurisdicción**

571. El Artículo 11 dice en parte:

Artículo 11 Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte

(1) Si un inversionista de una Parte considera que una medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, y esto causa pérdidas o daños a él o su inversión, él podrá solicitar consultas con miras a resolver el asunto de manera amigable.

(2) Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un período de seis meses desde la fecha de la solicitud escrita para consultas podrá ser remitido a las cortes o los tribunales administrativos de la Parte concerniente o al arbitraje internacional [...]

(énfasis nuestro).

572. La sugerencia es permisiva. Claramente, no se impone ninguna obligación al inversionista para iniciar consultas. Las partes dieron su consentimiento a una norma permisiva. Además, no hay ninguna indicación sobre la necesidad de proporcionar al posible

Demandado una notificación de intención. Aquí de nuevo, la Demandada “picotea”.³⁴²

³⁴ El TBI entre Colombia y Suiza es un buen ejemplo de redacción clara de tratados, particularmente con respecto al uso correcto de los verbos modales. El artículo 11 de ese TBI no es una excepción.

Cuando las Partes contratantes deseaban establecer una opción o una opción en beneficio del destinatario pertinente de la disposición, utilizaban correctamente el verbo modal “puede”.

Cuando las Partes contratantes deseaban establecer una obligación firme y vinculante, utilizaban el verbo modal “deberá”.

Los ejemplos están en su lugar. El Artículo II (I) establece que si un inversionista considera que una medida aplicada por el Estado anfitrión es inconsistente con una obligación bajo el TBI

[...] podrá solicitar consultas con el fin de resolver el asunto de manera amigable.

(énfasis nuestro).

Comparando esa disposición con otras disposiciones de diferente naturaleza y efecto bajo el mismo Artículo 11. Una disposición está dirigida al inversionista extranjero y dos disposiciones están dirigidas a las Partes en contacto. El artículo II (4) establece:

Una vez que el inversionista haya remitido la disputa a un tribunal nacional o a cualquiera de los mecanismos de arbitraje internacional previstos en el párrafo 2 anterior, la elección del procedimiento será definitiva.

(énfasis nuestro).

En cuanto a la obligación de los Estados contratantes, las siguientes dos disposiciones son esclarecedoras:

Artículo 11 (6)

La Parte que sea parte en la controversia no podrá en ningún momento durante el proceso afirmar como defensa su inmunidad o el hecho de que el inversionista ha recibido, en virtud de un contrato de seguro, una compensación que cubra la totalidad o parte de los gastos incurridos.

Artículo 11 (7)

d. Las Partes Contratantes acordaron expresamente que el consentimiento es incondicional

573. Apropiado, a modo de ejemplo y alegación, es el Artículo 11 (3) del TBI entre Colombia y Suiza según el cual-

Ninguna de las Partes deberá perseguir por vía diplomática una disputa sometida a arbitraje internacional a menos que la otra Parte no cumpla y cumpla con el laudo arbitral.

(énfasis nuestro).

Por el presente, cada Parte otorga *su consentimiento incondicional e irrevocable* al sometimiento de una disputa de inversión a arbitraje internacional de conformidad con el párrafo 2 anterior, a excepción de las disputas con respecto al Artículo 10 párrafo 2 de este Acuerdo.

(énfasis nuestro).

574. Esta disposición es importante por varias razones.

575. Primero, evidencia que el TBI emplea una redacción muy precisa e inconfundible cuando se trata de crear una obligación vinculante.

576. Segundo, y quizás lo más importante, las Partes contratantes han acordado expresamente que su consentimiento al arbitraje es incondicional.

577. Por lo tanto, ninguna disposición en virtud del Artículo 11 puede verse o debe entenderse como la creación de una condición suspensiva para que una disputa sea presentada de manera válida.

578. En otras palabras, la defensa *ratione voluntis* de la Demandada a este respecto es simplemente sin mérito y en consonancia con una práctica de alegato que plantea cada defensa reconocible existente, independientemente del mérito o aplicabilidad. Este enfoque de un proceso contencioso simplemente cruza los parámetros de buena fe y razonabilidad básica.

- e. Colombia está planteando estas dos defensas de mala fe para abusar del proceso

579. Suponiendo, en aras de la argumentación, que las dos disposiciones del TLC en las que se basa la Demandada se aplicaran, la estrategia de la Demandada debería fallar debido a su naturaleza *abusiva*.

580. Las dos defensas de la Demandada no son más que otro intento descarado de negar el acceso de los Demandantes a la justicia mediante el recurso a argumentos legales espurios. Ni el argumento ni la actitud deben ser respaldados. La Demandada ha resuelto que los Demandantes no deberían tener acceso a la justicia y, en cualquier medida, continuará con su estrategia de persecución.

581. Es importante aclarar el alcance y el objetivo de los Artículos 10.15 y 10.16.2 del TLC.

582. Ninguno de los dos artículos tiene por objeto proporcionar al Estado demandado ningún tipo particular de protección ni debe imponer ninguna condición suspensiva que deba cumplirse antes de que puedan iniciarse los procedimientos de arbitraje. *El único objetivo de estas dos disposiciones es facilitar las negociaciones de solución antes de que la disputa sea sometida a arbitraje.*

583. Ese objetivo es significativo en los casos en que la existencia de una controversia pueda no ser conocida por el Estado anfitrión. De hecho, ese es el propósito de estas disposiciones. El ejemplo típico de tal situación es una disputa presentada como resultado de un cambio de buena fe en los actos legislativos o

reglamentarios que afectan a un gran número de inversiones extranjeras o sectores industriales enteros.

584. Segundo, la presente disputa es el resultado de una estrategia deliberada implementada por los niveles más altos del gobierno colombiano contra individuos extranjeros (no colombianos) específicos. Colombia sabe muy bien que maltrató y discriminó a la familia Carrizosa. Colombia es consciente de que la familia Carrizosa está buscando *todas* las vías disponibles y compatibles para defender sus derechos y reivindicar un error. La Demandada conocía esta disputa mucho antes de que comenzara el presente arbitraje.

585. Esta disputa ha estado sucediendo por varios años. La Demandada lo ha reconocido. Los Demandantes han intentado en múltiples ocasiones crear las condiciones para el acuerdo. La Demandada no aceptó.

586. Al menos dos casos son emblemáticos y dejan claro que es una violación de la ética básica haber planteado estas defensas.

f. El debate ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

587. Antes de comenzar este arbitraje, los Demandantes han seguido canales políticos de reconciliación en parte presentando una solicitud ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

588. Como se explica en la parte de esta Réplica que aborda la defensa “fork in the road” de la Demandada,³⁴³ la iniciativa ante la CIDH no constituye un medio vinculante de solución de controversias comparable o en conflicto con el presente arbitraje. De hecho, el resultado más exitoso para los peticionarios ante la CIDH sería una recomendación de que la CIDH pueda ordenar a Colombia que aborde las violaciones de derechos humanos allí en cuestión.

589. Sin embargo, la Demandada nunca intentó embarcarse en ninguna consulta o negociación con los Demandantes. La razón de este fracaso es simple y desalentadora. La Demandada no desea consultar ni negociar con los Demandantes.

³⁴³ *Ver infra* en Parte IV, A.

590. La paradoja asociada con la defensa de la Demandada es que el Artículo 40 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contiene un procedimiento para la solución amistosa de controversias. Si Colombia hubiera estado interesada en consultas y negociaciones, habría instigado ese procedimiento.³⁴⁴

³⁴ El artículo 40 establece lo siguiente:

⁴

ARTÍCULO 40. Solución amistosa

1. Por iniciativa propia o por solicitud de cualquiera de las partes, la Comisión se pondrá a disposición de las partes interesadas, en cualquier etapa del examen de una solicitud o caso, con el fin de llegar a una solución amistosa del asunto sobre la base del respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.
2. El procedimiento de solución amistosa se iniciará y continuará con el consentimiento de las partes.
3. Cuando lo considere necesario, la Comisión puede confiar a uno o más de sus miembros la tarea de facilitar las negociaciones entre las partes.
4. La Comisión puede finalizar su intervención en el procedimiento de solución amistosa si considera que el asunto no es susceptible a tal resolución o si alguna de las partes no da su consentimiento a su solicitud, decide no continuarla o no mostrar la voluntad de llegar a una solución amistosa basada en el respeto de los derechos humanos.
5. Si se llega a una solución amistosa,
[...]
6. Si no se llega a una solución amistosa, la Comisión continuará procesando la solicitud o el caso.

591. Además, mediante la carta de fecha 25 de abril de 2019, el Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos informó a la familia Carrizosa que se le había otorgado a Colombia tres meses para que envíe sus comentarios sobre las peticiones de la familia Carrizosa. En esa misma carta, el Secretario Ejecutivo le recordó al destinatario las disposiciones relativas a la solución establecidas en el Artículo 40. Ver C-32.

592. La Demandada, por supuesto no cumplió con la solicitud. Ahora no puede presentarse ante este Tribunal con las manos sucias, citando la disposición incorrecta del tratado incorrecto, y la solicitud de desestimación de un caso en el que el Poder Ejecutivo del gobierno de la República de Colombia obligó a la Corte Constitucional a robar la sentencia del Consejo de Estado superior a \$ 200,000,000 contra Colombia y a favor de los Demandantes, y afirman que no se realizó nada para explorar la solución amistosa de las diferencias entre las Partes.

593. La solicitud de Colombia es frívola e irrespetuosa con este procedimiento y con su propia posición como soberano.

594. Solo para resumir los hechos y su significado legal con respecto al intento de abuso del proceso de la Demandada.

g. La carta que acompaña a la solicitud de arbitraje

595. En enero de 2018, el abogado de los Demandantes entregó a la Demandada la Solicitud de Arbitraje de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI, en virtud del cual se inició el presente procedimiento.

596. La Solicitud de Arbitraje fue acompañada por una carta fechada el 24 de enero de 2018.³⁴⁵ En esa correspondencia, la Demandada fue explícitamente invitada a explorar discusiones sobre un acuerdo. La carta en la parte pertinente dice:

Si desea discutir cualquier posible acuerdo no arbitral de este procedimiento, no dude en ponerse en contacto conmigo cuando lo desee. Opinamos que las oportunidades de acuerdo en el futuro, al menos desde la perspectiva de los demandantes, de hecho, disminuirán.³⁴⁶

597. La Demandada ni siquiera se molestó en abordar esa oferta y nunca respondió a la sincera propuesta de los Demandantes. Tener a la Demandada quejándose porque afirma que, bajo el pretexto de las disposiciones incorrectas, el consentimiento para

³⁴⁵ *Id.*

³⁴ *Id.*

⁶

predicar las conversaciones amistosas no se cumplió, es el apogeo de la duplicidad y la argucia.

598. Finalmente, además de los argumentos de hecho, legales y éticos mencionados anteriormente, los Demandantes desean proporcionar al Tribunal Arbitral evidencia de naturaleza empírica que demuestra que la Demandada no desea negociar. Si Colombia está realmente interesada en consultas y negociaciones:

Por el presente, los Demandantes se declaran disponibles para reunirse con los representantes de la Demandada a su conveniencia antes de la Audiencia sobre Jurisdicción para consultar y negociar una solución de la presente disputa.

599. Los Demandantes esperan la reacción de la Demandada.

h. Observaciones específicas con respecto a cada defensa bajo el TLC

600. En aras de la exhaustividad y para demostrar al Tribunal que las defensas de la Demandada carecen de fundamento independientemente del tratado analizado, los Demandantes abordarán ahora, por separado, cada una de las dos defensas *ratione voluntatis* en esta sección.

i. Cuestiones de interpretación y uso de precedentes

601. Los Demandantes insisten en que la Regla de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) debe tener algún significado y efecto.

602. De conformidad con el Artículo 31 de la CVDT, un tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito, además de, por supuesto, cualesquiera normas relevantes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las partes.

603. La Demandada aquí simplemente está actuando de mala fe. Es lamentable que a este Tribunal se le haya presentado un “análisis” de esta naturaleza y calidad.

j. Consulta y negociación

604. La disposición pertinente bajo el TLC (es decir, el tratado equivocado) dice lo siguiente:

Artículo 10.15 En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.

(énfasis nuestro).

605. No existe un requisito obligatorio de predicado bajo esta disposición. No proporciona una base racional para solicitar la desestimación de un procedimiento.

606. El lenguaje es indiscutible. El Artículo 10.15 no hace más que sugerir lo que, en general, sería una regla de compromiso deseable, es decir, consultar y negociar antes de comenzar los procedimientos formales. Como era de esperar, no existe una sanción asociada a la falta de consulta y negociación. Ningún análisis razonable de buena fe puede proporcionar una base para inferir que esta disposición representa una condición jurisdiccional suspensiva.

607. Además, la naturaleza no vinculante de la disposición en virtud del (Art. 10.15) es confirmada por el propio artículo en virtud del Art. 10.16.1 del TLC:

En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación...

(énfasis nuestro).

608. El Artículo 10.16.1 deja a la apreciación y evaluación de la parte contendiente decidir si hay alguna posibilidad creíble de resolver la disputa y, por lo tanto, si se intentan consultas y negociaciones en primer lugar. Dicha disposición estaría en contradicción con una disposición vinculante y obligatoria de consulta y negociación.

609. Es igualmente importante subrayar los siguientes aspectos del Artículo 10.15:

a. No indica ningún periodo después del cual se puedan iniciar procedimientos de arbitraje. Por lo tanto, como se desprende inmediatamente del texto de la disposición:

- i. no hay obligación de consulta y negociación, y**
- ii. las partes contendientes pueden iniciar consultas y negociaciones en cualquier momento si así lo desean.**

b. La disposición contempla a las dos partes implicadas en la controversia, y no solo al demandante. Dice: “ En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar [...]”. No hay evidencia registrada de que la Demandada haya intentado entablar consultas o negociaciones con los Demandantes. De hecho, el registro muestra lo contrario. A pesar de las numerosas oportunidades para acercarse a los Demandantes para discutir la presente controversia, Colombia no lo hizo.

Como resultado, suponiendo a modo de ejemplo que la disposición en cuestión tuviera un efecto vinculante, lo que obviamente no tiene, la Demandada no podría haberse acogido de buena fe a una disposición que la Demandada misma no ha cumplido. Esto se entendería en observancia de un principio básico del derecho expresado por la máxima en latín *inadimplenti non est adimplendum* (es decir, una parte incumplidora no puede esperar el cumplimiento de la otra parte).

c. El Artículo 10.15 contempla a las partes contendientes como “demandante” y “demandado”, mientras que en otras partes del Capítulo 10 las partes implicadas en la controversia son identificadas como las partes contendientes.

610. Ese lenguaje corrobora una lectura de la disposición en línea con la posición de los Demandantes. La negociación y la consulta no son requisitos jurisdiccionales vinculantes y pueden llevarse a cabo en cualquier momento, incluso durante los procedimientos de arbitraje una vez que las partes contendientes técnicamente se han convertido en “demandante” y “demandado”. Por supuesto, sería preferible que tal intento se llevara a cabo en una etapa temprana de la controversia, de ahí el uso del adverbio *inicialmente* en el Artículo 10.15.

611. La Demandada se basa en tres decisiones para respaldar su defensa *ratione voluntis* con respecto a la presunta falta de consulta y negociación con Colombia antes de iniciar los procedimientos de arbitraje. Las citas solo se ofrecen con respecto a uno de esos casos. Los otros dos casos se mencionan en una nota al pie vinculada a la siguiente oración lapidaria en el párrafo 284:³⁴⁷ “Los tribunales han tratado requisitos similares de solución amistosa en otros tratados como requisitos jurisdiccionales”.

³⁴⁷

Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 284.

612. Esos tres casos son inaplicables porque los hechos relevantes y las disposiciones legales son diferentes de los hechos de este procedimiento, así como con respecto a las disposiciones legales y de gobierno en las que se basa la Demandada.

613. En lugar de explicar por qué un caso es relevante y cómo se debe aplicar una conclusión al presente caso, la Demandada simplemente recita fragmentos y conclusiones no relacionados de los casos que comparten poca semejanza con la presente controversia. En otras palabras, la Demandada ofrece un mantra trillado de *dicta* que no ayuda al Tribunal ni, de hecho, a su propio caso.

614. El conjunto principal del entramado proviene del caso de *Murphy c. Ecuador*, un caso presentado de conformidad con las disposiciones del TBI de Ecuador y Estados Unidos. El Artículo VI del TBI de EE. UU-Ecuador establece en parte lo siguiente:

[...] 2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución [...]:

3. (a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio.

(énfasis nuestro).

615. Las disposiciones aplicables en *Murphy c. Ecuador* establecieron un sistema que no es en absoluto comparable a las disposiciones de solución de controversias que la Demandada desea aplicar a la presente disputa. Aquí el enfoque de “cortar y pegar” para el análisis legal tampoco no funciona.

616. En virtud del TBI de Ecuador y EE. UU., los Estados contratantes diseñaron un escenario mucho más convincente para la aplicación de la disposición relativa a la consulta y la negociación. Las Partes en ese TBI acordaron expresamente que los procedimientos de arbitraje podrían iniciarse “siempre y cuando” la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses

617. Es posible identificar un elemento adicional de separación entre el material de *Murphy c. Ecuador* y el presente arbitraje. La disputa en *Murphy c. Ecuador* surgió de la implementación *erga omnes* de una nueva legislación que afecta el desempeño financiero de una multitud de inversionistas. En el caso ante este Tribunal, hubo una acción del Estado diseñada y desarrollada *ad personam*.

618. Esa acción del Estado fue denunciada y conocida por Colombia. De hecho, Colombia misma a través del lenguaje de su propio Tribunal supremo de instancia de apelación final falló en contra del Estado y a favor de los Demandantes. La demanda relacionada con la acción en cuestión fue que los documentos del Consejo de Estado buscaban la reconsideración del fallo de la Corte Constitucional.

619. Los otros dos casos mencionados como ejemplos de disputas con “requisitos similares” de solución amistosa son *Salini c. Jordania* y *Enron c. Argentina*.

620. En *Salini c. Jordania*, el artículo 9 del TBI Italia-Jordania en la parte pertinente establece:

1- Cualquier disputa que pueda surgir entre una de las Partes Contratantes y los inversionistas de la otra Parte Contratante sobre inversiones, incluidas las disputas relacionadas con el monto de la compensación, debe ser resuelto amigablemente, en la medida de lo posible.

2- En caso de que el inversionista y una entidad de las Partes Contratantes hayan estipulado un Acuerdo de inversión, se aplicará el procedimiento previsto en dicho acuerdo.

3- En caso de que dicha disputa no pueda resolverse de manera amigable dentro de los seis meses a partir de la fecha de la solicitud escrita de resolución, el inversionista en cuestión puede presentar a su elección la disputa para la resolución a [...].

(énfasis nuestro).

621. Los hechos y las disposiciones aplicables en *Salini* son totalmente diferentes del presente caso. De hecho, el Tribunal en *Salini* se ocupó principalmente de la aplicación del Art. 9(2) porque el conflicto de inversión surgió por un incumplimiento de contrato.

622. En lo que respecta al Artículo 9(l)(3) el Tribunal encontró:

100. El Tribunal recuerda que no hay dudas sobre la aplicación del mecanismo de solución de controversias previsto en

los Artículos 9(1) y 9(3) en caso de que haya una supuesta violación de una disposición del TBI. *El punto en cuestión en el presente caso es si el mecanismo es igualmente aplicable a disputas contractuales.* El Tribunal observa que los tribunales del CIADI han tomado posiciones divergentes sobre este asunto *en casos de presuntos incumplimientos de contratos* celebrados entre un inversionista extranjero y un Estado Parte en un TBI. Pero ese no es el caso aquí. De hecho, el contrato en cuestión se celebró entre las Demandantes y la Autoridad del Valle del Jordán, que según las leyes de Jordania que rigen el contrato, tiene una personalidad jurídica distinta de la del Estado Jordano (véase el párr. 84 anterior). Ahora, uno puede dudar si los Artículos 9(1) y 9(3) también cubren incumplimientos de un contrato celebrado en nombre de un inversionista y una entidad que no sea un Estado Parte, y el Tribunal observa que varios tribunales del CIADI ya han *transmitido* decisiones contra tales extensiones de jurisdicción (*ver Salini Costruttori e Italstrade c. Kingdon de Marruecos*, caso No. ARB /00/06, decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, párrs. 60 a 62; *Consortio RFCC c. Reino de Marruecos*, caso núm. ARB / 00/06, Decisión sobre jurisdicción del 22 de diciembre 2003, párrs. 67 a 69).

101. Sin embargo ; no se requerirá que el Tribunal decida si los Artículos 9(1) y 9(3), tomados en forma aislada, podrían cubrir las disputas contractuales en cuestión en este caso. De hecho, el Artículo 9(2) del TBI obliga a referir tales disputas a los mecanismos de solución de disputas previstos en los contratos y, en lo que respecta a tales disputas, excluye el recurso al procedimiento establecido en el Artículo 9(3) para tales disputas (ver párr. 60 anterior).

(énfasis nuestro).

623. Ni la matriz de hechos ni la disposición pertinente tienen *nada* que ver con este caso.

624. La disputa entre Enron y Argentina se rigió por el TBI entre Estados Unidos y Argentina. Esas disposiciones son diferentes de las disposiciones en las que se basa la Demandada en el Capítulo 10 del TLC. El Artículo VII (2) del TBI de EE. UU. -Argentina establece lo siguiente:

2. En caso de disputa de inversión, las partes en disputa deben inicialmente buscar una resolución mediante consulta y negociación. Si la disputa no puede resolverse de manera amigable, el nacional o la sociedad en cuestión pueden optar por presentar la disputa para su resolución.

(énfasis nuestro).

625. Similar al TBI entre Estados Unidos y Ecuador, el Artículo VII(3) del TBI entre Estados Unidos y Argentina establece:

(a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 (a) o (b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia [...]

(énfasis nuestro).

k. La Demandada omite selectivamente partes relevantes de la autoridad relevante

626. La referencia al caso de *Enron* figura en la nota 629. Es allí donde la Demandada señala el párrafo 88 de la decisión sobre la jurisdicción del 14 de enero de 2004 como el fallo relevante.

627. De hecho, no hay una decisión real. La razón de la ausencia de un fallo respalda el argumento de las Demandantes de que Colombia no puede plantear esta *defensa “ratione voluntariatis”*.

628. En su apresurada operación de cortar y pegar, la Demandada de alguna manera no indicó que en el párrafo 87 de esa Decisión sobre Jurisdicción, el Tribunal explicó que el cumplimiento del período de consulta en relación con las *reclamaciones* adicionales *no era necesario porque había suficientes pruebas que Argentina no estaba dispuesta a negociar*. Esto es lo que explicó el Tribunal:

87. La cuestión relativa al cumplimiento del *período de consulta de seis meses se vuelve, por lo tanto, discutible*. Si la República Argentina tuvo la oportunidad de considerar negociaciones con los inversionistas con motivo de los primeros reclamos, y los reclamos que siguieron no involucraron ningún elemento nuevo, el cumplimiento de este requisito evidentemente se cumple. Esto es particularmente cierto en vista del hecho de que la República Argentina no aprovechó la posibilidad de resolver la disputa durante ese período de inicio.

(énfasis nuestro).

629. Todos y cada uno de los casos en los que la Demandada se basó fueron juzgados sobre la base de hechos y tratados que eran completamente diferentes. Esta situación no es una en la que las mentes razonables puedan sacar conclusiones diferentes del mismo conjunto de hechos. La Demandada tergiversó rotundamente el razonamiento y el contenido de la autoridad en la que se basaba.

630. En su peculiar forma de presentar y confiar en la jurisprudencia, la Demandada parece omitir varios casos importantes. Se puede encontrar una participación relevante en la sentencia *Biwater Gauff c. Tanzania*.³⁴ Art. 8 (3) del TBI del Reino Unido-Tanzania, en la parte pertinente, establece:

(3) Si surge una disputa de este tipo y no se puede llegar a un acuerdo dentro de los seis meses entre las partes en esta disputa mediante la búsqueda de recursos locales o de otra manera, entonces [...]

631. El Tribunal interpretó esa disposición de la siguiente manera:

343. [...] este período de seis meses es *procesal* y *directorio* por naturaleza, en lugar de jurisdiccional y obligatorio. Su propósito subyacente es facilitar oportunidades para una solución amistosa. Su propósito no es impedir u obstaculizar los procedimientos de

³⁴⁸ *Biwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania, Caso CIADI No. ARB / 05/22 (Laudo), 1 (343-348 .*

arbitraje, donde tal solución no es posible. El incumplimiento del período de seis meses, por lo tanto, no impide que este Tribunal Arbitral proceda. Si lo hiciera, la disposición tendría efectos curiosos, que incluyen:

- evitar el procesamiento de un reclamo y obligar al demandante a no hacer nada hasta que hayan transcurrido seis meses, incluso cuando las negociaciones adicionales son obviamente inútiles o la conciliación obviamente imposible por cualquier motivo;**
- obligar al demandante a reiniciar un arbitraje iniciado demasiado pronto, incluso si el período de seis meses ha transcurrido para cuando el Tribunal Arbitral considere el asunto.**

348. Renuncia: Incluso si el período de seis meses en el Artículo 8 (3) constituye una condición suspensiva estricta a la jurisdicción de este Tribunal de Arbitraje, o la admisibilidad de reclamaciones de BGT, el Tribunal de Arbitraje considera que tal condición fue cortado por la República, o no se puede confiar en ella, ya que fueron las propias acciones de la República de mayo a junio de 2005 (en particular, sus declaraciones públicas; deportación del personal de City Water; y la toma forzada del Proyecto) lo que efectivamente excluía cualquier

posibilidad de negociación entre las partes.

(énfasis nuestro).

632. En el caso bien conocido de *Lauder c. República Checa*³⁴⁹ se pidió al Tribunal que hiciera cumplir la siguiente disposición en virtud del Art. VI del TBI celebrado en 1991 por los Estados Unidos con la entonces Checoslovaquia:

2. En caso de una disputa de inversión entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte, las partes en la disputa buscarán inicialmente resolver la disputa mediante consulta y negociación [...]. Sujeto al párrafo 3 de este Artículo, si la disputa no puede resolverse mediante consulta y negociación, la disputa se presentará para su solución de acuerdo con los procedimientos de solución de controversias aplicables previamente acordados; todos los procedimientos de solución de controversias, incluidos los relacionados con la expropiación, especificados en el acuerdo de inversión seguirán siendo vinculantes y serán exigibles de conformidad con los términos del acuerdo de inversión, las disposiciones pertinentes de las leyes nacionales y los acuerdos internacionales aplicables con

³⁴⁹ Ronald S. Lauder c. República Checa CNUDMI (Sentencia Final), 1 (186 —190).

respecto a la ejecución de los laudos arbitrales.

3. (a) En cualquier momento después de seis meses a partir de la fecha en que surgió la disputa, el nacional o la sociedad en cuestión pueden optar por dar su consentimiento por escrito a la presentación de la disputa para su solución mediante conciliación o arbitraje vinculante [...]

633. El Tribunal determinó lo siguiente:

187. Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera *que este requisito de un período de espera de seis meses del Artículo VI (3) (a) del Tratado no es una disposición jurisdiccional, es decir, un límite establecido a la autoridad del Tribunal Arbitral para decidir sobre los méritos de la disputa, sino una regla de procedimiento que debe cumplir el Demandante (Ethyl Corp. c. Canadá, CNUDMI 24 de junio, 1998, 38 ILM 708 (1999), párrafos 74-88)*. Como se indicó anteriormente, el propósito de esta regla es permitir que las partes participen en negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje.

188. [...] no hay pruebas de que el Demandado hubiera aceptado entablar negociaciones [...]

189. Por otra parte el Demandado no propuso a entablar negociaciones con el Demandante luego de las declaraciones de este último en su Aviso de Consentimiento del 19 de agosto de 1999, presentado junto con la notificación de arbitraje, que quedó “abierto a cualquier esfuerzo de buena fe de la República Checa para remediar esta situación”. Si el Demandado hubiera estado dispuesto a entablar negociaciones con el Demandante, en el espíritu del Artículo VI (3) (a) del Tratado, habría tenido muchas oportunidades para hacerlo durante los seis meses posteriores a la notificación de arbitraje del 19 de agosto de 1999.

190. Insistir en que el procedimiento de arbitraje no puede iniciarse hasta 6 meses después la Notificación de Arbitraje del 19 de agosto de 1999, equivaldría, en las circunstancias de este caso, a un enfoque innecesariamente demasiado formalista que no serviría para proteger ningún interés legítimo de las Partes.

191. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral sostiene que el requisito del período de espera de seis meses en el Artículo VI (3) (a) del Tratado no le impide tener

jurisdicción en el presente procedimiento.
350

(énfasis nuestro).

634. Esta razón representa la opinión mayoritaria sobre el tema. Más importante aún, es el enfoque más reflexivo y mejor razonado que se centra en la sustancia sobre la forma y, por esta razón, fomenta mejor el mayor interés del derecho internacional público en su conjunto.

³⁵⁰El objetivo de las disposiciones previas al arbitraje fue explicado claramente por el Tribunal en *Alps Finance c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, con referencia a una de las principales autoridades sobre arbitraje de inversiones. CLA-164.

204. Sin embargo, como observó el comentarista más destacado del Convenio del CIADI, “la cuestión de si un período de espera obligatorio es jurisdiccional o procesal es de importancia secundaria. Lo que importa es si hubo o no una oportunidad prometedora para un acuerdo. No tendría mucho sentido rechazar la jurisdicción y enviar a partes a la mesa de negociaciones si estas negociaciones son obviamente inútiles. Las negociaciones siguen siendo posibles mientras los procedimientos de arbitraje están pendientes. Incluso si la institución del arbitraje fuera prematura, obligar al demandante a iniciar el proceso nuevamente sería una solución muy poco económica.

3. La Notificación de Intención

635. En el párrafo 286 de su Respuesta, la Demandada argumenta que los Demandantes no han observado la disposición de notificación de intención en virtud del Art. 10.13.2 del TLC. Esa referencia es inexacta y probablemente solo sea un error tipográfico. De hecho, la Demandada hace referencia al Art. 10.16.2 del TLC.

636. Artículo 10.16.2:

Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje.

637. Como ya se señaló muchas veces, las disposiciones de solución de controversias del Capítulo 10 del TLC no son aplicables a este caso. Esta disputa está siendo arbitrada bajo las disposiciones de solución de controversias (Artículos 11 y 12) del TBI Colombia-Suiza.

638. El TBI entre Colombia y Suiza no contiene ninguna disposición en el sentido de que un posible demandante deba entregar al posible demandado una notificación por escrito de intención de someter el reclamo a arbitraje. Por lo tanto, la defensa de la Demandada simplemente está fuera de lugar.

639. En cualquier caso, incluso si las disposiciones de solución de controversias del TLC se aplicaron a este caso, lo cual no es así, el Art. 10.16.2 no es exigible como sugiere la Demandada. El objetivo de la disposición es garantizar que se proporcione la debida notificación al posible Demandado con respecto al (i) conocimiento relativo a un reclamo inminente, y (ii) detalles relativos tanto al posible demandante como al reclamo mismo.

640. Toda esa información estaba fácilmente disponible para Colombia mucho antes de que comenzara este arbitraje.

641. Sería injusto para los Demandantes y para la propia legitimidad del proceso si Colombia pudiera basarse en una lectura formal de una disposición del tratado a pesar de la evidencia concluyente de que se logró el único objetivo de la disposición. Además, la disposición del artículo 10.16.2 no se aplica al presente caso.

642. Aquí, de nuevo, está vigente una referencia final al enfoque de la Demandada de cortar y pegar para usar de precedente.

643. El primer caso invocado por la Demandada es *Western Enterprise c. Ucrania*. Dos cuestiones requieren atención.

644. El Tribunal en ese caso reconoció que el objetivo de una notificación de intención es permitir que el Estado examine y posiblemente resuelva la disputa mediante negociación. Por lo tanto, cuando el Estado demandado haya tenido conocimiento de la disputa y no haya demostrado una actitud que sirva de base para las

negociaciones de solución de buena fe, la entrega de una notificación de intención se vuelve discutible e inútil. ³⁵¹

645. El Tribunal en *Western Enterprise* rechazó la afirmación de la Demandada de que la falta de una notificación de intención debe dar lugar a que se desestime la acción. ³⁵²

646. En otro caso más de cita “selectiva” de cortar y pegar, la Demandada no mencionó la parte más importante de la ‘Orden’ emitida por el Tribunal en *Western Enterprises*.

647. El Tribunal había ordenado a las partes que intentaran negociaciones y no rechazó la acción por falta de consentimiento. *De hecho, el Tribunal Arbitral declaró que la falta de notificación no afectaba la jurisdicción*; La parte relevante de la Orden del Tribunal obliga a leerla en su totalidad :

5. La notificación adecuada es un elemento importante del consentimiento del Estado para el arbitraje, ya que le permite al Estado, actuando a través de sus órganos competentes, examinar y posiblemente resolver la disputa mediante negociaciones.

³⁵¹ Ver RLA-0049 ¶ 5.

³⁵² Ver RLA-0049 ¶ 7.

6. No se dio la notificación adecuada de la presente reclamación.

7. Esta conclusión no afecta, en sí misma, la jurisdicción del Tribunal.

El Demandante debe tener la oportunidad de corregir la notificación deficiente. Por otro lado, el proceso no debe suspenderse indefinidamente.

8. En consecuencia, el Tribunal invita al Demandante a (A) presentar pruebas dentro de los 30 días de esta Orden de que ha notificado debidamente al Demandado, y (B) indicar al Tribunal dentro de los 30 días + 6 meses, si el Demandante desea continuar con el reclamo. Los procedimientos se suspenderán durante 6 meses a partir de la fecha de cualquier notificación adecuada presentada al Tribunal de conformidad con (A), a menos que ambas partes acuerden reactivar los procedimientos antes.

(énfasis nuestro).

648. La conclusión del Tribunal según la cual la falta de entrega de la notificación de intención *no* afecta a la jurisdicción, es particularmente importante. Ahora queda claro por qué la Demandada no reveló la totalidad de la propuesta para la cual el caso es válido.

649. En *Western Enterprise*, la reclamación fue presentada bajo las disposiciones del TBI entre Estados Unidos y Ucrania. Ese TBI, en el Artículo VI (3), dice:

(a) Siempre y cuando el nacional o la sociedad en cuestión no haya presentado la controversia para su resolución en virtud del párrafo 2 (a) o (b) y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la controversia, el nacional o la sociedad en cuestión puede optar por dar su consentimiento por escrito a la presentación de la disputa para su solución mediante arbitraje obligatorio [...]

(b) Una vez que el nacional o la sociedad en cuestión haya dado su consentimiento, cualquiera de las partes en la controversia puede iniciar un arbitraje de acuerdo con la opción especificada en el consentimiento.

650. Esa disposición del tratado no es infrecuente. De hecho, impregna muchos casos en los que se basa la Demandada. Los procedimientos de arbitraje previo a la no observancia, incluso en los casos en que la redacción del tratado es obligatoria, que no es el caso aquí, no resulta en la falta de jurisdicción.

651. El segundo caso en el que se basa la Demandada es *Burlington c. Ecuador*. La disposición de solución de controversias pertinente establece:

2. En el caso de una disputa de inversión, las partes en la disputa

procuran primero una resolución mediante consulta y negociación. Si la disputa no puede resolverse de manera amigable, el nacional o la sociedad interesado ***puede optar por*** presentar la disputa, bajo una de las siguientes alternativas, para su resolución: [...]

3. (a) Siempre y cuando el nacional o la sociedad en cuestión no haya presentado la disputa para su resolución bajo el párrafo 2 (a) o (b) y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la disputa, el nacional o la sociedad en cuestión pueden optar por dar su consentimiento por escrito a la presentación de la disputa para su solución mediante arbitraje vinculante [...].

(énfasis nuestro).

652. Primero, la Demandada declaró expresamente en el párrafo 288 de la Respuesta que la disposición mencionada anteriormente, que es una disposición *muy* común, no requería expresamente ninguna obligación de notificar a la Demandada seis meses antes de someter la disputa a arbitraje [...].

653. En segundo lugar, la Demandada combina los argumentos relacionados con la entrega de una notificación de intención con argumentos relacionados con un período de reflexión de seis meses.

654. En tercer lugar, el Tribunal centró su análisis en la importancia del período de reflexión de seis

meses para brindarle al Estado demandado la oportunidad de evaluar el reclamo y posiblemente repararlo.

655. El Tribunal planteó esa cuestión con respecto a una disputa por incumplimiento del estándar de protección del trato de seguridad y protección, que el Demandante no había planteado antes de la presentación de la Solicitud de Arbitraje:

311. El Tribunal acuerda que la Solicitud de Arbitraje informa adecuadamente a la Demandada de una disputa en relación con su obligación de protección y seguridad en el Bloque 24 debido a la oposición de las comunidades indígenas. En la Solicitud, después de describir brevemente el problema de la oposición de las comunidades indígenas locales en el Bloque, el Demandante concluye que “Ecuador no ha brindado [a Burlington] ningún apoyo real para resolver los problemas, y no ha brindado seguridad a las instalaciones, el personal y las actividades de hidrocarburos de Burlington.

312. Sin embargo, la Solicitud de Arbitraje es demasiado tarde para informar al Demandado de una disputa. El requisito del período de espera de seis meses del Artículo VI está diseñado precisamente para brindar al Estado la oportunidad *de reparar* la disputa antes de que el inversionista decida someterla a arbitraje. El Demandante solo ha informado al Demandado de esta disputa *con la presentación* de la disputa al arbitraje del CIADI, privando a la Demandada de la oportunidad, según lo *estipulado* por el Tratado, de reparar la disputa *antes de* someterla a arbitraje.

(énfasis nuestro).

656. El caso presentado por los Demandantes aquí es materialmente diferente. Como se explica en la parte introductoria de esta sección, Colombia estaba al tanto de la disputa, conocía todos los aspectos de la disputa y desperdiciaba todas las oportunidades para abordar y resolver la situación.

657. En el caso *Burlington c. Ecuador*, los reclamos surgieron de (i) la implementación de una nueva ley que afecta el mercado de hidrocarburos y (ii) las oposiciones de las comunidades indígenas locales con respecto a las cuales Burlington desarrolló su Reclamación por incumplimiento de la obligación de protección y seguridad. El tipo de reparación aplicable y solicitada en ese caso implicaba más que el pago de daños compensatorios.

658. La nueva ley, por definición, era una medida emitida *erga omnes* y Ecuador no podía comprender si y en qué medida la nueva ley podría afectar a los inversionistas extranjeros.

659. El presunto incumplimiento de la obligación de protección y seguridad surgió de actividades de las que Ecuador podía ser responsable, pero esas actividades no habían sido realizadas por el propio Ecuador. Ecuador sabía poco o nada acerca de los disturbios y no estaba al tanto de una disputa como tal. La matriz de hechos completa es un polo opuesto del caso ante este Tribunal.

660. En *Burlington c. Ecuador*, la necesidad de informar al Estado anfitrión de la existencia de una disputa y la naturaleza de la disputa estaba muy viva y en juego. Ese no es el caso en este arbitraje. Aquí el Estado anfitrión mismo implementó estrategias *ad hoc* dirigidas a expropiar las inversiones de los Demandantes y la naturaleza de la disputa era conocida por Colombia. El poder ejecutivo del gobierno de Colombia inició una crisis dentro de su propio poder judicial, haciendo que la Corte Constitucional usurpara la jurisdicción de su Tribunal de pares de igual jerarquía, el Consejo de

Estado. “Notificación” y “conciencia” no estaban en cuestión.

661. En una nota al pie en el párrafo 635 de su Respuesta, la Demandada también hace referencia a la decisión *Supervisión y Control c. Costa Rica*. La Demandada no articula ningún argumento en relación con la cita.

662. Con el fin de ayudar al Tribunal, los Demandantes aquí destacan aspectos de esa disputa que son relevantes para este procedimiento.

663. La disputa fue presentada bajo las disposiciones del TBI España-Costa Rica. En la parte relevante, ese TBI proporciona lo siguiente:

ARTICULO XI Controversias entre una parte contratante e inversores de la otra parte contratante 1° - Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes e inversor de la otra Parte Contratante respecto a las cuestiones reguladas por el presente Acuerdo *se notificará por escrito, incluyendo* una información específica , por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión.

En la medida de lo posible, las Partes en controversia trataran de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

2 ° -Si la controversia no puede ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de

notificación escrita mencionada en el párrafo 1, el inversionista podrá remitir la controversia [...].

(énfasis nuestro).

664. Esta disposición es completamente diferente de las disposiciones del TBI entre Colombia y Suiza en las que se basan los Demandantes. También es significativamente diferente de la disposición de resolución de conflictos en el capítulo 10 del TLC que a Colombia le gustaría haber aplicado a este caso.

665. En la nota al pie 640 de Respuesta de la Demandada, se hace referencia a *Enron v Argentina*. Ese caso fue presentado bajo el TBI EE.UU.-Argentina. La disposición relevante ya se ha discutido, pero se hará referencia aquí para facilitar la consulta:

2. En el caso de una disputa de inversión, las partes en la disputa *deberían* buscar inicialmente una resolución mediante consulta y negociación. Si la disputa no puede resolverse de manera amigable, el nacional o la sociedad en cuestión *puede* optar por presentar la disputa para su resolución [...]

3. (a) Siempre y cuando el nacional o la sociedad en cuestión no haya presentado la disputa para su resolución conforme al párrafo 2 (a) o (b) y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la disputa, el nacional o la sociedad interesada *puede* optar por dar su

consentimiento por escrito a la presentación de la disputa para su solución mediante arbitraje vinculante [...].

(énfasis nuestro).

666. Las citas engañosas recurrentes sobre proposiciones simples son desalentadoras y desconcertantes. Más aún porque los Demandantes comenzaron cada análisis legal en su Memorando Inicial y en esta réplica al revelar y discutir la autoridad “adversa”.

667. Como ya se sugirió, incluso en presencia de un tratado que emplee un lenguaje aparentemente convincente (“siempre que”) el *Tribunal arbitral reconoció que las circunstancias del caso deberían tenerse en cuenta para establecer si el período de consulta de seis meses debe hacerse cumplir*. El lenguaje relevante nuevamente reformulado para facilitar la referencia es el siguiente:

87. La cuestión relativa al cumplimiento del *período de consulta de seis meses se vuelve, por lo tanto, discutible*. Si la República Argentina tuvo la oportunidad de considerar negociaciones con los inversionistas con motivo de los primeros reclamos, y los reclamos que siguieron no involucraron ningún elemento nuevo, el cumplimiento de este requisito evidentemente se cumple.

Esto es particularmente cierto en vista del hecho de que la República Argentina no aprovechó la posibilidad de resolver la disputa durante ese período de inicio.

(énfasis nuestro).

668. El Tribunal en *Bayindir Insaat Turzim c. Pakistán*,³⁵³ adoptó el mismo enfoque. Como se observó (en ¶ _80), el TBI Pakistán-Turquía estableció en la parte pertinente:

1. Las disputas entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, en relación con su inversión, *serán notificadas* por escrito, incluyendo información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible, el inversionista y la Parte Contratante interesada *se esforzarán* por resolver estas disputas mediante consultas y negociaciones *de buena fe*.

2. Si estas disputas no pueden resolverse de esta manera dentro de los seis (6) meses posteriores a la fecha de la notificación escrita mencionada en el párrafo I, las disputas pueden presentarse, según el inversionista lo elija, a [...]

(énfasis nuestro).

³⁵³ Ver CLA-13, *Bayindir Insaat Turzim c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB / 03/29 (Decisión sobre jurisdicción) : [95-102.

669. A pesar de la presencia de un lenguaje convincente en forma de verbo obligatorio “deber”, el Tribunal interpretó correctamente la disposición en armonía con el alcance y los objetivos de las notificaciones y los períodos de reflexión.

670. El objetivo de tales disposiciones es crear una oportunidad de solución. Por lo tanto, donde, como aquí, está ampliamente establecido que las partes son (i) conscientes de la disputa, y (ii) es poco probable que se resuelva, insistiendo en llevar a cabo las formalidades contenidas en el TBI se vuelve inútil, contraproducente y contra los mismos objetivos del TBI. El Tribunal determinó esto e incluso el demandado Pakistán, sobre el punto del principio, estuvo de acuerdo:

98. El Tribunal observa que Pakistán no ha negado que el objetivo principal del Artículo VII del TBI sea proporcionar la posibilidad de una solución de la controversia. En opinión del Tribunal, el propósito del requisito de notificación es permitir las negociaciones entre las partes que puedan conducir a un acuerdo. Significativamente, el Artículo VII(2) no dice, si estas disputas “no se resuelven” dentro de los seis meses sino “no se pueden resolver” dentro de los seis meses, lo cual implica una expectativa de que se hagan intentos de solución. Ante una situación similar, el tribunal en *Salini c. Marruecos* se negó a adoptar un enfoque formalista y declaró que un intento de llegar a un acuerdo amistoso implica simplemente “la existencia de motivos de

queja y el deseo de resolver estos asuntos fuera de los tribunales”.

99.El propio Pakistán admite que el requisito de notificación no puede constituir un requisito previo para la jurisdicción cuando los ‘pasos necesarios [...] son imposibles de tomar de las circunstancias del caso’.

100. El Tribunal está de acuerdo con la opinión de que el requisito de notificación no constituye un requisito previo para la jurisdicción. Contrariamente a la posición de Pakistán, el incumplimiento de este requisito no «vicia el caso del demandante». Como señaló Bayindir, exigir un aviso formal simplemente significaría que Bayindir tendría que presentar una nueva solicitud de arbitraje y reiniciar todo el procedimiento, lo que no sería ventajoso para nadie.

(énfasis nuestro).

671. Como en el caso ante este Tribunal, en *Bayindir c. Pakistán* el Estado anfitrión fue informado de la controversia con el inversionista extranjero, pero no hizo nada para sugerir siquiera la posibilidad de discusiones de solución.

102. *El Tribunal observa además que Pakistán no hizo ninguna propuesta para entablar negociaciones con Bayindir después de la notificación de Bayindir del 4 de abril de 2002, que hiciera referencia explícita al fracaso de los esfuerzos para negociar. Según opina el Tribunal, si Pakistán hubiera estado dispuesto a entablar negociaciones con Bayindir, en el espíritu del Artículo VII del TBI, habría tenido muchas oportunidades de hacerlo durante los seis meses siguientes a la notificación del 4 de abril 2002³⁶. En línea con el laudo dictado en *Lauder c. República Checa*, el Tribunal está dispuesto a determinar que evitar el comienzo del procedimiento de arbitraje hasta seis meses después de la notificación del 4 de abril de 2002, en las circunstancias de este caso, equivaldría a un enfoque innecesario y demasiado formalista que no serviría para*

proteger ningún interés legítimo de las Partes y sostiene 'que el periodo de espera de seis meses en [el TBI] no lo excluye de tener jurisdicción en el presente procedimiento.

103. Como resultado de esta conclusión, el Tribunal no discutirá el argumento adicional de Bayindir según el cual tendría derecho a ignorar el requisito de notificación del Artículo VII del TBI en virtud de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida contenida en el Artículo 11 (2) del TBI.

(énfasis nuestro).

672. Otro ejemplo de cómo los avisos de intención han sido interpretados por tribunales arbitrales se encuentra en *B-Mex v México*.³⁵⁴ En ese caso, el Tribunal Arbitral se enfrentó a la tarea de aplicar el Art. 1119 de la Notificación de Intención del TLCAN para presentar un reclamo de arbitraje:

El inversionista contendiente entregará a la Parte contendiente una notificación por escrito de su intención de presentar un reclamo a arbitraje al menos 90 días antes de que se presente el reclamo, y dicha notificación *deberá* especificar:

- (a) el nombre y la dirección del inversionista contendiente y, cuando se presente una reclamación de conformidad con el Artículo 1117, el nombre y la dirección de la empresa;**
- (b) las disposiciones de este Acuerdo que presuntamente fueron incumplidas y cualquier otra disposición relevante;**
- (c) las cuestiones y la base fáctica de la reclamación; y**
- (d) la reparación solicitada y la cantidad aproximada de daños reclamados.**

673. El Tribunal abordó la cuestión de si un demandante adicional en el procedimiento debería haber proporcionado al Estado demandado una notificación de

³⁵⁴ *B-Mex c. México, Caso CIADI No. ARB (AF) / 16/3 , (Laudo parcial) (19 de julio, 2019) ¶¶ 77-113, CLA-171.*

intención de iniciar un procedimiento. El Tribunal Arbitral trató el tema de la siguiente manera:

79. Como se establece a continuación, el Tribunal considera que el Artículo 1119 no condiciona el consentimiento de la Demandada al arbitraje en el Artículo 1122 y que el hecho de que los Demandantes Adicionales no emitan una notificación de intención no priva al Tribunal de jurisdicción sobre ellos.

[...]

81. *Primero, el Artículo 1119 se establece en términos obligatorios- 'deber". Sin embargo, no dice nada sobre las consecuencias de no incluir toda la información requerida en la notificación de intención. El artículo 1119 no se refiere en términos al artículo 1122 (1); no establece que el cumplimiento de los requisitos del Artículo 1119 es una condición suspensiva al consentimiento de la Parte NAFTA / y no establece que el incumplimiento de esos requisitos viciará el consentimiento de la Parte NAFTA . El texto del artículo 1119 por lo tanto, no obliga a la conclusión de que si no se incluye toda la información requerida en la Notificación de Intención se va a viciar el consentimiento de la Parte NAFTA [TLCAN] en virtud del artículo 1122 (1).*

[...]

97. *Presentar una notificación de intención es, en su máxima expresión, un*

“procedimiento” a seguir antes de un arbitraje, si acaso, y no un procedimiento con el que el propio arbitraje posterior debe estar de acuerdo.

[...]

(énfasis nuestro).

674. El Tribunal fue muy directo al sostener que el consentimiento no se basaba en absoluto en la presentación de una notificación de intención. Al hacerlo, el Tribunal observó que, a pesar de un “deber” obligatorio, no hubo apoyo textual que sugiriera que no hacerlo obliga a desestimarlos. El razonamiento del Tribunal es relevante:

675. Este razonamiento no es una decisión atípica. Se llegó a un fallo similar en *Chemtura Corporation c. Government of Canada*.³⁵⁵ Allí el problema abordado fue si una notificación de intención que contenía algunas, pero no todas las reclamaciones que se desarrollaron posteriormente durante el arbitraje dieron lugar a la falta de consentimiento:

103. [...] *Es cierto que el principal argumento presentado en este tipo de notificaciones en relación con el artículo 1103 no se refería a la posible importación de una disposición de trato justo y equitativo de otro tratado a través de la cláusula de NMF en el artículo 1103. Sin embargo, los hechos mencionados allí son*

³⁵⁵ Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá, CNUDMI (Laud) H102-105, CLA-18.

esencialmente los mismos que se mencionan posteriormente en el Memorial *del Demandante en apoyo de la reclamación en virtud del Artículo 1103*.

104. *Más fundamentalmente, el hecho de que el Demandante haya presentado argumentos en su Memorial que no se detallaron en sus comunicaciones anteriores en relación con el Artículo 1103 no ha causado ningún perjuicio a la capacidad de la Demandada para responder a tales argumentos. De hecho, la Demandada ha tenido una amplia oportunidad de expresar su posición, y lo ha hecho en sus resúmenes y en las audiencias.*

(énfasis nuestro).

676. Otros Tribunales han abordado cuestiones similares y relacionadas y han fallado algo parecido a la decisión en *Chemtura*.³⁵⁶

677. Por lo tanto, es comprensible que la Demandada intente, casi febrilmente, evitar una audiencia sobre el fondo del caso “a toda costa”. A pesar de esta sensación de urgencia, la caracterización errónea del lenguaje y el “cortar y pegar” selectivo en el uso de la autoridad para evitar *divulgar* el principio y el

³⁵⁶ Entre otros, estos casos son *Ethyl Corporation c. Canadá*, CNUDMI (Decisión sobre Jurisdicción) ¶ 90; y *Khan Resources c. Gobierno de Mongolia* Caso PCA No. 2011 “09 (Decisión sobre jurisdicción) 404-409.

razonamiento verdaderos de un tribunal, no tiene ninguna justificación.

678. Las Partes dieron su consentimiento a este procedimiento como se enmarcó. Han discurrido y se han mantenido igual a *Chemtura*.³⁵⁷

679. La Demandada en este caso enfrenta una responsabilidad considerable que oscila entre USD 400 millones y USD 1 mil millones en daños compensatorios. Quizás de mayor preocupación para la Demandada es exponer la fragilidad de su poder judicial al universo de inversionistas y a la comunidad de naciones.

680. Hubo una usurpación insostenible y claramente indefendible por un tribunal de recurso de apelación final, de la jurisdicción de un tribunal de igual jerarquía.

4. Consulta y negociación (Artículo 10.15) y notificación formal de intención (Artículo 10.16.2)

681. La Demandada alega que los Demandantes no cumplieron con (i) la disposición de consulta y negociación del Artículo 10.15³⁵⁸ y (ii) la disposición de notificación de intención en el Artículo 10.16 del TLC.³⁵⁹

³⁵⁷ Ver CLA-18, *Chemtura Corporation c. Gobierno de Canadá*, H10M02.

³⁵⁸ Ver Memorial de respuestas de la Demandada ¶¶ 283-285.

³⁵⁹ Ver Memorial de respuesta de los Demandados ¶¶ 286-290.

682. Como predicado para analizar los méritos técnicos de las defensas, son necesarias las siguientes aclaraciones.

- a. Las disposiciones de solución de controversias del TBI entre Colombia y Suiza aplican a este arbitraje**

683. Los DEMANDANTES se disculpan ante el Tribunal por tener que repetir que el presente reclamo se presenta de conformidad con el Capítulo 12 del TLC y no con el Capítulo 10. De conformidad con el Artículo 12.3 del TLC, el Demandante importa las disposiciones de resolución de controversias más favorables ofrecidas en virtud de los Artículos 11-12 del TBI entre Colombia y Suiza.

684. Por eso, si los Demandantes tuvieran que iniciar consultas y negociaciones o si tendrían que proporcionar a la Demandada una notificación de intención, eso debe determinarse con referencia a las disposiciones del Artículo 11 del TBI Colombia-Suiza.

- I. El consentimiento para el arbitraje bajo el Artículo 11 del TBI Colombia-Suiza es incondicional**

685. El artículo 11 dice en parte:

Artículo 11 Resolución de disputas entre una Parte y un inversionista de la otra Parte

(1) Si un inversionista de una Parte considera que una medida aplicada por la otra Parte es inconsistente con una obligación de este Acuerdo, causando pérdidas o daños a él o su inversión, él podría solicitar consultas con miras a resolver el asunto de manera amigable.

(2) Cualquier asunto que no haya sido resuelto dentro de un período de seis meses a partir de la fecha de la solicitud de consultas por escrito podría remitirse a los tribunales o tribunales administrativos de la Parte interesada o al arbitraje internacional [...]

(3) Cada Parte por la presente da su consentimiento incondicional e irrevocable para la presentación de una controversia de inversión para arbitraje internacional de acuerdo con el párrafo 2 anterior, a excepción de las disputas con respecto al Artículo 10, párrafo 2 de este Acuerdo.

(énfasis nuestro).

686. El Artículo 11 (3) establece que el consentimiento para el arbitraje bajo el TBI Colombia-Suiza es incondicional.

687. El Artículo 11 no prescribe ni ordena el (i) intento o la participación en consultas, ni (ii) requiere entregar una notificación de intención a la posible Demandada. No condiciona el consentimiento al arbitraje en ninguno de los requisitos. En el mejor de los casos, el Artículo 11 prescribe una *norma facultativa* con respecto a las consultas. Permite a las partes realizar consultas antes de presentar un reclamo.³⁶⁰

³⁶⁰ El TBI entre Colombia y Suiza es un buen ejemplo de una redacción clara de tratados, particularmente con respecto al uso correcto de los verbos modales. El artículo 11 de ese TBI no es excepción.

Cuando las Partes contratantes deseaban establecer una opción o una preferencia en beneficio del destinatario pertinente de la disposición, utilizaban correctamente el verbo modal “poder”.

Cuando las Partes contratantes deseaban establecer una obligación firme y vinculante, utilizaban el verbo modal “deber”.

Para ilustrar esto-

El Artículo 11 (l) del TBI entre Colombia y Suiza establece que si un inversionista considera que una medida aplicada por el Estado anfitrión es incompatible con una obligación en virtud del TBI-

[...] él puede solicitar consultas con el fin de resolver el asunto de manera amigable.

(énfasis nuestro).

Al comparar esa disposición con otras disposiciones de diferente naturaleza y efecto bajo el mismo Artículo 11, una disposición está dirigida al inversionista extranjero y dos disposiciones están dirigidas a las Partes contratantes. El artículo ll (4) establece-

Una vez que el inversionista haya remitido la controversia a un tribunal nacional o a cualquiera de los mecanismos de arbitraje internacional previstos en el

688. La defensa *ratione voluntatis* de la Demandada a este respecto simplemente carece de mérito y es [sic] coherente con una práctica de alegatos que plantea todas las defensas reconocibles existentes, independientemente de los méritos o aplicabilidad.

b. Nunca deberían haberse planteado las objeciones de la Demandada

párrafo 2 anterior, la elección del procedimiento será definitiva.

(énfasis nuestro).

En cuanto a la obligación de los Estados contratantes, las siguientes dos disposiciones son esclarecedoras:

Artículo 11 (6)

La Parte que es parte en la controversia en ningún momento durante el proceso afirmará como defensa su inmunidad o el hecho de que el inversionista ha recibido, en virtud de un contrato de seguro, una compensación que cubre la totalidad o parte de los daños incurridos.

Ninguna de las Partes llevará adelante por vía diplomática una controversia sometida a arbitraje internacional a menos que la otra Parte acate ni cumpla con el laudo arbitral.

(énfasis nuestro).

689. Incluso suponiendo que el requisito de Consulta y Negociación (Artículo 10.15 del TLC EE.UU. - Colombia) (la Estipulación de consulta) y la Notificación de intención (Artículo 10.16 del TLC EE. UU.-Colombia) (la Estipulación de notificación) aplicaran, las dos objeciones de la Demandada fracasan como cuestión fundamental.

690. El único objetivo de las disposiciones de notificación y consulta es facilitar las negociaciones de solución antes que la controversia sea sometida a arbitraje.

691. Al considerar la importancia de una estipulación de consulta de tipo similar, el Tribunal en Biwater Gauff (Tanzania) c. Tanzania sostuvo que: “este período de seis meses es de naturaleza procesal e interpretativa, más bien que jurisdiccional y obligatoria. Su propósito subyacente es facilitar oportunidades para una solución amistosa. Su propósito no es impedir u obstaculizar los procedimientos de arbitraje, donde tal solución no es posible “.³⁶¹ Del mismo modo, el tribunal en *Abaclat y otros c. República Argentina* sostuvo que “el requisito de consulta establecido en el Artículo 8 (1) del TBI no debe considerarse de naturaleza obligatoria sino como la expresión de la buena voluntad de las Partes para intentar en primer lugar resolver cualquier controversia de manera amigable ... También se deriva del propósito general y el objetivo de dicha disposición, que es permitir una solución amistosa donde dicha

³⁶¹ Ver *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB /05/22 (Laudo) 24 de julio, 2008, 1343 -347.

**solución sea deseada y apoyada por ambas partes”³⁶²
(énfasis nuestro).**

692. Al considerar la importancia de una estipulación de notificación de tipo similar, el Tribunal en *Bayindir Insaat Turzim c. Pakistán* sostuvo que “el requisito de notificación ... no debe interpretarse como una condición suspensiva para la jurisdicción ... En opinión del Tribunal, el propósito del requisito de notificación es permitir negociaciones entre las partes que puedan conducir a una conciliación”.³⁶³

693. La Demandada ha conocido perfectamente los hechos subyacentes en esta controversia desde algún tiempo antes de la presentación de este alegato. Ahora no puede alegar que está de alguna manera en desventaja, y mucho menos que no dio su consentimiento al arbitraje en estas circunstancias.

694. Esta controversia lleva varios años. Los Demandantes han intentado en múltiples ocasiones crear las condiciones para la conciliación. La Demandada no quiso saber nada de ello.

c. La estipulación de consulta en el TLC no condiciona la jurisdicción del tribunal para escuchar las reclamaciones

695. La Demandada argumenta que “debido a que los Demandantes no cumplieron con la condición de

³⁶² *Abaclat y otros c. la República Argentina*, caso CIADI No. ARB/0/05, (Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad), ¶564-565

³⁶³ *Bayindir Insaat Turzim c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB /03/29 (Decisión sobre Jurisdicción), ¶95-102

consentimiento en el Artículo 10.15 ... el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis*”.³⁶⁴ El Artículo 10.15 del TLC EE.UU. -Colombia dice lo siguiente:

Artículo 10.15 En caso de controversias relativa a una inversión, el demandante y la Demandada deben tratar primero de resolver la controversia mediante consultas y negociaciones, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.

(énfasis nuestro).

696. El argumento de la Demandada es una caracterización completamente errónea de la función y naturaleza de la Estipulación de la Consulta, y debe ser desestimado por las siguientes razones.

697. El Artículo 10.15 no es una condición suspensiva obligatoria, y mucho menos un “requisito jurisdiccional” como argumenta la Demandada³⁶⁵. El Artículo 10.15 del TLC todo lo que hace es sugerir, en general, lo que sería una regla de enfrentamiento deseable, es decir, consultar y negociar antes de comenzar los procedimientos formales. Como era de esperar, no existe una sanción relacionada con la falta de consulta y negociación. Ningún análisis razonable de buena fe puede proporcionar una base para inferir que

³⁶⁴ Memorial de respuesta de la Demandada, 1285.

³⁶⁵ Memorial de respuesta de la Demandada, ¶284.

esta disposición representa una condición suspensiva jurisdiccional.

698. La naturaleza no vinculante de la Estipulación de la consulta se evidencia en la redacción simple del Art. 10.5 y el subsiguiente Art. 10.16.1 del TLC.

699. El Artículo 10.15 en parte establece que “el demandante y el demandado deben tratar primero de solucionar...” y por lo tanto establece un estándar aspiracional y facultativo para la Estipulación de Consulta. Presume que la consulta es un esfuerzo de cooperación mutua entre las Partes.

700. El Artículo 10.16.1 pone de relieve el carácter discrecional, facultativo y flexible del proceso de consulta y negociación (“en el caso de que una parte contendiente considere que una controversia por una inversión no pueda ser resuelta mediante consultas y negociación...”.)

701. Por lo tanto, del texto del TLC resulta inmediatamente evidente que (i) existe una prescripción obligatoria de consultar y negociar, y (ii) por lo tanto, la jurisdicción del Tribunal no depende de un asunto discrecional basado en la parte permisiva.

702. La Demandada no considera las propuestas de los Demandantes de explorar una resolución.

703. La Solicitud de Arbitraje del Demandante fue acompañada por una carta fechada el 24 de enero de 2018. En esa correspondencia, la Demandada fue invitada explícitamente a explorar las discusiones sobre conciliación. La carta, en la parte pertinente, dice:

Si desea discutir cualquier posible acuerdo no arbitral de este procedimiento, no dude en ponerse en contacto conmigo a su gusto. Opinamos que las oportunidades de conciliación en el futuro, al menos desde la perspectiva de los demandantes, de hecho, disminuirán ³⁶⁶.

704. La Demandada nunca respondió a la propuesta de los Demandantes de discutir sobre la conciliación. Sin embargo, la Demandada ahora se queja.

705. Debido a que la Estipulación de Consultas contempla un esfuerzo de cooperación bilateral, los tribunales han sostenido que el fracaso o la negativa de cualquiera de las partes a participar en los esfuerzos causa la renuncia a su derecho de invocar la defensa de la

³⁶⁶ Ver C-36.

Consultas. En pocas palabras, no se puede usar como espada y escudo. En *Biwater Gauff c. Tanzania*, el tribunal sostuvo que:³⁶⁷

Incluso si el período de seis meses en el Artículo 8 (3) constituía una condición suspensiva estricta a la jurisdicción de este Tribunal Arbitral, o la admisibilidad de las reclamaciones de BGT, el Tribunal Arbitral considera que la República renunció a dicha condición, o no puede depender de ella, ya que fueron las propias acciones de la República de mayo a junio de 2005 (en particular, sus declaraciones públicas, la deportación del personal de City Water y la toma forzada del Proyecto) lo que impidió efectivamente cualquier posibilidad de negociación entre las partes.

706. Otros tribunales se han abstenido de sancionar a los Demandantes por el supuesto incumplimiento de participar en las consultas, donde el Tribunal consideró que la futilidad de dichos requisitos era imputable a la Demandada. *Enkev Beheer c. República de Polonia*, es un ejemplo perfecto. Allí el tribunal sostuvo que:³⁶⁸

³⁶⁷ 2008: *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB /05/22 (Laudo) 24 de julio, 2008, ¶ 343-347.

³⁶⁸ *Enkev Beheer BV c. República de Polonia*, TLC Caso núm . 2013-1 (Primer laudo parcial) (29 de abril, 2014), 1 (315-323. Ver también: Ronald S. Lauder c. República Checa CNUDMI (laudo Final) (3 de septiembre de 2001), ¶186 —190; *Mohammad Ammar APBahloul c. República de Tayikistán*, Cámara de Comercio de Estocolmo Caso No. V 064/2008 (Laudo parcial sobre jurisdicción y responsabilidad), (2 de septiembre, 2009) ¶155; *Abaclat y otros c. República*

320. Por último, este no es un caso en el que el Demandante haya evitado deliberadamente insistir sobre su caso cuando sea, donde sea o ante quien sea en Polonia. Si la Demandada al menos hubiera dejado la puerta entreabierta a tener una discusión amistosa sobre el reclamo particular del demandante (a diferencia de Enkev Polska), el demandante habría aprovechado esa oportunidad sin dudarlo. Por lo tanto, desde el punto de vista del Tribunal, este no es abiertamente un caso en el que un demandante haya desafiado conscientemente su obligación de entablar conversaciones amistosas con el Estado anfitrión.

321 Con estos factores explicativos acumulativos, el Tribunal considera que no sería correcto interpretar los términos del Artículo 8 del Tratado como una restricción absoluta a las reclamaciones de la Demandante en este arbitraje por cuestiones de jurisdicción; ni, por la misma razón y los hechos de este caso, considerar tales reclamos inadmisibles con respecto al ejercicio de jurisdicción por este Tribunal. Teniendo en cuenta el objeto y el propósito del Artículo 8 en

Argentina Caso CIADI No. ARB /0/05 , (Decisión sobre admisibilidad) (4 de agosto de 2011) ¶564-565; Alps Finance c. República Eslovaca, CNUDMI, (Laudo) (5 de marzo, 2011) ¶201-211.

virtud del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dado también el contexto del Tratado destinado (por su preámbulo) a alentar y proteger expresamente las inversiones extranjeras en Polonia, el Tribunal decide que el significado demasiado estricto, el cual la Demandada sostiene, es demasiado semántico en su enfoque e indebidamente fuerte en su resultado. Esto es particularmente cierto cuando el incumplimiento del Demandante solo cumple con las formalidades y la Demandada no ha sufrido ningún perjuicio que no pueda ser compensado por una orden apropiada de este Tribunal por costas legales y de arbitraje incurridas o desperdiciadas innecesariamente por la prisa indebida del Demandante en comenzar este arbitraje.³⁶⁹

³⁶⁹ *Ib.* en ¶ 320-321.

707. Se debe considerar que la Demandada renunció al derecho a invocar la Estipulación de Consultas por su propia conducta. En cualquier caso, sería menos que equitativo convertir lo facultativo en obligatorio, y recompensar la negativa de la Demandada de explorar la resolución sancionando a los Demandantes.

708. Los tribunales han afirmado sistemáticamente que las estipulaciones de consultas permisivas deben tratarse como directivas procesales. Incluso en casos de incumplimiento, no se impedirá que el tribunal examine el reclamo.

709. En *Biwater Gauff c. Tanzania*³⁷⁰ el tribunal afirmó este enfoque flexible para la aplicación de una estipulación de consultas estructurada de manera similar³⁷¹.

³⁷⁰ *Biwater Gauff Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22 (Laudó), ¶343 -348.

³⁷¹ TBI Tanzania - Reino Unido Art 8 (3), afirma:

Si surge una controversia de este tipo y no se puede llegar a un acuerdo dentro de seis meses entre las partes en esta controversia mediante la búsqueda de recursos locales o de otro modo, si el nacional o la sociedad afectado también consiente por escrito presentar la controversia al Centro para su resolución por conciliación o arbitraje en virtud de la Convención, cualquiera de las partes puede iniciar un procedimiento y enviar una solicitud a tal efecto al Secretario General del Centro según lo dispuesto en los artículos 28 y 36 de la Convención. En caso de desacuerdo sobre si la conciliación o el arbitraje es el procedimiento más apropiado, el nacional o la sociedad afectado tendrá derecho a elegir. La Parte

343. [...] este período de seis meses es de naturaleza procesal e interpretativa, más que jurisdiccional y obligatoria. Su propósito subyacente es facilitar oportunidades para una solución amistosa. Su propósito no es impedir u obstaculizar los procedimientos de arbitraje, donde tal solución no es posible. El incumplimiento del período de seis meses, por lo tanto, no impide que este Tribunal Arbitral proceda. Si lo hiciera, la disposición tendría efectos curiosos, que incluyen:

- evitar el procesamiento de un reclamo y obligar al demandante a no hacer nada hasta que hayan transcurrido seis meses, incluso cuando las negociaciones adicionales son obviamente inútiles o la conciliación obviamente imposible por cualquier motivo;**
- obligar al demandante a reiniciar un arbitraje iniciado demasiado pronto, incluso si el período de seis meses ha transcurrido para cuando**

Contratante que sea parte en la controversia no deberá plantear como objeción en ninguna etapa del procedimiento o ejecución de un laudo el hecho de que la persona o la empresa que es la otra parte en la controversia haya recibido en cumplimiento de un contrato de seguro una indemnización, con respecto a algunas o todas sus pérdidas.

el Tribunal Arbitral considere el asunto.

710. Del mismo modo, en el conocido caso de *Lauder c. República Checa*³⁷² se pidió al Tribunal que aplicara una disposición similar de consultas en virtud del Artículo IV del TBI³⁷³ entre Estados Unidos y la República Checa. El Tribunal determinó lo siguiente:

³⁷² Ronald S. Lauder c. República Checa CNUDMI (laudo final), ¶186-190.

³⁷³ Artículo IV (2) del TBI EE. UU. - República Checa provisto de la siguiente manera :

2. En el caso de una controversia relativa a una inversión entre una Parte y una sociedad o un nacional de la otra Parte, las partes en la controversia buscarán inicialmente resolver la controversia mediante consulta y negociación [...]. Sujeto al párrafo 3 de este Artículo, si la disputa no puede resolverse mediante consulta y negociación, la disputa se presentará para su solución de acuerdo con los procedimientos de solución de disputas aplicables previamente acordados; todos los procedimientos de solución de controversias, incluidos los relacionados con la expropiación, especificados en el acuerdo de inversión seguirán siendo vinculantes y serán exigibles de conformidad con los términos del acuerdo de inversión, las disposiciones pertinentes de las leyes nacionales y los acuerdos internacionales aplicables con respecto a la ejecución de los laudos arbitrales.

3. (a) En cualquier momento después de seis meses a partir de la fecha en que surgió la controversia, la sociedad o el nacional en cuestión podrá optar por dar su consentimiento por escrito para la presentación de la controversia para su solución mediante conciliación o arbitraje vinculante [...].

187. Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera que este requisito de un período de espera de seis meses del Artículo VI (3) (a) del Tratado no es una disposición jurisdiccional, es decir, un límite establecido en la autoridad del Tribunal Arbitral para decidir sobre los méritos de la controversia, sino una regla de procedimiento que debe cumplir el Demandante (Ethyl Corp. c. Canada, CNUDMI, 24 de junio de 1998, 38 I.L.M. 708 (1999), párrafos 74-88). Como se indicó anteriormente, el propósito de esta regla es permitir a las partes entablar negociaciones de buena fe antes de iniciar el arbitraje.

188. [...] no hay evidencia de que la Demandada hubiera aceptado entablar negociaciones [...].

189. Además, la Demandada no propuso entablar negociaciones con el Demandante después de la declaración de este último en su Notificación de Consentimiento del 19 de agosto de 1999, presentada junto con la Notificación de Arbitraje, de que permanecía “abierto a cualquier esfuerzo de buena fe por parte de la República Checa para remediar esta situación.” Si la Demandada hubiera estado dispuesta a entablar negociaciones con el Demandante, en el espíritu del Artículo VI (3) (a) del Tratado, habría tenido muchas oportunidades para

hacerlo durante los seis meses posteriores a la Notificación de Arbitraje del 19 de agosto de 1999.

190. Insistir en que los procedimientos de arbitraje no pueden iniciarse hasta 6 meses después de la Notificación de Arbitraje del 19 de agosto de 1999, en las circunstancias de este caso equivaldría a un enfoque innecesaria y exageradamente formalista que no serviría para proteger los intereses legítimos de las Partes.

191. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral sostiene que el requisito del período de espera de seis meses en el Artículo VI (3) (a) del Tratado no le impide tener jurisdicción en el presente procedimiento³⁷⁴.

³⁷⁴ El objetivo de las disposiciones prearbitrales fue explicado claramente por el Tribunal en el caso *Alps Finance c. la República Eslovaca*, CNUDMI, (Laudo), con referencia a una de las principales autoridades en materia de arbitraje de inversiones. CLA-164.

(énfasis nuestro).

711. El enfoque en *Biwater Gauff c. Tanzania y Lauder c. República Checa* representa la opinión mayoritaria sobre el tema³⁷⁵. Incluso si el Tribunal concluye que la Estipulación de Consultas no se cumplió, la sanción por este incumplimiento no excluye un reclamo. No es apropiado ni proporcional que las estipulaciones de consulta sean meramente de naturaleza procesal, facultativa e interpretativa.

204. Sin embargo, como observó el comentarista más destacado del Convenio del CIADI, "la cuestión de si un período de espera obligatorio es jurisdiccional o procesal tiene una importancia secundaria. Lo que importa es si hubo o no una oportunidad prometedora de llegar a un acuerdo. De poco serviría negar la jurisdicción y enviar a las partes de nuevo a la mesa de negociaciones si estas negociaciones son obviamente inútiles. Las negociaciones siguen siendo posibles mientras estén pendientes los procedimientos de arbitraje. Incluso si la institución del arbitraje fuera prematura, obligar al demandante a iniciar el procedimiento de nuevo sería una solución muy poco económica.

³⁷⁵ Véase también *Sedlmayer c. Rusia, SCC (Laudo)*, pág. 82, ¶313; *Al Kharafi & Sons c. Libia, (Laudo)*, págs. 245-246; *Enkev Beheer BV c. República de Polonia, CPA Caso No. 2013-1 (Primer Laudo Parcial)*, ¶315-323

d. Los casos en los que se basa la Demandada son contrarios a la propuesta para la cual se citan

712. Como comentario preliminar, la Demandada no se molestó en explicar la relevancia de los casos en los que se basa. La Demandada cita a *Murphy c. Ecuador* como “ejemplo” de un Tribunal que trata las estipulaciones de consultas como un “requisito obligatorio”. En ese caso, sin embargo, el Tribunal ni siquiera llega a clasificar la consulta como “jurisdiccional,” en contra de lo que afirma la Demandada. La Demandada simplemente cita los otros dos casos en los que se basa en una nota al pie.

713. La conclusión de la Demandada basada en estas tres decisiones, de que la Estipulación de Consultas debe de ser considerada un “requisito jurisdiccional,” simplemente está fuera de lugar.³⁷⁶

714. A modo de ejemplo, *Murphy c. Ecuador* es distinguible en los hechos. La falta de acción del Demandante en ese caso fue relevante para el fallo del tribunal:³⁷⁷

En opinión del Tribunal, la obligación de negociar es una obligación de medios, no de resultados. No hay obligación de alcanzar, sino más bien tratar de alcanzar, un acuerdo. Para determinar si las negociaciones tendrían éxito o no, las partes primero deben iniciarlas. *La*

³⁷⁶ Respuesta de la Demandada sobre la jurisdicción ¶284.

³⁷⁷ *Murphy c. Ecuador*, ¶134-139.

obligación de consultar y negociar recae en ambas partes, y es evidente que no hubo ninguno en este caso porque como se ha reiterado anteriormente, el viernes 29 de febrero de 2008 Murphy International envió una carta a Ecuador indicando que tenía un reclamo contra la República basado en el TBI, y luego el lunes 3 de marzo de 2008, presentó la Solicitud de Arbitraje al CIADI. La conducta de Murphy International de decidir, a priori y unilateralmente, que ni siquiera intentaría resolver su controversia con Ecuador a través de negociaciones constituye una violación grave del Artículo VI del TBI.

136. Además, lo que sucedió con otras compañías petroleras extranjeras no respalda la posición de Murphy International de que las negociaciones con Ecuador habrían sido infructuosas debido a la imposibilidad de llegar a un acuerdo. Por el contrario, los hechos contradicen estas afirmaciones.

(énfasis nuestro)

715. A diferencia del demandante en *Murphy v Ecuador*, el Demandante aquí ha intentado iniciar negociaciones varias veces, solo para ser ignorado repetidamente por una Demandada desinteresada. No hubo evidencia de que la Demandada respondería.

716. El incumplimiento de la Estipulación de Consultas del TBI no estaba en disputa en *Salini c. Jordan*. Al Tribunal le preocupaba si los mecanismos de solución de controversias inversionista-estado en el tratado material cubrirían controversias contractuales.

717. El tribunal solo consideró el artículo que contiene la estipulación de consultas para determinar el alcance del mecanismo de disputas entre inversionistas - estado del TBI³⁷⁸. No hubo discusión sobre el efecto del incumplimiento de la estipulación de consultas en la jurisdicción del tribunal ³⁷⁹. *Salini c. Jordan* simplemente no es relevante para la cuestión de consultas aquí.

718. Por último, la Demandada se basó en *dictum* en *Enron c. Argentina* para afirmar que la estipulación de consultas del TLC es un requisito jurisdiccional.³⁸⁰ Sin embargo, el tribunal de *Enron* consideró que “*la cuestión relativa a la observancia del período de consulta de seis meses ... es discutible*” y en realidad estaba relacionada con “*la pregunta mucho más simple de si la acción de [la Demandada] de extender aún más la misma controversia ya registrada requiere un registro y un procedimiento por separado*”.³⁸¹ Además, como se indicó anteriormente, que una estipulación de consultas sea un requisito jurisdiccional es una cuestión

³⁷⁸ *Salini c. Jordania*, ¶97-101.

³⁷⁹ Ver *Salini c. Jordan*, If 16, según lo citado por la Demandada en fn 629 de su Respuesta, que dice que hubo consultas entre el demandante y la demandada.

³⁸⁰ Ver Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶ 629 citando *Enron c. Argentina* ¶88.

³⁸¹ *Enron c. Argentina* ¶ ¶ 86 y 87.

de interpretación. El mecanismo de controversias entre inversionistas y Estados del TBI entre los Estados Unidos y Argentina examinado en el caso Enron c. Argentina es sustancialmente diferente del establecido en el TLC. El comentario pasajero en el caso Enron c. Argentina sobre la interpretación de un conjunto diferente de disposiciones y sin análisis no debe ni puede ser invocado por el Tribunal.

719. El análisis de la Estipulación de Consultas comienza y termina con la dependencia de las Demandantes en el TBI entre Colombia y Suiza, que no tiene ese requisito. El análisis de casos respalda aún más la propuesta de que el requisito de consulta no es jurisdiccional.

A. La defensa de “fork in the road” no es aplicable

720. La Demandada argumenta que los Demandantes no cumplen con los requisitos jurisdiccionales de la cláusula de resolución de controversias del TBI entre Colombia y Suiza. Según la Demandada, los Demandantes no pueden interponer la presente acción mediante la operación de la disposición “fork in the road” en virtud del Art. 11 del TBI Colombia-Suiza.³⁸²

³⁸² Memorial de Respuesta de la Demandada ¶¶ 357-366.

721. El argumento de la Demandada no está justificado por la ley.

1. La objeción “fork in the road” de la Demandada está fuera de lugar y es ilógica

722. Las alegaciones de los Demandantes aquí se refieren a la violación de la Demandada de una serie de estándares de trato para la protección de inversiones conforme al derecho internacional consuetudinario y el derecho de los tratados. Estas violaciones fueron cometidas por la Corte Constitucional colombiana y, por lo tanto, son directamente atribuibles a la Demandada. Desafía la razón argumentar que a los Demandantes se les prohíbe buscar una reparación por una violación de la protección de la inversión porque los Demandantes presuntamente habían sido parte en los procedimientos de la Corte Constitucional, que constituyen la violación misma de la protección de la inversión.

723. Hay dos elementos para una objeción de “fork in the road”: (i) una acción *iniciada* por la parte contra la cual se pretende aplicar la disposición de “fork in the road”; y (ii) la existencia de una alternativa judicial real (las dos jurisdicciones alternativas que constituyen la alegoría de fork in the road). Ninguno de los elementos está presente aquí.

724. Los Demandantes no fueron parte en los procedimientos de la Corte Constitucional.³⁸³ Eran los accionistas de Granahorrar (las ‘Compañías’) quienes participaron en esa acción. Incluso, pongamos el caso que

³⁸³ Ver *infra*, ¶¶ 728-729.

las Compañías son Demandantes, las Compañías no instauraron los procedimientos ante la Corte Constitucional. Fueron la Superintendencia y FOGAFIN las que presentaron.

725. En el momento en que FOGAFIN y la Superintendencia comenzaron el proceso ante la Corte Constitucional, las Compañías no tenían necesidad, ni mucho menos justificación, de iniciar una acción judicial en Colombia. El Consejo de Estado había reivindicado los derechos de las empresas. De conformidad con la sentencia de 2007, el principal tribunal administrativo en Colombia había estigmatizado la conducta ilegal de las autoridades financieras colombianas y había devuelto la inversión de las Compañías en Granahorrar.

726. Las Compañías no tenían motivos para iniciar un procedimiento ante la Corte Constitucional. Se vieron obligadas a participar en procedimientos ficticios predeterminados con respecto a los cuales la Corte Constitucional carecía de jurisdicción. Ni las Compañías ni, supuestamente, los Demandantes, iniciaron los procedimientos ante la Corte Constitucional. El primer elemento de una objeción de “fork in the road” no está presente.

727. Además, los procedimientos actuales no eran una alternativa judicial disponible a los procedimientos de la Corte Constitucional.

728. La solicitud de reconsideración y nulidad de la Sentencia de la Corte Constitucional SU-447 2011 se presentó en diciembre de 2011, seis meses antes de la entrada en vigor del TLC.

729. Dado que el TLC entró en vigencia en mayo de 2012, los procedimientos actuales no eran una alternativa judicial a los procedimientos de la Corte Constitucional. No había opciones para que las Compañías, o supuestamente los Demandantes, ejercieran como parte de la disposición de “fork in the road”.

730. La exclusión de las reclamaciones como resultado de una disposición de “fork in the road” no puede afirmarse cuando el incumplimiento de un estándar procesal o sustantivo de protección presupone lógicamente una actividad judicial. No puede haber denegación de la justicia sin agotar los recursos locales. El mismo principio se aplica a la expropiación judicial y FET.

2. La objeción de “fork in the road” de la Demandada falla ya que los requisitos relevantes no se cumplen

731. Además, la objeción de la Demandada carece de fundamento porque los requisitos pertinentes de una objeción de “fork in the road” no están presentes.

732. El artículo 11 del TBI Colombia-Suiza, en parte, establece:

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

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

[...]

...

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

(énfasis nuestro).

733. Colombia y Suiza han adoptado una provisión de “fork in the road” basada en una prueba de tres puntas. Por lo tanto, para que la Demandada pueda basarse con éxito en su objeción de ‘fork in the road’, debe demostrar que las partes, las causas de acción y la reparación solicitadas son idénticas a los procedimientos de arbitraje de inversiones y los procedimientos judiciales. Claramente, las (1) partes; y (2) las causas de acción son diferentes.

734. Ni los Demandantes ni la Demandada fueron parte en los procedimientos judiciales en Colombia. Los procedimientos judiciales colombianos ante los tribunales administrativos fueron entre (a) Compto SA, Asesorías e Inversiones CG Ltda., Inversiones Lieja Ltda., Exultar SA, Fultiplex SA e IC Interventorías y Construcciones Ltda., y (b) la Superintendencia y FOGAFIN .

735. Las mismas partes comparecieron en los procedimientos de la Corte Constitucional *iniciados por la Superintendencia y FOGAFIN*. El Presidente del Consejo de Estado también tomó parte en la segunda etapa de los procedimientos de la Corte Constitucional que fueron interpuestos para reconsiderar o anular el fallo del 26 de mayo de 2011 por violación de un estándar de protección de trato.

736. Ninguna de las partes en los procedimientos de la corte colombiana y de la Corte Constitucional son parte en este arbitraje.

3. Las causas de acción son diferentes

737. La defensa de “fork in the road” solo se puede activar cuando el inversionista interpone una acción ante los tribunales nacionales del Estado anfitrión. El TLC no existía cuando se iniciaron los procedimientos del tribunal administrativo. Estos procedimientos culminaron el 1 de noviembre de 2007 cuando el Consejo de Estado falló a favor de los demandantes y en contra de la Superintendencia y FOGAFIN. De hecho, el TLC no existía cuando *FOGAFIN* y la *Superintendencia* comenzaron el procedimiento ante la Corte Constitucional.

738. Todos los procedimientos en Colombia se referían a la ley colombiana y no a una violación del TLC.

739. La Corte Constitucional en su decisión de 2011 proporciona una narración exhaustiva de las causas operativas de acción y los principios legales subyacentes a esa causa:

(i) 1.3.1. Caducidad de la acción. Los demandantes (la Superintendencia y FOGAFIN) argumentaron que el fallo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 1 de noviembre de 2007, incurrió en defectos sustantivos y de hecho por considerar una acción que, en su opinión, había expirado.

(ii) 1.3.2. *Falta de competencia para hacer pronunciamientos sobre asuntos contractuales, defecto orgánico.* La

Superintendencia y FOGAFIN alegaron que el Consejo de Estado había excedido arbitrariamente su jurisdicción al adoptar decisiones relacionadas con obligaciones contractuales como la cuestión de si FOGAFIN había violado su obligación contractual de “desembolsar” recursos a Granahorrar.

(iii) 1.3.3 “Falsa motivación” de los actos demandados. Varios defectos. Se adujo que la sentencia de 1° de noviembre de 2007, adolecía de falta de motivación por cuanto la Sección Cuarta del Consejo de Estado no había precisado cuáles eran las razones para la aplicación del procedimiento normal para la notificación de documentos.

(iv) 1.3.4. Respecto de los perjuicios. La Superintendencia y FOGAFIN sostuvieron que el Consejo de Estado no había aplicado los principios generalmente aceptados sobre la coherencia necesaria entre los reclamos de la demanda y las decisiones en la sentencia.

740. Estas causas de acciones y defensas relacionadas son ajenas a este procedimiento. Por supuesto, no existía un TLC antes de mayo de 2012 y las causas de acción actuales de los Demandantes no existían

en el momento en que se sacaron los procedimientos de los tribunales colombianos y de la Corte Constitucional.

4. Los argumentos legales de la Demandada son infundados y engañosos

741. Colombia corta y pega pasajes neutrales de laudos sin tener en cuenta el contexto o incluso la apariencia de análisis legal. Por ejemplo, en el párrafo 355 de su respuesta, ³⁸⁴ la Demandada cita el lenguaje del laudo *Glencore c. Colombia* donde el Tribunal observó:

Los Artículos 11 (2) y (4) contienen una disposición llamada “fork in the road”, que permite al inversionista optar entre diferentes foros judiciales o arbitrales para presentar una controversia de inversión, pero prescribe que una vez que se ha hecho esa elección, se vuelve definitiva e irrevocable: *electa una via non datur recursus ad alteram*

742. Ese lenguaje no es más que una definición escolástica poco notable de “fork in the road”.

743. Como se observó anteriormente, la objeción de “fork in the road” de la Demandada no cumple con los requisitos establecidos en el TBI entre Colombia y Suiza.

744. La gran mayoría de los tribunales han confirmado el principio codificado en el TBI entre Colombia y Suiza, que afirma que el efecto excluyente de la disposición de “fork in the road” se activa solo en el

³⁸⁴ La respuesta de la Demandada sobre jurisdicción 355.

caso de una superposición completa y total de las reclamaciones subjetiva y objetivamente.

745. Incorrecta en este respecto es la declaración de Colombia en el párrafo 357 de su respuesta:

Los tribunales que aplican las disposiciones de bifurcación (como el Artículo 11 (4) del TBI Colombia-Suiza), han evaluado si la base fundamental de un reclamo en el arbitraje internacional, por un lado, y en los procedimientos internos, por el otro, era la misma.

746. La Demandada se refiere principalmente a tres casos al afirmar esta reclamación: (i) Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) c. La República de Albania, (ii) H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto, y (iii) Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica.³⁸⁵La Demandada cita estos casos bajo la presunción de que los elementos “objetivos” y “selectivos” dispositivos son los mismos que en la presente acción.

³⁸⁵ Pantechniki SA Contractors & Engineers c. República de Albania, Caso CIADI No. ARB /07/21 (Paulsson), Laudo, 30 de julio de 2009, RLA-0073; H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI N. ° ARB 09/15 (Laudo), (6 mayo 2014), RLA-0074; y Supervisión y Control SA c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. ARB /12/4, (Laudo), (18 de enero de 2017), RLA- 0050.

Esa suposición no es precisa. Los Demandantes sostienen que no hay autoridad que afirme la proposición establecida en la declaración de la Demandada en el párrafo 357 de su Respuesta; esa afirmación es simplemente falsa.

a. Pantechniki c. Albania

747. En *Pantechniki c. Albania*, el demandante es una empresa de construcción griega que ganó una licitación internacional para realizar trabajos de infraestructura en Albania para la Dirección General de Carreteras de Albania.

748. Las obras del demandante en Albania fueron saqueadas como parte de una serie de incidentes violentos. Como resultado, el demandante se vio obligado a repatriar a la mayoría de su personal por razones de seguridad.

749. Los contratos entre el demandante y la Dirección General de Carreteras de Albania contenían una disposición de indemnización por pérdidas derivadas de disturbios civiles. El demandante solicitó una indemnización en virtud de la disposición de indemnización. La solicitud fue rechazada y no se realizó ningún pago.

750. El demandante entonces presentó una demanda contra el Ministerio de Obras Públicas de Albania ante los tribunales albaneses. Finalmente, el Tribunal de Apelación de Tirana dictaminó que la disposición de indemnización contractual era nula según

la ley albanesa porque pretendía crear una responsabilidad objetiva.

751. El demandante recurrió ante el Tribunal Supremo, pero posteriormente abandonó el recurso bajo el supuesto que era poco probable que el Tribunal Supremo fallara a su favor y en contra del Gobierno albanés. En cambio, el demandante inició los procedimientos de arbitraje del CIADI de conformidad con el TBI Albania-Grecia.

752. En los procedimientos de arbitraje, Albania afirmó que el demandante había violado la disposición de “fork in the road” establecida en el Art. 10.2 del TBI Albania-Grecia que dice:

Si tales controversias no pueden resolverse dentro de los seis meses posteriores a la fecha en que cualquiera de las partes solicitó una solución amistosa, el inversionista o la Parte Contratante en cuestión pueden someter la controversia a la corte competente de la Parte Contratante o a un tribunal de arbitraje internacional ...

753. Una característica distintiva de este caso fue la naturaleza contractual de la reclamación alegada. Fue un caso simple para hacer cumplir una provisión de indemnización típica de la mayoría de los contratos de infraestructura. Al iniciar un procedimiento en virtud del Convenio del CIADI, el demandante intentó procesar sus reclamaciones contractuales, que no se habían llevado a la conclusión de todo el trabajo judicial ante los

tribunales albaneses, como violaciones de los tratados de inversión. El reclamo del CIADI era eminentemente de naturaleza contractual. No existía ninguna disposición pertinente bajo los TBI de Albania-Grecia o una llamada “cláusula general” que permitiría el enjuiciamiento de reclamos contractuales tales como violaciones del TBI.

754. El árbitro único resumió el marco fáctico en términos claros:

63. *La acción judicial albanesa del Demandante claramente tenía una base contractual ...* El Tribunal de Apelación de Tirana rechazó la reclamación alegando que esta disposición contractual era nula.

64. Este arbitraje no puede proceder sobre la base contractual por la simple razón de que la jurisdicción del CIADI debe basarse en el Tratado. No existe una llamada cláusula general en el Tratado que pueda aprovechar el reclamo contractual. *El Demandante entiende esto muy bien y, por lo tanto, insiste en que aquí invoca la protección del Tratado y no la de los Contratos... Sin embargo, llega un momento en que ya no es suficiente simplemente afirmar que una reclamación se basa en el Tratado. El Tribunal debe determinar si la reclamación realmente tiene una existencia autónoma fuera del contrato.*

De lo contrario, el Demandante debe vivir con las consecuencias de haber elegido llevar su queja a los tribunales nacionales.

...

67.... La queja del Demandante por lo tanto surge del mismo derecho pretendido que invocó en el debate contractual que inició con la Dirección General de Carreteras. El Demandante *decidió llevar este asunto a los tribunales albaneses*. Ahora no puede adoptar la misma base fundamental que el fundamento de un reclamo del Tratado. Después de haber elegido tomar la jurisdicción nacional, al Demandante ya no se le permite plantear el mismo argumento ante el CIADI.³⁸⁶

(énfasis nuestro).

755. La acción de arbitraje de inversión en *Pantechniki* es demasiado distinta en sustancia del caso ante este Tribunal para servir de precedente. En *Pantechniki* el reclamo idéntico fue afirmado tanto en los procedimientos judiciales internos como en el arbitraje. El demandante en *Pantechniki* ni siquiera promovió el pretexto de encubrir con el manto de una violación del tratado un simple y llano reclamo de indemnización contractual.

³⁸⁶ *Pantechniki*, ¶ 63, 64, 67.

756. El único Árbitro aclaró que la acción no debería haber caído dentro del alcance del TBI en primer lugar porque no era recurrible dentro de los parámetros del derecho internacional público en ausencia de una disposición específica a tal efecto, es decir una cláusula general, en el TBI pertinente.

b. H&H c. Egipto

757. En *H & H*³⁸⁷ la controversia surgió de un contrato de gestión y operación (“MOC” [por sus siglas en inglés]) suscritos por H & H y una sociedad controlada por el gobierno egipcio. Una serie de controversias surgieron del MOC, que generó procedimientos arbitrales y judiciales. En concreto, el demandante basa el procedimiento del CIADI en la supuesta negativa del Estado anfitrión en cumplir con una opción de comprar propiedades hoteleras. El gobierno afirmó que, de alguna manera, la violación del MOC, junto con un desalojo, constituía violaciones del TJE, expropiaciones y de plena seguridad y protección.

³⁸⁷ H&H Enterprises Investments, Inc. c. República Árabe de Egipto, Caso CIADI N. ° ARB 09/15 (Laudo), (6 de mayo, 2014) RLA-0074.

758. En la *Decisión* sobre Jurisdicción de *H & H*, el tribunal desestimó las objeciones de Egipto basándose en *ratione personae, ratione materiae, ratione temporis*, y transfirió una serie de cuestiones a la audiencia sobre el fondo del caso, incluida la cuestión de *la validez de la Opción de compra y las objeciones de Egipto basadas en la disposición de “fork in the road” del Tratado*. El arbitraje local en *H&H*, el tribunal y los procedimientos de arbitraje del CIADI compartieron (i) los mismos hechos, (ii) los mismos objetos y (iii) las mismas causas de acción. El tribunal no pudo evitar observar:

360. El Tribunal señala, desde el principio, que la base de las reclamaciones del Tratado del Demandante y sus reclamaciones contractuales, que se basan en la Opción de compra y el MOC, *así como la correspondencia asociada, son fundamentalmente las mismas. Estas reclamaciones fueron resueltas por el Laudo Arbitral de El Cairo, emitido en El Cairo el 28 de febrero de 1995.*

(énfasis nuestro).

759. El tribunal analizó todas y cada una de las reclamaciones presentadas bajo los dos sistemas diferentes y encontró que las reclamaciones en el arbitraje del CIADI eran las mismas que las reclamaciones presentadas en Egipto ante diferentes foros contra Grand Hotels of Egypt (“GHE”), una entidad propiedad del gobierno de Egipto:

371. En el presente arbitraje, el reclamo de expropiación del Demandante se basa en la supuesta interferencia de GHE con los derechos del Demandante bajo el MOC. El demandante afirma que la Demandada obstruyó la capacidad del demandante para cumplir con el MOC, negándose a aceptar los planes de desarrollo del demandante y evitando que obtenga una licencia de operación permanente, y finalmente cancelando el MOC. El reclamo de expropiación del Demandante también se basa en la negativa de GHE de la existencia de la Opción de compra.

760. Con respecto a los procedimientos de arbitraje de El Cairo, el tribunal del CIADI subrayó que todos y cada uno de los reclamos presentados en ese procedimiento no eran más que una iteración de los reclamos que el demandante había presentado en El Cairo ante diferentes foros nacionales:

372. El Tribunal observa que el Arbitraje de El Cairo se refería a (i) los derechos del Demandante bajo el MOC; (ii) la supuesta violación del MOC por el GHE por su negativa a aceptar los planes de desarrollo; (iii) la falla del Ministerio de Turismo de emitir una licencia de operación permanente como resultado de la presunta interferencia e instrucciones de GHE al Ministerio; (iv) el supuesto

derecho de GHE de revocar el MOC y exigir la entrega del Hotel y el Terreno al demandante; y (v) la supuesta Opción de compra del demandante.

...

374. El Tribunal observa que el Demandante también inició dos procedimientos en el Tribunal de Primera Instancia de Cairo Sur el 1 y 4 de junio de 1995 respectivamente, en los que reclamaba daños y perjuicios por incumplimiento del MOC basado, *inter alia*, en la supuesta negativa del GHE para aceptar los planes de desarrollo del demandante y la interferencia con el proceso de licenciamiento, y se quejaba de que GHE no cumplió con la supuesta Opción de compra ...

...

377. También es importante tener en cuenta que el reclamo de expropiación *del demandante no tiene una existencia autónoma fuera del contrato*. El reclamo de expropiación del Demandante se basa en realidad en una supuesta violación de los Artículos 2.7, 2.1 y 3.5 del MOC ...

(énfasis nuestro).

761. Por último, el *tribunal de H&H* naturalmente decidió que era imposible considerar el reclamo presentado por el demandante como reclamos genuinos de TBI.

382. El Tribunal no puede aceptar reclamos que se basen fundamentalmente en los mismos hechos y, contrariamente a lo que alega el Demandante, *en el mismo contrato* invocado por el Demandante en apoyo de los reclamos presentados ante el Tribunal Arbitral de El Cairo y los tribunales locales egipcios. Aceptar el argumento del Demandante privaría al Artículo VII 3 (a) del Tratado de cualquier significado y efecto.

(énfasis nuestro).

762. La Demandada se ha basado en una autoridad que comparte un denominador común muy particular. Todos los casos se refieren a reclamos contractuales que fueron procesados sin éxito ante tribunales nacionales en una matriz de hechos que involucra a las mismas partes. Además, después de perder o abandonar el procesamiento de reclamos contractuales ante los foros nacionales, los demandantes intentaron convertir las infracciones simples de las afirmaciones contractuales en reclamos de tratados. Solo se deduce que se aplicaría la objeción de “fork in the road”. La Demandada no establece la relevancia de estos casos para el procedimiento ante este Tribunal.

C. Supervisión y Control c. Costa Rica

763. La Demandada también recurre a *Supervisión y Control S.A. c. República de Costa Rica*.³⁸⁸ Ahí la Demandada tampoco revela el lenguaje relevante.

764. En ese caso Costa Rica se basó en el Art. XI.3 del TBI España-Costa Rica, que es diferente en (i) alcance (ii) formulación y (iii) completamente distinguible del Art. 11 (4) del TBI entre Colombia y Suiza.

765. La disposición dice:

3 ° -Una vez que el inversor haya remitido la controversia a un tribunal arbitral, esta decisión será definitiva. Si el inversor hubiera sometido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, este podrá, asimismo, recurrir a los tribunales de arbitraje mencionados en el presente artículo, siempre y cuando dicho tribunal nacional no hubiera emitido sentencia. En este último caso, el inversor deberá adoptar las medidas que se requieran a fin de desistir definitivamente de la instancia judicial en curso. ³⁸⁹

(énfasis nuestro).

³⁸⁸ Supervisión y Control SA c. República de Costa Rica, Caso CIADI N. ° ARB /12/4, Laudo, 18 de enero de 2017 RLA- 0050.

³⁸⁹ *Id.* ¶ 3, RLA-0050.

766. En los procedimientos de Supervisión y Control, donde Costa Rica fue asistida por el mismo abogado que asistió a la Demandada en este caso, la disposición referenciada fue mal traducida y las partes estipularon erróneamente lo siguiente:

3. Una vez que un inversor haya sometido la controversia a un tribunal arbitral, el laudo será definitivo. Si el inversor ha sometido la controversia a un tribunal competente de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, puede, además, recurrir a los tribunales arbitrales mencionados en este artículo, si dicho tribunal nacional no ha emitido un fallo. En este último caso, el inversor adoptará las medidas que sean necesarias con el fin de desistir permanentemente del caso judicial en curso.³⁹⁰

767. Ambas partes en Supervisión y Control tradujeron erróneamente la oración crítica contenida en el Art. XI.3 del TBI España-Costa Rica.

³⁹⁰

Id. ¶ 6, RLA-0050.

768. La primera frase del Art. XI.3 del TBI España-Costa Rica dice:

3°-Una vez que el inversor haya remitido la controversia a un tribunal arbitral, esta decisión será definitiva.

769. La traducción de las partes acordadas en *Supervisión y Control* dice:

3. Una vez que un inversor haya sometido la controversia a un tribunal arbitral, *el laudo será definitivo.*

(énfasis nuestro).

770. La traducción adecuada solo puede decir lo siguiente:

Una vez que un inversor haya presentado la controversia a un tribunal arbitral, esa decisión [de presentar la controversia] será definitiva.

771. La “decisión” no se refiere a un laudo que “será definitivo”, sino más bien al “acto” de someterse a arbitraje, acto que será definitivo.

772. Aparte del lenguaje claro textual y el percance de traducir literalmente “decisión” como una “decisión arbitral” o “laudo”, el lenguaje en el Art. XI.6 del TBI España-Costa Rica elimina cualquier posible duda persistente. El Artículo XI.6 del TBI España-Costa Rica dice:

6°- Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

773. Art. XI.6 del TBI España-Costa Rica se traduce al inglés de la siguiente manera:

6. Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se comprometerá a ejecutar las sentencias / laudos de acuerdo con su legislación nacional.

774. Esta disposición deja en claro que los laudos son definitivos y vinculantes y no el lenguaje del Art. XI.3 del TBI España-Costa Rica, traducido incorrectamente en *Supervisión y Control*.

775. Sin embargo, debido al error mencionado, el Tribunal trató la cláusula como una disposición de selección de foro.

776. La disposición invocada por Costa Rica en *Supervisión y Control*, traducida erróneamente por las partes y aceptada por el tribunal, ni siquiera es una disposición de “fork in the road”:

294. Para evitar la duplicación de procedimientos y reclamos, y por lo tanto para evitar decisiones contradictorias, los

Tratados de Inversión utilizan dos métodos para limitar la selección de un mecanismo de resolución de controversias por parte del inversionista. El primer método consiste en obligar al inversionista a seleccionar un mecanismo de resolución de controversias *ab initio* a través de una cláusula de opción irrevocable, generalmente llamada "fork in the road", que implica que una vez que se selecciona una de las rutas, la posibilidad de elegir la otra queda excluida. Bajo el segundo método, basado en el concepto de *renuncia*, una vez que el inversionista elige el arbitraje internacional según el tratado pertinente, debe renunciar al ejercicio de cualquier reclamo ante otro mecanismo de resolución de controversias, incluidos los ya iniciados y los que podría iniciarse.

...

El Tribunal considera que el Artículo XI.3 del Tratado constituye una cláusula de selección de foro relacionado al segundo método, una cláusula de renuncia, para limitar la selección de mecanismos de resolución de controversias. Una vez que se inicia un arbitraje internacional, se requiere que el inversionista renuncie o se retire de las acciones que ha iniciado o podría iniciar ante los tribunales

nacionales o un tribunal arbitral, para evitar decisiones conflictivas y eliminar la posibilidad de obtener una indemnización en exceso por los mismos hechos.

777. Artículos 11.1 y 11.4 del TBI Colombia-Suiza, cuando se leen juntos establecen una prueba de identidad tripartita para que la defensa de “fork in the road” se vincule. Esa prueba no se cumple en este caso. Además, la Demandada no ha presentado ninguna autoridad que sugiera lo contrario.

778. La Demandada no demuestra, porque no puede, que todos los reclamos alegados, e incluso las defensas presentadas ante los tribunales administrativos internos de Colombia, se asemejan a interpretaciones legales idénticas a las pendientes ante este Tribunal.

V. LOS DEMANDANTES, ALBERTO CARRIZOSA-GELZIS, FELIPE CARRIZOSA GELZIS Y ENRIQUE CARRIZOSA GELZIS cumplieron con la carga *prima facie* QUE ESTABLECE QUE LA NACIONALIDAD DE ESTADOS UNIDOS es su NACIONALIDAD *DOMINANTE Y EFECTIVA*: HABIENDO CUMPLIDO CON ESTA CARGA LA DEMANDADA NO HA PODIDO REFUTAR ESTA POSICIÓN.

A. Declaración preliminar

779. El argumento *ratione personae* de la Demandada falla en cuatro formas muy específicas que se analizarán con considerable detalle. En primer lugar, la Demandada confecciona de manera integral su propio

estándar a la medida para la aplicación de la prueba dominante y efectiva, basada solo en argumentos de un abogado.

780. Al hacerlo, la Demandada ignora deliberadamente el “deber” obligatorio contenido en el Art. 10.22.1 del TLC que ordena que “un tribunal *decidirá* las cuestiones en controversia de conformidad con este [i] Acuerdo y [ii] las reglas aplicables del derecho internacional. En cambio, la Demandada declara explícitamente que un tribunal solo puede buscar “orientación” de los tribunales internacionales que expongan los factores a considerar y su aplicación adecuada para determinar la nacionalidad dominante y efectiva de un Demandante.

781. La Demandada también ignora que al hacer referencia expresa a ‘nacionalidad dominante y efectiva’ en la definición de “inversionista de una Parte,’ en los Artículos 10.28 y 12.20 , las partes contratantes del TLC incorporaron el derecho consuetudinario internacional .³⁹¹

³⁹¹ El Artículo 10.28 (Definiciones) y Art. 12.20 (Definiciones) son prácticamente idénticos en la definición de “inversionista de una Parte”. La única diferencia entre las dos disposiciones es que el Art. 10.28 se refiere a «una persona con doble ciudadanía” y “exclusivamente un ciudadano del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva”. El Artículo 12.20 se refiere a “un ciudadano con doble ciudadanía” y a “un ciudadano exclusivamente del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.”

782. Al hacerse la vista gorda ante los factores múltiples y recurrentes considerados por la jurisprudencia y la doctrina, la Demandada invita al Tribunal (i) a considerar solo cuatro factores y (ii) a hacerlo durante plazos «instantáneos». El análisis no resulta.

783. Como se discutirá más adelante, este enfoque está plagado de supuestos no probados y constituye una desviación del análisis y la autoridad aplicables. Su aplicación también es contraria a las premisas sobre las cuales las Partes contratantes acordaron resolver las reclamaciones.

784. Segundo, la Demandada también se involucra en su propia exégesis muy particular de la prueba dominante y efectiva al invitar al Tribunal a tratar estas dos puntas como conceptualmente no relacionadas y totalmente distintas. Los Demandantes deberán demostrar por qué dicho análisis tiene defectos letales incluso cuando, como aquí, no se discute la autenticidad de la doble ciudadanía de los Demandantes.

785. Tercero, la Demandada al considerar a la autoridad pertinente no realiza *ningún* análisis. En cambio, la Demandada simplemente proporciona una serie de dictados fuera de contexto y sin explicación, a manera de proporcionar de algún modo una construcción legal viable en apoyo de su posición. Además, la autoridad en la cual la Demandada “se basa” obliga significativamente a la conclusión de que la nacionalidad dominante y efectiva de los Demandantes es la de Estados Unidos.

786. Cuarto, la Demandada vuelve a su hábito recurrente de sustituir el argumento del abogado por lo que debería ser la declaración testimonial de hecho o la evidencia documental.³⁹² La Demandada, por lo tanto, no ha refutado a los Demandantes más que *prima facie* para demostrar que la restricción de jurisdicción *ratione personae* se ha cumplido de manera muy significativa y sustantiva.

B. Elementos reales del estándar para determinar la prueba de nacionalidad dominante y efectiva

787. Como se señaló anteriormente, la Demandada reduce a cuatro factores ³⁹³ los elementos

³⁹² Como el Tribunal sabe, la Demandada solo ha presentado un testigo en este caso, el Sr. Ibáñez. La credibilidad de ese testigo, sin embargo, se ve comprometida negativamente. Los demandantes ya han hecho referencia a que el Sr. Ibáñez deliberada e intencionalmente no reveló, y tergiversó, sus múltiples lazos y relaciones profesionales con la República de Colombia. Simplemente no es creíble y los Demandantes solicitan que su testimonio sea rechazado o que no se lo considere en absoluto.

³⁹³ La Demandada argumenta específicamente-

Con base en la jurisprudencia y doctrina internacional relevante (discutida más adelante), Colombia respetuosamente sostiene que el Tribunal debe aplicar los siguientes factores al presente caso para determinar cuál de las dos nacionalidades de los Demandantes es la dominante: (i) la ubicación de la residencia habitual y permanente de los Demandantes; (ii) el centro de la vida económica de los Demandantes; (iii) el centro de la vida familiar, social y política de los Demandantes; y (iv) cómo se autoidentifican los Demandantes.

Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción | 398.

que deben considerarse como el estándar rector para la determinación de la nacionalidad dominante y efectiva. Esta abreviatura no es compatible con *ningún* tribunal que haya abordado la cuestión.³⁹⁴

788. El estándar abreviado elimina que se considere el derecho internacional consuetudinario que las Partes contratantes del TLC aprobaron para regir cualquier controversia bajo el Acuerdo. Los estándares de derecho internacional aplicables rigen esta controversia. Por lo tanto, la aplicación de estos principios es obligatoria y no facultativa. No son susceptibles de ser reducidos arbitrariamente o de algún otro modo a cuatro.

³⁹⁴ Como se discutirá en detalle a continuación, solo el tribunal en *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana*, Caso PCA No. 2016-17 (Laudo) (3 de septiembre de 2019), aplica la prueba abreviada de cuatro factores que la Demandada alienta a este Tribunal a adoptar. El tribunal en *Ballantine* lo hace en lo que solo puede describirse como razonamiento legal aberrante. Lo hace porque el Tribunal en ese caso interpreta el Art. 10.22.1 del DR-CAFTA como facultativo y no obligatorio. El Artículo 10.22.1 del DR-CAFTA, así como su disposición de contrapartida, el Art. 10.22.1 del TLC, ordena que la ley aplicable para una controversia debe ser “[i] este Acuerdo y [ii] las normas aplicables del derecho internacional”. Por lo tanto, en lugar de aplicar el derecho internacional consuetudinario que establece los factores que deben aplicarse y su aplicación adecuada en la determinación de la nacionalidad dominante y efectiva de los Demandantes, el Tribunal simplemente discurrió que solo debería tomar la orientación del derecho internacional consuetudinario, teniendo en cuenta el contexto particular del Art. 10.28 [prueba de nacionalidad dominante y efectiva], dentro del objeto y propósito general del DR-CAFTA”. *Ballantine*, ¶ 530.

789. La Demandada, sin embargo, solicita a este Tribunal que solo busque “orientación” de las reglas aplicables del derecho internacional, en lugar de aplicar los principios de estas reglas y como el cuerpo de leyes no discrecional que necesariamente *debe* regir esta determinación.

790. Tratar la aplicación obligatoria del derecho internacional consuetudinario aplicable a este caso como facultativa viola el lenguaje textual del TLC y, por lo tanto, el consentimiento de las Partes en cuanto a la ley que regirá las controversias bajo este Acuerdo.

791. El argumento de la Demandada merece la citación en su totalidad:

El TLC no proporciona una orientación específica sobre cómo un tribunal debe determinar la nacionalidad dominante y efectiva de una persona. Sin embargo, el Artículo 10.22 del TLC (que se incorpora en el capítulo 12 como referencia) sí establece que 'el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y las reglas aplicables del derecho internacional “. *De conformidad con esa disposición, el Tribunal puede encontrar orientación sobre los factores previamente aplicados por las cortes y los tribunales internacionales, tanto en el contexto del derecho internacional consuetudinario como de la jurisprudencia de inversión.*

(negrita en original, cursiva nuestra) ³⁹⁵

792. El TLC no proporciona orientación específica porque lo hace en virtud de incorporar explícitamente el derecho internacional consuetudinario.

793. Sin duda, el Art. 10.22.1 es claro al afirmar que la ley rectora aplicable a la controversia ante este Tribunal es “[i] este Acuerdo y [ii] normas aplicables del derecho internacional.”³⁹⁶ Además, al hacer referencia explícita a la prueba dominante y efectiva de nacionalidad-ciudadanía en los Artículos 10.28 y 12.20 en la definición de “inversionista de una Parte”, el derecho internacional consuetudinario se ha incorporado explícitamente en el Acuerdo.

794. Los factores y principios que constituyen la norma aplicable a este caso de conformidad con el derecho internacional consuetudinario simplemente no son susceptibles de ser reducidos aleatoriamente y limitados a cuatro factores que a su vez deben aplicarse *también* sin tener en cuenta la ley que las Partes contratantes aceptaron como rectora en cualquier controversia bajo el TLC.

³⁹⁵ Respuesta de la Demandada sobre la jurisdicción 398.

³⁹⁶ Art. 10.22.1 del TLC (Ley rectora).

795. Al argumentar que este Tribunal es solo para encontrar “orientación” en los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, la Demandada ha interpretado erróneamente y viciado todo el conjunto de factores que deben analizarse para determinar la aplicación de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva y la *manera* en la que se *deben* aplicar estos factores.

796. En efecto, la jurisprudencia es de una sola opinión en reconocer que los factores que deben considerarse en la aplicación de la prueba dominante y efectiva son *no exhaustivos* en su alcance. En *Diba c. La República Islámica de Irán*,³⁹⁷ el Tribunal observó que “[p]ara poder hacer tal determinación [la nacionalidad dominante y efectiva del Demandante], el Tribunal debe considerar la *vida de los Demandantes en su totalidad, desde su nacimiento, y todos los factores relevantes* que evidencian la realidad y la sinceridad de la elección de lealtad que afirman haber hecho a una nación.”³⁹⁸ (énfasis nuestro). En la referencia a “la realidad” y “la sinceridad de la elección”, el Tribunal se refiere a una consideración cualitativa de ambos términos, “dominante” y “efectivo”.

³⁹⁷ Benny Diba y Wilfred J. Gaulins c. República Islámica de Irán, Ministerio de Vivienda y Desarrollo Urbano de Irán, Caso IUSCT No. 940 (Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.) (Laudo) (31 de octubre de 2989 [sic]), RLA- 0090.

³⁹⁸ *Id.* ¶ 11.

797. Al enumerar ejemplos de los factores relevantes, el Tribunal dejó en claro que la lista no era exhaustiva; *Estos factores incluyen* la residencia habitual de los Demandantes, el centro de intereses, los lazos familiares, la participación y la vida pública y otras pruebas de apego”. (énfasis nuestro).³⁹⁹

³⁹⁹ *Id*

En ese caso, el Tribunal determinó que la nacionalidad dominante y efectiva del demandante no era la de Estados Unidos. Este fallo en gran medida se basaba en un problema de credibilidad derivado de una inconsistencia entre la representación del demandante del tiempo que supuestamente pasó en Estados Unidos y los registros reales en el pasaporte.

Sin embargo, en 1967, el Sr. Diba se divorció de su esposa estadounidense y regresó a Irán, donde se casó con una ciudadana iraní. Se involucró activamente en diferentes negocios en Irán y vivió en Irán durante los siguientes once años. Los registros en el pasaporte del Sr. Diba no respaldan su afirmación de que pasó aproximadamente el cincuenta por ciento de su tiempo durante los años 1967-1979 en Estados Unidos. Por el contrario, indican que, aunque el Sr. Diba viajó mucho, pasó como máximo unos meses durante este período [once años] en Estados Unidos El Tribunal también señala que el Sr. Diba no ha documentado el alcance de los intereses comerciales que afirma haber mantenido en Estados Unidos durante esos años.

Id. ¶ 24.

798. En otro caso del tribunal de reclamos Irán-Estados Unidos, *Malek c. Irán*⁴⁰⁰ al determinar que el Demandante había cumplido con la prueba de nacionalidad dominante y efectiva, el Tribunal realizó un análisis expansivo. Se puso de relieve que “[o]bviamente, para establecer lo que es la nacionalidad dominante y efectiva en la fecha que surgió el reclamo, es necesario examinar los acontecimientos de la vida del Demandante *anterior* a esta fecha”. (Énfasis añadido).⁴⁰¹ El Tribunal discurrió además que “de hecho, toda la *vida del Demandante, desde su nacimiento, y todos los factores* que, durante este período de tiempo, evidencian la realidad y la sinceridad de la elección de lealtad nacional que afirma haber hecho, son relevantes” (énfasis nuestro).⁴⁰²

799. De hecho, la importancia de tomar en consideración la vida completa de un demandante habla por sí misma. Desafía la explicación. Sin embargo, este elemento fundamental y la forma en que se aplicará están claramente ausentes del estándar de cuatro puntas auto confeccionado por la Demandada.

⁴⁰⁰ Reza Said Malek c. el Gobierno de la República Islámica de Irán, Caso IUSCT No. 193 (Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.) (Laudo No. IITL68-193-3) (23 de junio de 1988).

⁴⁰¹ *Id.* ¶ 14.

⁴⁰² *Id.*

800. Además de un análisis amplio y sin restricciones temporales,⁴⁰³ aunque utilizando principalmente el plazo ilimitado para comprender mejor el status del Demandante en el momento en que venció el reclamo, *todos los* tribunales confrontados con los factores a considerar para determinar la aplicación de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva han considerado el análisis en *términos cualitativos* y no *cuantitativos*. En pocas palabras, la naturaleza y el carácter de los factores deben tener mayor peso que la mera *cantidad* de estos elementos.

801. El Tribunal en *Micula c. Rumania*⁴⁰⁴ es emblemático a este respecto. Los Demandantes realizaron un análisis detallado de este caso en su informe inicial.⁴⁰⁵ Por lo tanto, los Demandantes limitarán la discusión del caso a solo una revisión de los elementos que el Tribunal consideró, lo que *concuierda con un enfoque de análisis cualitativo*.

⁴⁰³ Sin restricciones temporales, los casos no sugieren que no aplican los plazos relevantes para aplicar la prueba. La mayoría de los casos identifican (i) la fecha del incumplimiento y (ii) el momento en que se presenta el reclamo. En cambio, el análisis requiere que las fechas relevantes consideradas se contextualicen mediante el análisis de la vida completa del demandante. En el caso ante este Tribunal, las fechas relevantes son (i) 25 de junio de 2014 (fecha de la violación) (ii) 24 de enero de 2018 (fecha de presentación del reclamo). Ambas fechas deben considerarse en el contexto de las vidas de los Demandantes. Ver RLA-0039, Vladislav Kim, et al. c. República de Uzbekistán, Caso CIADI No. ARB /13/6 (Decisión sobre Jurisdicción), (8 de marzo de 2017), ¶ 191.

⁴⁰⁴ Ioan Viorel Micula, FC European Food SA, SC Starmill SRL y SC Multipak SRL c. Rumania, Caso CIADI N. ° ARB /05/20 (Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad) (24 de septiembre de 2008).

⁴⁰⁵ Ver Memorial Inicial de los Demandantes ¶¶ 273-293.

802. Las objeciones jurisdiccionales dominantes y efectivas de la Demandada son muy similares a las anticipadas en este caso. Por esta razón *Micula* es particularmente instructivo. El Tribunal resumió la objeción jurisdiccional de la Demandada de la siguiente manera:

En este caso, la Demandada argumenta que la nacionalidad sueca [de los Demandantes] es efectiva y se obtuvo únicamente '*para avanzar en su propósito*' [citación omitida]. Al observar si existe una conexión genuina, la Demandada concluye sobre la base de un informe de investigación [citación omitida] [que los Demandantes] *residen permanentemente y permanecen físicamente casi constantemente en Rumania. También determina 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, [los Demandantes] no pueden invocar su nacionalidad sueca con respecto a Rumania* [cita omitida].⁴⁰⁶

(énfasis nuestro).

⁴⁰⁶ *Micula*. ¶ 74.

803. El Tribunal rechazó estas afirmaciones y consideró que la afirmación de la Demandada de que la nacionalidad sueca de los Demandantes no podía ser vinculante para Rumania debido a los supuestos vínculos débiles de los Demandantes con Suecia, carecía de fundamento .⁴⁰⁷

804. A pesar de que el Tribunal en *Micula* reconoció que no se puede interpretar que *Nottebohm* aplique al caso o se use para incluir una excepción para impedir que un Estado haga la vista gorda a “la única nacionalidad de un individuo sobre la base del hecho de que este individuo no haya residido en el país de su nacionalidad durante un período de tiempo,” aplicó hipotéticamente la prueba de vinculación genuina o efectiva.

805. La aplicación de *Nottebohm* llevó al Tribunal a concluir que los vínculos de [los Demandantes] con Suecia *no son de tal naturaleza* que requieran que el Tribunal cuestione la efectividad de la nacionalidad sueca de [los Demandantes] o su oposición a Rumania”.⁴⁰⁸ (énfasis nuestro). Llegó a esta determinación al considerar las siguientes seis proposiciones, *todas las cuales* aplican en el caso ante este Tribunal a *los* tres Demandantes, Alberto Carrizosa Gelzis, Enrique Carrizosa Gelzis y Felipe Carrizosa Gelzis:

⁴⁰⁷ *Id.* ¶ 105.

⁴⁰⁸ *Id.* ¶ 104.

Primero, se observó que los Demandantes tenían “activos en Suecia”; ⁴⁰⁹

En segundo lugar, uno de los Demandantes tenía «parientes políticos... que vivían en Suecia “; ⁴¹⁰

En tercer lugar, uno de los Demandantes tenía “dos hijas [que eran] ciudadanas suecas”; ⁴¹¹

Cuarto, los Demandantes pretendieron jubilarse en Suecia”; ⁴¹²

Quinto, los Demandantes contribuyeron a fondos de pensiones a ese efecto”; ⁴¹³

En sexto lugar, el Tribunal discurrió que “el *hecho de que [los demandantes] actualmente residen en Rumania no es un factor decisivo. De hecho, está claro que lo han*

⁴⁰⁹ *Id.* El testimonio ante este Tribunal es que los tres Demandantes tienen activos en Estados Unidos. Ver Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 39, 45, Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 32-34, y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 33-35.

⁴¹⁰ *Id.* ¶ 26, Los parientes políticos de Enrique Carrizosa Gelzis viven en Estados Unidos.

⁴¹¹ *Id.* Ver Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS- 2) If 27, y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 24.

⁴¹² *Id.*

⁴¹³ En este caso, los tres Demandantes han testificado sobre su intención de jubilarse en los Estados Unidos. Ver Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 39, Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 29, y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 32.

Id.

Los demandantes aquí también realizan pagos a fondos de pensiones en los Estados Unidos por la misma razón. Véanse las declaraciones testimoniales de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1), párr. 43, de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2), párr. 33, y de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3), párr. 36.

hecho para administrar sus negocios y, como lo atestiguó [uno de los Demandantes], podrían vivir en otro país si tuvieran su negocio en otro lugar”. ⁴¹⁴

(énfasis nuestro).

806. Primordial en el análisis del Tribunal en *Micula* es que analiza el componente de “eficacia” desde una perspectiva *cualitativa* . Entendió que el elemento “efectivo” requería un análisis sustantivo y no solo un estatus formal de nacionalidad.

⁴¹⁴ *Id.*

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

807. El enfoque restrictivo de cuatro factores de la Demandada deja completamente de lado cualquier consideración semejante. También obvia cualquier enfoque “no exhaustivo” o de “todos los factores relevantes” en la determinación.

808. Sin duda, la configuración fáctica de *Micula* difiere del caso aquí en cuestión.

809. El TBI Suecia-Rumania no dice nada sobre la cuestión de la doble ciudadanía.⁴¹⁵ Además, *Micula* solo se refiere a la nacionalidad de un solo Estado, Suecia. A diferencia de *Nottebohm*, por ejemplo, donde Guatemala nunca concedió la nacionalidad a Nottebohm, en *Micula* (aunque impugnado por la Demandada) los demandantes habían rechazado afirmativamente su ciudadanía rumana cuando se convirtieron en ciudadanos de Suecia.⁴¹⁶

810. A pesar de estas diferencias, el análisis en *Micula* es dispositivo a favor de los Demandantes.

811. Es importante señalar que al participar en una aplicación hipotética de *Nottebohm*, el Tribunal destacó que la prueba de vinculación genuina es de *naturaleza cualitativa*. Esta interpretación de la prueba está respaldada por la interpretación que el Tribunal hizo sobre la presencia física dominante de los Demandantes en Rumania, el Estado anfitrión.

⁴¹⁵ Notablemente, sin embargo, el TLC no proporciona orientación sobre cómo se debe aplicar la prueba de nacionalidad dominante y efectiva.

⁴¹⁶ *Micula* ¶¶ 3(a) y (b), CLA-40.

812. Dejando a un lado cualquier consideración de la cuestión de un solo Estado, el Tribunal analizó los factores que se referían a la *legitimidad* y la profundidad del vínculo de los Demandantes con Suecia, a pesar de lo que parecía ser la propuesta indiscutible de que la Demandada residía en Rumania.⁴¹⁷ Discurrió y encontró,

⁴¹⁷ A este respecto, el laudo en Micula en la parte pertinente dice:

En este caso, el demandado alega que la nacionalidad sueca de los Sres. Micula es ineficaz y que se obtuvo únicamente “para promover su propósito”. [cita omitida]. Al examinar si existe una conexión genuina, la demandada concluye, sobre la base de un informe de investigación [cita omitida] que los Sres. residen en forma permante y física en Rumania. También determina que sus intereses profesionales y económicos, así como sus vínculos culturales, sociales y familiares se encuentran en y con Rumania. Como resultado de estos fuertes y continuos vínculos con Rumania, los Sres. Micula tienen prohibido invocar su nacionalidad sueca con respecto a Rumania [cita omitida].

Id. ¶ 74

La demandada también trató de poner en duda la residencia habitual y continua de los demandantes en Suecia. La referencia a esta prueba es útil:

Según la demandada, tal objeción [a la legitimidad de la nacionalidad sueca], de presentarse, golpearía la raíz de la nacionalidad y sustituiría a la objeción de “inoponibilidad” [cita omitida]. Rumania escribió al Tribunal el 4 de julio de 2008, según lo acordado al término de la audiencia, y pidió 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 que cumpliera el requisito de residencia de cinco años para la concesión de la nacionalidad con arreglo a 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 [demandante] de residir en Suecia, sino que sostuvo que “de hecho no residía

sobre la base de un *análisis “cualitativo”* ; que la conexión de los Demandantes con Suecia sobrepasaba su presencia física en el Estado anfitrión.

813. En pocas palabras, a pesar de la presencia prácticamente constante en el Estado anfitrión, así como los lazos sociales, familiares y culturales significativos en Rumania, el nexó cualitativo de los Demandantes con Suecia fue más significativo.

'habitualmente' en Suecia después de algún tiempo en 1992 a más tardar” [cursiva en el original].

Además, la demandada sostuvo que la validez de la renuncia a la nacionalidad rumana era una condición de validez para la adquisición de la nacionalidad sueca. La renuncia [del demandante] se basaba en el hecho de que residía en Suecia y no tenía interés en Rumania, lo que según, la demandada, ambas cosas resultaron ser incorrectas.

Id. ¶ 75. (énfasis en el original).

814. En *Micula* , el Tribunal aceptó la presencia física dominante planteada en la afirmación de Rumania tanto como una cuestión de defensa como de prueba real. Este hecho es importante para el presente análisis.

815. Sin embargo, al considerar la totalidad de las circunstancias, el Tribunal observó que la calidad del vínculo de lealtad de los Demandantes con Suecia superaba con creces la presencia habitual en Rumania como factor determinante.

816. De acuerdo a esta línea de razonamiento, el Tribunal correctamente desestimó el argumento de “propósito único” de la Demandada porque dicha alegación simplemente no era compatible con el vínculo establecido y lazo de lealtad con Suecia, como lo demuestra la cronología de eventos materiales, y la “efectividad” de la nacionalidad sueca de [los Demandantes].⁴¹⁸

817. Aquí, en el caso ante este Tribunal, los vínculos de los Demandantes con Estados Unidos son legítimos, genuinos, de larga data y *de buena fe*. Son opuestos a Colombia como cuestión de hecho y de derecho de conformidad con la norma aplicable, que no es exhaustiva y cualitativa.

⁴¹⁸

Id. ¶ 104.

818. Cualquier análisis de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva implica, contrario al argumento de la Demandada (por supuesto, sin citar a la autoridad), el análisis del componente de “efectividad” desde una perspectiva cualitativa.

819. Como se analizará más adelante, la Demandada intenta separar la punta “efectiva” del componente “dominante” simplemente argumentando que ya se cumplió y no se controvierte y, por lo tanto, no tiene más consecuencias ni es relevante para lo que considera ser una consideración cuantitativa restante basada en los cuatro factores que propone la Demandada. Esta metodología carece de sustento y viola el lenguaje textual y el imperativo contenido en el Art. 10.22.1 del TLC (Ley que rige).

820. *Olguin c. Paraguay*⁴¹⁹ está en lo cierto con respecto a esta consideración. En ese caso, el Demandante, con doble nacionalidad de Estados Unidos, presentó un reclamo bajo la rúbrica del CIADI contra la República del Paraguay derivado de violaciones del tratado en relación con una inversión en el sector de procesamiento de alimentos en Paraguay (específicamente, una planta de productos de maíz), de propiedad de una entidad en el país y operada por la misma.⁴²⁰ A pesar de que no se consideró la prueba dominante y efectiva, comprensiblemente, debido a que el TBI aplicable no se expresó sobre la cuestión, el Tribunal

⁴¹⁹ Eudoro Armando Olguin c. República del Paraguay, Caso CIADI No. ARB /98/5 (Laudo) (26 de julio de 2001).

⁴²⁰ *Id.* 11 50-51.

sí expresó proposiciones relevantes como parte de su análisis y determinó que carecía de competencia en razón del efecto excluyente del sistema del CIADI sobre el tema.⁴²¹

821. Sin embargo, el Tribunal reconoció que [no hubo controversias sobre el hecho de que [el Demandante] tiene doble nacionalidad y que *ambos son efectivos*].⁴²²

822. El caso ante este Tribunal también ejemplifica las dobles nacionalidades, siendo *ambas* efectivas. Por lo tanto, el análisis relevante también implica un escrutinio minucioso y sostenido de la naturaleza de la “efectividad” de los respectivos vínculos con Estados Unidos y Colombia. Dicho análisis requiere una consideración sostenida de la naturaleza y la calidad del testimonio y la manera en que la autenticidad, la legitimidad y la *buena fe* contextualizan los factores considerados bajo la punta “dominante”.

⁴²¹ El Laudo no hace ningún esfuerzo por distinguir entre un “caso de estados dobles” y un caso de tres Estados. Sobre la base de los hechos que tiene delante, la nacionalidad del demandante no debería haber dado lugar a la desestimación, incluso en virtud de las restricciones del Art. 25 del CIADI, por la simple razón de que el estatus de doble nacionalidad era el de un tercer Estado y no afectaba a los Estados contratantes en virtud del TBI. El Tribunal ignoró este hecho crítico y también se abstuvo de participar en un análisis del Art. 25. De hecho, el Laudo ni siquiera de pasada hace referencia al Artículo. Del mismo modo, no ofrece un análisis de laudos que interpreten el Art. 25. En cambio, el Tribunal discurrió que debido a que el demandante residía en Estados Unidos y bajo la ley peruana el lugar del domicilio registrado es determinante para los “derechos específicos de esa persona ... [el demandante] no puede reclamar la protección bajo el TBI [Perú-Paraguay]”.

⁴²² *Id.* ¶ 61. (énfasis nuestro).

823. Por último, en aras de la exhaustividad, se invita respetuosamente al Tribunal a revisar el análisis de los Demandantes sobre el *Caso Mergé*.⁴²³ Ese análisis es relevante porque identifica los factores a considerar, pero más importante, cómo se aplican de acuerdo con un análisis cualitativo. Debido a que el caso ya ha sido consignado en el memorial inicial de los Demandantes, a los efectos actuales, los Demandantes simplemente quieren subrayar que la Comisión en ese caso entiende el análisis de *Nottebohm* del CIJ no como criterio para *admisibilidad*, sino más bien para enunciar una rúbrica expansiva (i) particular para cada caso, (ii) una donde la “residencia habitual” era solo uno de los muchos factores a considerar y no un elemento dominante, y (iii) los elementos a ponderarse se consideraron no exhaustivos. La Comisión discurrió:

“En vista de los principios aceptados, se considera que el Gobierno de Estados Unidos de América tendrá derecho a proteger a sus ciudadanos ante esta Comisión en casos de doble nacionalidad, Estados Unidos e Italia, siempre que la nacionalidad de Estados Unidos sea la nacionalidad efectiva.

⁴²³ *Caso Mergé*, Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos, Decisión No. 55 (10 de junio de 1955). Este caso se discute en el memorial inicial de los Demandantes en ¶¶220-253.

Para establecer la prevalencia de la nacionalidad de Estados Unidos en casos individuales, *la residencia habitual puede ser uno de los criterios de evaluación, pero no el único.* La conducta del individuo en su vida económica, social, política, cívica y familiar, *así como el vínculo más estrecho y más efectivo con uno de los dos Estados, también debe ser considerados.* ⁴²⁴

824. Es notable que la residencia habitual, obviamente por necesidad, debe considerarse, pero no exclusivamente. Además, factores tales como la vida económica, social, política, cívica y familiar de un “demandante” son importantes, pero también no exhaustivos y están sujetos al análisis cualitativo de “vínculo más efectivo”.

825. Estos factores y la forma en que se aplican en el contexto del Art. 10.22.1 del TLC deben ser considerados.

826. La iteración abreviada de la prueba de la Demandada reducida a cuatro factores se extrae de la jurisprudencia y la doctrina:

⁴²⁴ *Id.* ¶ 247. (énfasis nuestro).

- (i) **la necesidad de comprender que los factores son *no exhaustivos*,⁴²⁵**
- (ii) **consideración de *toda la vida* de los Demandantes en el contexto de cualquier plazo específico que el Tribunal desee analizar,⁴²⁶**
- (iii) **un enfoque holístico,⁴²⁷**
- (iv) **una consideración *cualitativa* y no un enfoque de “contar frijoles”,⁴²⁸**
- (v) **el componente *efectividad* debe interpretarse cualitativamente en términos de su autenticidad y legitimidad y no debe eliminarse simplemente porque las dobles nacionalidades cumplen formalmente con la ley,⁴²⁹**
- (vi) **los factores deben considerarse en el contexto de la *matriz de hechos particular* de cada caso,⁴³⁰**

⁴²⁵ *Ver en general* Benny Diba y Wilfred J. Gaulins c. La República Islámica de Irán IUSCTR (laudo) (31 de octubre de 1989) RLA-0090.

⁴²⁶ *Id.* ¶ 11.

⁴²⁷ *Ver* RLA-0088, Ballantine c. República Dominicana, ¶ 556.

⁴²⁸ *Ver* RLA-0088, Ballantine c. República Dominicana, ¶ 562 (El tribunal señaló que “la determinación de ‘dominante y efectivo’ no puede reducirse a un ejercicio matemático de ‘conteo de días’. Se requiere un examen más profundo para concluir que tales conexiones se mantuvieron más fuertes, en un punto relevante en el tiempo”)

⁴²⁹ *Ver* RLA-0090, Benny Diba y Wilfred J. Gaulins c. La República Islámica de Irán.

⁴³⁰ *Ver en general* RLA-0090, Benny Diba y Wilfred J. Gaulins c. La República Islámica de Irán; CLA-57, *Nottebohm Case*; y CLA-245, Reza Said Malek c. El Gobierno de la República Islámica del Irán Caso IUSCT No. 193 (Decisión sobre Jurisdicción) (23 de junio de 1988).

(vii) se debe considerar la ausencia de un único propósito o la estrategia de compra de tratados ,⁴³¹

(viii) ningún factor único, incluida la residencia, es determinante, por lo tanto, todos son de igual jerarquía,⁴³² y

(ix) el “cómo” y el “por qué” se adquirieron las dobles nacionalidades es de importancia.⁴³³

827. Estos principios rectores abordan la manera en que deben analizarse los factores que comprenden la norma. Los factores, por definición, no son exhaustivos y, por esta razón, deben considerar todos los aspectos de la conexión de los Demandantes con los Estados en cuestión. Ellos son:

⁴³¹ Contrariamente al caso *Nottebohm*, donde el objetivo era la compra de tratados para proteger las inversiones en cuestión, aquí los demandantes eran ciudadanos de Estados Unidos por nacimiento.

⁴³² *CLA-245, Reza Said Malek c. El Gobierno de la República Islámica de Irán* (abordando la decisión en el caso núm. A18 que refleja que el Tribunal debería “considerar todos los factores relevantes, incluida la residencia habitual, el centro de intereses, los vínculos familiares, la participación en la vida pública y otras evidencias de apego») (énfasis nuestro).

⁴³³ *Ver CLA-50, Ballantine c. República Dominicana, Orden Procesal N ° 2* (sobre las circunstancias en que se adquirió la nacionalidad).

- (i) **“cómo “ y “ por qué” se obtuvo el status de doble nacionalidad;**
- (ii) **consideraciones subjetivas;**
- (iii) **matriz familiar;**
- (iv) **educación;**
- (v) **residencia;**
- (vi) **idioma;**
- (vii) **finanzas;**
- (viii) **consideraciones culturales;**
- (ix) **cuidados de la salud;**
- (x) **ausencia o presencia de un propósito único y consideraciones de compra de tratados; y**
- (xi) **consideraciones de política de tratados.**

828. Los Demandantes han alentado al Tribunal a adoptar un marco analítico sin restricciones. Así, la interpretación de la Demandada del análisis *Ratione Personae* de los Demandantes en el memorial inicial resulta desconcertante. Curiosamente, la Demandada dice:

En realidad, el propósito de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva no es tan limitado como argumentan los Demandantes; en vez, su propósito es garantizar en general que solo *los inversionistas extranjeros* se beneficien de la protección del TLC.⁴³⁴

829. Habiendo vuelto a expresar el estándar *real*, la forma en que aplican y contextualizando adecuadamente la prueba abreviada de cuatro puntas de la Demandada, a continuación, se expone una declaración de los factores aplicados a la evidencia ante este Tribunal.

C. Aplicación del estándar correcto a la evidencia ante este Tribunal

1. Lo que la jurisprudencia de hecho expresa como factores y principios de aplicación

830. Además de *Nottebohm*, por supuesto, el análisis de *Ratione Personae* en el memorial inicial de los Demandantes considera 6 casos.⁴³⁵ Ese análisis incluyó el *procedimiento Michael Ballantine y Lisa Ballantine c.*

⁴³⁴ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción ¶ 388.

⁴³⁵ En el Memorial de Jurisdicción, los Demandantes mencionaron los siguientes siete (7) casos relacionados con *ratione personae*- (i) Caso Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) CLA-57; (ii) Caso de fusión, CLA-47; (iii) Ioan Micula, Viorel Micula, FC European Food SA, SC Starmill SRL y SC Multipack SRL c. Rumania, CLA-40; (iv) Eudoro Armando Olguin c. República de Paraguay, CLA-33; (v) Michael Ballantine c. República Dominicana, CLA-49 y CLA-50; (vi) Nasser Esphahanian c. Bank Tajarat, CLA-54; y (vii) Attaollah Golpira c. El Gobierno de la República Islámica de Irán, CLA-6.

República Dominicana⁴³⁶, que en ese momento no se había decidido. Pero se encontraba disponible en los registros públicos la Orden Procesal No. 2, que proporcionó información útil en ese momento, entre la más importante que el Tribunal Arbitral, después de cinco años de trabajo arbitral, había aplazado la decisión sobre la jurisdicción para considerar la objeción jurisdiccional de la nacionalidad efectiva y dominante de la Demandada junto con el fondo del caso.⁴³⁷

831. La Demandada ha comentado superficialmente sobre estos casos. Sin embargo, esa consideración no merece más análisis en nombre de los Demandantes. Por lo tanto, los Demandantes solicitan al Tribunal que considere el comentario muy abreviado de la Demandada sobre esta autoridad en *pari materia* con el análisis real de los Demandantes sobre esta autoridad.⁴³⁸

⁴³⁶ Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana, PCA Caso No. 2016-17 (laudo) (3 de septiembre de 2019).

⁴³⁷ Los análisis de la Demandada sobre este caso, respecto del cual está pendiente un procedimiento de anulación ante el Tribunal Federal de Distrito de Estados Unidos para el Distrito de Columbia, se abordan en la Sección VI (C) (I) de este memorial. Adjunto como prueba CLA-197 de los Demandantes se encuentra el 'Memorando de puntos y autoridades de los peticionantes en apoyo de la solicitud para anular el laudo arbitral que rechaza ejercer la jurisdicción'.

⁴³⁸ Ver Sección V (C).

832. Con respecto al muy selectivo estándar de cuatro puntas de la Demandada que se aplicará en la determinación de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva,⁴³⁹ los Demandantes sugieren respetuosamente que cuando se consideren la jurisprudencia y los escritos reales sobre el tema, en lugar de citarse selectivamente fuera de contexto, se deben considerar los diez factores centrales identificados. Ellos, por supuesto, no son necesariamente exhaustivos. Estos factores, y la forma en que se aplican, han sido extraídos de la mayoría, si no todos, los casos que han considerado la prueba dominante y efectiva de nacionalidad-ciudadanía. Representan los factores que deben considerarse, así como la manera en que deben aplicarse.

833. Los Demandantes afirman que estos factores y los principios que dirigen su aplicación *no* deben de servir como autoridad persuasiva. Constituyen los principios del derecho internacional consuetudinario que se aplican a este procedimiento a los fines de establecer la nacionalidad dominante y efectiva de los Demandantes de conformidad con el Art. 10.22.1 del TLC.

834. Son obligatorios, no facultativos.

D. La prueba dominante y efectiva consta de dos elementos interrelacionados

835. Como predicado para analizar estos factores, los Demandantes afirman que la prueba *dominante* y

⁴³⁹

Ver Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción: 398.

efectiva no puede, como sugiere la Demandada, separarse.

836. La Demandada argumenta que, dado que reconoce, como no tiene otra opción, que los Demandantes son de doble nacionalidad, el componente “efectivo” no necesita ser considerado. Por lo tanto, como dice el argumento, debe deducirse que “en el presente caso, sin embargo, el Tribunal no necesita preocuparse por la punta de 'efectividad' de la prueba. Esto es así porque (a) los Demandantes reconocen que su nacionalidad colombiana es efectivamente una nacionalidad efectiva (junto con la de Estados Unidos); y (b) Colombia no cuestiona la efectividad de la nacionalidad estadounidense de los Demandantes”.⁴⁴⁰

837. Por lo tanto, la Demandada concluye que “Debido a que no hay controversia entre las Partes de que las dos nacionalidades de los Demandantes son efectivas, se solicitó al Tribunal solo que determinara cuál de las dos nacionalidades de los Demandantes es la dominante”.⁴⁴¹

838. Algunas aclaraciones son necesarias. Los Demandantes no niegan que sean ciudadanos de Colombia y de Estados Unidos. Además, los Demandantes acuerdan que se cumple el componente “efectivo” de la prueba “dominante y efectiva”.

⁴⁴⁰*Id.* ¶ 395.

⁴⁴¹ *Id.* ¶ 396.

839. Sin embargo, no se deduce que debido a que la prueba “dominante y efectiva” tiene dos elementos, cuyo funcionamiento aún debe definirse más allá de la mera referencia al *Oxford English Dictionary* y la cita selectiva del caso *Ballantine*, las dos puntas no están excesivamente relacionadas. Muy por el contrario.

840. En la medida en que la prueba anterior, “real y efectiva” en *Nottebohm* como ya se discutió,⁴⁴² y la prueba de nacionalidad-ciudadanía “dominante y efectiva” han sido analizadas por los Tribunales, la relación entre las dos puntas no solo importa, sino que es fundamental para la comprensión y aplicación de cada una.

841. He aquí por qué. Incluso si uno asumiera la proposición todavía sin articular de que “efectivo” se limita solo a la cuestión de si hay nacionalidad, sin más (una interpretación restrictiva infundada), el “cómo” y “por qué” de la nacionalidad-ciudadanía fue asegurada en la mayoría de los casos, calificará y contextualizará el muy mencionado análisis “dominante”.

842. En un entorno de hechos, como el que está ante este Tribunal, la *autenticidad*, *de larga duración*, *legítima* y *de buena fe*, de la doble nacionalidad impregnará el análisis cualitativo de la punta “dominante” del Tribunal. Por mucho que intente la Demandada, aparentemente en nombre de la eficiencia analítica, no es conceptualmente posible extraer de los

⁴⁴² *Nottebohm* se discute con considerable detalle en §§191-219 del escrito inicial de los Demandantes.

elementos de la punta “dominante” la legitimidad y la naturaleza “*de buena fe*” de esos factores profundamente fácticos que comprenden el componente “efectivo”. Si la punta “efectiva” habla de fraude y abuso de proceso, o “*de buena fe*” y legitimidad, tales conclusiones necesariamente contextualizarán el componente “dominante”.

843. Aquí, lo beneficioso para la Demandada no es que el Tribunal imbuya la punta dominante con sus conclusiones e inferencias derivadas del componente “efectivo”.

844. Habiendo calificado los supuestos no probados que subyacen a la articulación de la Demandada de lo que considera la norma rectora, a continuación, se presenta la prueba práctica que se le pide al Tribunal que respetuosamente considere.

1. “Cómo” y “Por qué” los ciudadanos con doble nacionalidad adquirieron ese status

845. Los Demandantes nacieron en Estados Unidos.⁴⁴³ Este hecho es importante porque, como se sugirió, los Demandantes no arman la nacionalidad-ciudadanía colombiana o estadounidense a través de la naturalización. Debido a que los Demandantes nacieron con doble nacionalidad y ciudadanía, sus empresas como ciudadanos de Estados Unidos eran todas legítimas, *de buena fe* y de larga data.

846. Además, el haber nacido ciudadanos de Colombia y Estados Unidos contextualiza el testimonio de los Demandantes en cuanto a los nueve factores restantes que deben considerarse como parte de esta determinación.

847. A modo de ejemplo, como es el caso aquí, y se explicará con mayor detalle a continuación, los tres Demandantes han declarado que su idioma principal es el inglés. Este testimonio debe tener mayor peso, legitimidad, presunción de *buena fe* y autenticidad al provenir de declarantes que fueron ciudadanos estadounidenses durante toda su vida, que cuando lo afirma alguien que se convirtió en ciudadano naturalizado, por ejemplo, de adulto joven.

848. Por lo tanto, hay cuestiones probatorias y de credibilidad que se derivan de la propuesta. En tales

⁴⁴³ Ver Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 6 ; Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 8; y, Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 2 .

circunstancias, el asunto afirmado debe tener mayor peso.

849. En el mismo sentido, el testimonio de los Demandantes sobre los múltiples factores a explorar conlleva la legitimidad de una vida de estar expuesto a la cultura y la historia de Estados Unidos que simplemente no puede replicarse en la mayoría de los escenarios de naturalización.⁴⁴⁴ Aquí también, se activan el valor probatorio, el peso atribuido y las conclusiones de credibilidad.

850. El “cómo” y el “por qué” deben ser parte de la interpretación analítica en la consideración de todos los factores. Se le pide respetuosamente al Tribunal que considere hasta qué punto su comprensión del “cómo” y el “por qué” puede dar lugar a presunciones refutables y, como parte del análisis, el grado en que dichas presunciones han sido o no refutadas.

2. Consideraciones subjetivas

851. Debido a que los Demandantes son ciudadanos estadounidenses no naturalizados y colombianos, su testimonio sobre cómo se ven a sí mismos con respecto a la ciudadanía y la nacionalidad es fundamental para el análisis.⁴⁴⁵ El testimonio sobre este punto es prístino y bastante consistente.

⁴⁴⁴ Ver RLA-0090, Benny Diba y Wilfred J. Gaulins c. La República Islámica de Irán.

⁴⁴⁵ Ver RLA-0088. Sobre este punto, el Tribunal en Ballantine consideró cómo se veían los Ballantine (588 a 596) a sí mismos. El árbitro Cheek dijo que “los

852. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis explica:

Me considero ciudadano estadounidense a pesar de tener doble ciudadanía estadounidense-colombiana. *Esto no es solo una cuestión de elección personal o de inclinación. Es el resultado de mi educación personal y profesional.* Soy ciudadano estadounidense educado en los EE. UU. o en escuelas estadounidenses en el extranjero de conformidad con los valores y los programas académicos de EE. UU. Mis intereses personales y culturales están completamente con los EE.UU. ⁴⁴⁶

853. El testimonio no refutado del Sr. Alberto Carrizosa Gelzis es que se manifiesta en el mundo cuando viaja como ciudadano estadounidense, y no como ciudadano colombiano. Al respecto dice:

Siempre uso mi pasaporte estadounidense cuando viajo. Solo declaro mi nacionalidad colombiana cuando tengo la obligación de hacerlo por la ley colombiana. Por ejemplo, el artículo 22 de la Ley 43 de 1993 establece: *'El ciudadano colombiano que posea doble nacionalidad en el territorio nacional, estará sujeto a la*

demandantes no tomaron medidas para obtener una segunda nacionalidad". Los Carrizosa se consideran estadounidenses, que son de nacimiento. No hubo compras de tratados.

⁴⁴⁶ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-I) ¶ 7.

Política, la Constitución y las leyes de la República.

En consecuencia, su entrada y permanencia en el territorio, así como su salida, deben hacerse siempre como colombianos, y deben identificarse como tales en todos sus actos civiles y políticos *Esto quiere decir que* cuando he declarado mi nacionalidad colombiana no era para ejercer mis derechos como ciudadano colombiano, sino para cumplir con las disposiciones obligatorias de la ley colombiana.⁴⁴⁷

(énfasis nuestro)

854. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis no está obligado a usar su pasaporte estadounidense en lugar de su pasaporte colombiano. Lo hace porque se ve predominantemente como ciudadano estadounidense. Ha usado su pasaporte estadounidense cuando viajaba mucho antes de que se produjera este arbitraje. Esto importa.

855. El Sr. Felipe Carrizosa Gelzis también se ve a sí mismo predominantemente como ciudadano estadounidense y no como ciudadano colombiano. Su testimonio no refutado sobre esta proposición es sucinto y directo al grano:

⁴⁴⁷

Id. ¶ 50.

Soy ciudadano estadounidense de principio a fin. Mi conexión con Estados Unidos es la conexión de un ciudadano estadounidense leal y genuino. ⁴⁴⁸

856. También elige presentarse ante el mundo como ciudadano estadounidense cuando viaja:

Normalmente viajo internacionalmente con mi pasaporte de Estados Unidos. Solo unas pocas veces tuve que usar mi pasaporte colombiano. ⁴⁴⁹

La única razón por la que me identifico como colombiano en Colombia es para cumplir con el Artículo 22 de la Ley 43 de 1993 según el cual: “Un ciudadano colombiano que posee doble nacionalidad, en el territorio nacional estará sujeto a la Política, la Constitución y las leyes de la República. En consecuencia, su entrada y permanencia en el territorio, así como su salida, deben realizarse siempre como colombianos, *y deben identificarse como tales en todos sus actos civiles y políticos;*

(énfasis proporcionado por el declarante). ⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶i 3.

⁴⁴⁹ *Id.* ¶ 36.

⁴⁵⁰ *Id.* ¶ 37.

857. El Sr. Enrique Carrizosa Gelzis declara que él también usa su pasaporte estadounidense y que tiene entrada global (Global Entry) desde 2016. ⁴⁵¹

858. Este testimonio es indiscutible y, por lo tanto, irrefutable. En cuanto a esta proposición, la Demandada no presenta evidencia y ni siquiera afirma el alegato del abogado.

3. Matriz familiar de los Demandantes

859. Felipe Carrizosa Gelzis declara que su “propia familia también se basa en la cultura y los valores estadounidenses. Celebramos las festividades de Estados Unidos sin importar dónde estemos, aunque, cuando sea posible, tratamos de pasar tales festividades en EE.UU”. ⁴⁵²

860. Añade además: Mis dos hijas [Texto Redactado] son ciudadanas estadounidenses. Al igual que yo en el pasado, también asisten al [Texto Redactado] donde siguen un plan de estudios de EE.UU. preparatorio para la universidad”. ⁴⁵³

861. Con respecto a sus hijas, el Sr. Felipe Carrizosa Gelzis observa que:

Quiero que mis hijas completen su educación en Estados Unidos y encuentren un trabajo allí. [Texto

⁴⁵¹ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 38.

⁴⁵² Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶26.

⁴⁵³ *Id.* ¶ 27.

Redactado] comenzará a prepararse para su SAT ya que está en décimo grado. Ella ya ha tomado su primer PSAT. ⁴⁵⁴

862. Añade que una vez que este “proyecto se complete, por fin regresaré a Estados Unidos y me retiraré de la vida empresarial”. En cuanto [Redactado] Felipe Carrizosa Gelzis declara que ella “asistió a campamentos de verano en Estados Unidos. Mis dos hijas viajan con pasaportes de Estados Unidos.”⁴⁵⁵ En particular, el Sr. Felipe Carrizosa Gelzis declara que él y su familia “tienen una conexión especial con Florida”. Cuando el trabajo y otros compromisos lo permiten, pasamos tiempo en nuestra residencia en Miami”. ⁴⁵⁶

863. En esta categoría, el Sr. Enrique Carrizosa Gelzis ofrece el siguiente testimonio no refutado:

Estoy casado con [Texto Redactado], ciudadana estadounidense.

Nos conocimos en 1995 mientras realizábamos nuestros estudios universitarios en la Northwestern University en Evanston, Illinois.

Nuestra ceremonia de boda tuvo lugar en Chicago, [Redactado] el 5 de agosto de 2001. Mi padrino de boda fue mi mejor

⁴⁵⁴ *Id.* ¶ 28.

⁴⁵⁵ *Id.* ¶ 30.

⁴⁵⁶ *Id.* ¶ 31.

y más cercano amigo hasta la fecha,
[Texto Redactado] de Littleton, Colorado.

De 2002 a 2004, mi esposa y yo vivimos en Chicago, donde compré un departamento por primera vez. La dirección era [Texto Redactado].

Mi esposa y yo tenemos dos hijas, [Texto Redactado]. Ambas son ciudadanas estadounidenses.

Viajamos a Estados Unidos con la mayor frecuencia posible para pasar tiempo con familiares y amigos allí.

Mi suegro vive en Michigan. Mis cuñadas viven en Michigan. Somos allegados y pasamos mucho tiempo con ellos.

Mis hijas asisten a campamentos de verano en Michigan. Queremos que nuestras hijas tengan experiencias formativas en EE. UU. porque queremos que crezcan con una estrecha conexión con EE. UU. [Redactado] tomó cursos en 2016 y 2017 en la Academia [Redactado] en Miami, Aria tomó un curso de diseño el verano pasado. Viajan con pasaportes estadounidenses siempre.⁴⁵⁷

⁴⁵⁷ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶¶ 19-27.

864. Astrida Benita Carrizosa, madre de los Demandantes, ha presentado una declaración testimonial en este procedimiento. En esta categoría ella testifica lo siguiente:

Acepté vivir en Colombia con una condición, que mi futuro esposo aceptó de todo corazón y aprobó por completo. El arreglo fue que nuestros hijos se criarían como ciudadanos estadounidenses. Recibirían una educación estadounidense y adoptarían la cultura y la ética de Estados Unidos. El plan era educarlos en el sistema escolar de EE. UU. para que con el tiempo pudieran desarrollar sus carreras en EE. UU.

Mi esposo aceptó con entusiasmo nuestro plan, que incluía que el inglés sería el idioma principal que se hablaría en casa.

Siempre quisimos que nuestros hijos volvieran a Estados Unidos y disfrutaran los frutos del arduo trabajo realizado por toda la familia en Colombia. Siempre quisimos que mantuvieran su espíritu y conexiones estadounidenses. Es por eso que, entre 1970 y 1982 pasé largos períodos de tiempo en Estados Unidos, normalmente entre dos y tres meses al año.

Cada vacación de verano íbamos a Florida para visitar a mis padres o a Michigan para visitar a mi hermana [Redactado]. Del mismo modo, otras festividades como Acción de Gracias, Navidad y vacaciones escolares se pasaban en EE. UU.⁴⁵⁸

865. Este testimonio no se cuestiona de manera significativa. Usamos el adverbio “significativamente” porque el concepto de la Demandada de cuestionar este testimonio es referir a este Tribunal a una publicación de Facebook de la [Texto Redactado] donde presuntamente “celebra las festividades colombianas y habla español”⁴⁵⁹ El Tribunal debe conceder considerable peso a este testimonio en su determinación de nacionalidad dominante y efectiva.

4. Educación

866. Alberto Carrizosa Gelzis testificó que sus padres “deseaban que todos sus hijos preservaran su identidad nacional”. Aclara esta afirmación al añadir que “nosotros los hermanos asistimos a escuelas americanas en Colombia y luego en el EE.UU”.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Declaración testimonial de Astrida Benita Carrizosa (CWS-4) 10-12 .

⁴⁵⁹ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 449. Además de su valor probatorio dudoso uno no puede dejar de preguntarse sobre el desconcertante juicio estético ejercido en recurrir a este tipo de “pruebas”.

⁴⁶⁰ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 10.

867. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis también testimonia sobre este punto de la siguiente manera:

Pasé los primeros años de mi vida después que nací, en Colombia. Allí asistí a la escuela primaria y media en el *Colegio Nueva Granada* (CNG) en Bogotá. GNC es una de las principales escuelas privadas, fundada en 1938 por Frederic Dever, Doris de Samper e Irwin Byington. Su nombre original era 'La escuela angloamericana'. CNG enseña un plan de estudios de Estados Unidos de preparación universitaria.⁴⁶¹

868. Sr. Alberto Carrizosa Gelzis declara además que asistió a la escuela secundaria en la Escuela Preparatoria Gulliver (Clase de 1984).⁴⁶² Además declara que:

De 1984 a 1988 asistí a la Universidad de Boston, donde recibí mi título de Bachiller en Ciencias en Administración de Empresas. Mi dirección era 1038 Beacon Street, Brookline, Massachusetts 02446.⁴⁶³

⁴⁶¹ *Id.* ¶ 11.

⁴⁶² *Id.* ¶ 13.

⁴⁶³ *Id.* ¶ 14.

869. El Sr. Felipe Carrizosa Gelzis también fue educado en Estados Unidos. Su testimonio no es diferente al del Sr. Alberto Carrizosa Gelzis con respecto al GNC.⁴⁶⁴ Él también se graduó de la Escuela Preparatoria Gulliver (Clase de 1986).⁴⁶⁵ El Sr. Felipe Carrizosa Gelzis asistió y se graduó de la Universidad de Lehigh en Bethlehem, Pennsylvania, y recibió una Licenciatura en Ciencias en Ingeniería Civil (Clase de 1990).⁴⁶⁶

870. El testimonio es consistente con el del Sr. Enrique Carrizosa Gelzis, solo que asistió a la escuela en Estados Unidos desde muy niño.⁴⁶⁷ Él también, sin embargo, estudió en CNG antes de asistir y graduarse de la Universidad Northwestern en Chicago, Illinois. Recibió una Licenciatura en Ciencias en Ingeniería Industrial en 1998.⁴⁶⁸ También obtuvo un MBA de Kellogg School of Management en la Universidad Northwestern en 2003.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 10.

⁴⁶⁵ *Id.* ¶ 12.

⁴⁶⁶ *Id.* ¶ 13.

⁴⁶⁷ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 7.

⁴⁶⁸ *Id.* ¶¶ 11.

⁴⁶⁹ *Id.* ¶¶ 7-9, 11, y 14.

871. La Sra. Astrida Benita Carrizosa testifica sobre la educación de los Demandantes:

Como parte de nuestro plan de criar a nuestros hijos como ciudadanos de EE. UU., los inscribimos en la mejor escuela de EE. UU. en Bogotá, Colombia, *Colegio Nueva Granada*, que enseña un currículo preparatorio de EE. UU. para la universidad que permite obtener un diploma de bachillerato de EE. UU.

Desde febrero de 1983 hasta septiembre de 1986, nos mudamos a Florida, donde cada uno de mis hijos asistió a la escuela primaria o secundaria. En ese momento, vivíamos en Miami. Mantuve el apartamento durante muchos años para visitar a mis padres y a mis hijos durante los años universitarios. Cuando mi padre enfermó entre 1995 y 1996, viví en Miami, Florida, de nuevo para estar cerca de él. Mi padre falleció el 29 de octubre de 1996. Más tarde, mi madre se mudó a Michigan a mediados de 1997 para estar cerca de mi hermana.⁴⁷⁰

⁴⁷⁰ Declaración testimonial de Astrida Benita Carrizosa (CWS-4) ¶¶ 13-14.

872. El testimonio de la Sra. Astrida Benita Carrizosa es de particular relevancia porque adicionalmente a la declaración sobre educación, dos características son importantes. Primero, vuelve a hacer referencia a la educación de sus hijos en escuelas de Estados Unidos como parte del plan y el compromiso que compartió con su esposo de criar a los niños como ciudadanos estadounidenses.

873. En segundo lugar, y quizás mucho más revelador y emblemático de buena fe, legitimidad y autenticidad en cuanto al énfasis principal para con Estados Unidos y su cultura, están los comentarios sobre el lugar de residencia de su padre en Estados Unidos, así como el testimonio sobre su madre y su hermana de residir en Estados Unidos.

874. Estos hechos expresan vínculos dominantes y efectivos con Estados Unidos que son cualitativamente profundos, significativos y otorgan todos en este caso una conectividad a Estados Unidos que distingue el procedimiento de *cualquier otro* de los casos en los que se basa la Demandada.

875. El testimonio sobre la educación de los Demandantes no ha sido cuestionado. Además, el testimonio de la Sra. Astrida Benita Carrizosa sobre una vida familiar basada en los valores y la cultura de Estados Unidos no ha sido cuestionado.

5. Residencia

876. Como observó la CIJ en *Nottebohm*, la residencia obviamente es importante, pero difícilmente es determinante o tiene mayor peso que otros factores. Probablemente mientras se desarrolla la jurisprudencia en relación con la prueba de la nacionalidad dominante y efectiva, se desarrollarán categorías o jerarquía de conexiones cualitativas significativas al Estado no anfitrión. Hasta el momento, sin embargo, no existe una base normativa para distinguir jerárquicamente estos factores. Todos son de igual importancia.

877. Los Demandantes han declarado que residen en Colombia. Sin embargo, los detalles relativos a su residencia en esa jurisdicción son importantes para obtener una visión integral de cómo este factor encaja en el análisis cualitativo.⁴⁷¹

878. Alberto Carrizosa Gelzis contextualiza su residencia en Colombia. Deben observarse dos factores. Primero, el Sr. Alberto Carrizosa ha residido en Estados Unidos por largos períodos de tiempo. Segundo, califica su residencia en Colombia *como una que se rige exclusivamente por factores profesionales*.

879. Declara que en 1983 se mudó a Miami, Florida, donde tenía una dirección permanente en 3 Grove Isle Drive, Apt. 605.⁴⁷² Y agrega que al graduarse

⁴⁷¹ Ver declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 3; Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 3; y, Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 2

⁴⁷² Ver declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 12.

de la Universidad de Boston, el Sr. Alberto Carrizosa Gelzis vivió y trabajó en la ciudad de Nueva York entre septiembre de 1988 y febrero de 1990.

880. Si bien testifica que durante la primera parte de la “década de 1990” se mudó a Colombia “para seguir [sus] inversiones más de cerca,”⁴⁷³ regresó a Miami y vivió en Miami Beach, Florida, desde el año 2000 a 2007 en 90 Alton Rd, Apt. 1202.⁴⁷⁴

881. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis reside en Colombia desde 2007. Él *no* reside en la jurisdicción porque se considera principalmente colombiano. Ese no es el testimonio ante este Tribunal. De hecho, no hay *ningún* testimonio ante este Tribunal que establezca que el Sr. Alberto Carrizosa Gelzis vive en Colombia (i) porque él es o (ii) se considera que es principalmente colombiano. La proposición muy diametralmente opuesta es la *única* evidencia fáctica ante este Tribunal. Por lo tanto, a menos que el Tribunal concluya que el testimonio fáctico es falso debido a un testimonio en conflicto, se invita respetuosamente al Tribunal a adoptar el testimonio como parte de la proposición afirmada.

⁴⁷³ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 12.

⁴⁷⁴ *Id.* ¶ 17.

882. Sr. Alberto Carrizosa Gelzis testimonia lo siguiente con respecto a su residencia en Colombia:

Como se mencionó anteriormente, vivo en Colombia para seguir mis actividades comerciales más de cerca, en persona, aunque la mayoría de mis activos están en EE. UU. La necesidad de vivir en Colombia en lugar de EE. UU. es el resultado de la naturaleza de mis inversiones en los dos países. Mis negocios en Colombia requieren mi presencia física y atención diaria. Mis activos en Estados Unidos son activos pasivos, es decir, activos que no generan ingresos comerciales. Esos activos no requieren mi presencia física en el país.

(énfasis nuestro).⁴⁷⁵

883. Añade: Sin embargo, mi negocio en Colombia no depende de mi ciudadanía colombiana. Ninguna de mis actividades comerciales en Colombia está condicionada a mi ciudadanía colombiana”.⁴⁷⁶

884. El análisis requerido para una determinación de la nacionalidad dominante y efectiva requiere una comprensión cualitativa de cada factor. Aquí, el Sr. Alberto Carrizosa Gelzis testimonia que él no reside en Colombia porque es principalmente colombiano. Del mismo modo, no testimonia que Colombia sea un centro

⁴⁷⁵ *Id.* ¶ 45.

⁴⁷⁶ *Id.* ¶ 46.

primario de sus activos profesionales y financieros. Su testimonio, por supuesto, afirma que su presencia física es en Colombia, pero solo porque una parte menos significativa de sus activos se encuentra en esa jurisdicción y requiere atención personal.

885. No existe ninguna autoridad legal que se haya presentado ante este Tribunal que presente un patrón de hecho de residencia comparablemente calificado. De manera significativa, el testimonio en este punto no es materialmente diferente con respecto al Sr. Felipe Carrizosa Gelzis,⁴⁷⁷ o el Sr. Enrique Carrizosa Gelzis.⁴⁷⁸

886. En cuanto al factor de residencia, los Demandantes respetuosamente invitan al Tribunal a contextualizar el testimonio fáctico de los tres testigos en este punto con el enfoque analítico de la Demandada sobre las pruebas. Lo más que hace, o puede hacer, la Demandada, ya que esta evidencia es genuina, legítima y *de buena fe*, es hacer proposiciones tautológicas y retóricas. Ciertamente son curiosas y algo extrañas. Sin embargo, debido a que han sido presentadas, los Demandantes tienen la obligación de abordarlas.

⁴⁷⁷ Ver Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶¶ 11, 13, 14, 32 y 35.

⁴⁷⁸ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶¶ 6, 8, 10, 23, 32 y 33.

887. La reacción de la Demandada a los testimonios probatorios de los Demandantes a través de declaraciones testimoniales se representa mejor si se consideran dos argumentos que plantean y enfatizan. La primera de estas propuestas concierne al Sr. Felipe Carrizosa Gelzis. La Demandada afirma que el Sr. Felipe Carrizosa Gelzis desde 2013 ha sido miembro de un club de golf. A este respecto, también agregan que él es miembro de un segundo club, *La Pradera de Potosí*, que, según nos dicen, supuestamente es prestigioso y requiere cartas de recomendación.⁴⁷⁹

888. Suponiendo que esta proposición sea seria, lo cual es poco claro, no tiene absolutamente ningún valor probatorio. El testimonio de los Demandantes es que viven en Colombia no porque sean colombianos o por la premisa de que Colombia es donde han elegido tener sus activos. En vez, el testimonio es que viven en esa jurisdicción, pero más bien por la naturaleza particular de sus inversiones. Los Demandantes no han negado su nacionalidad o herencia colombiana para el caso.

⁴⁷⁹

Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 452.

889. Tampoco testifican que viven en un vacío social o que son parecidos a los misántropos. Ese no es el testimonio. La membresía en los clubes no es probatoria de la ética de trabajo, los valores o los hábitos de los Demandantes con respecto a las afinidades culturales. La membresía en un club no es probatoria de los valores culturales de una persona. Solo establece membresía en clubes.

890. Los testimonios creíbles que cuestionen las razones de los Demandantes y el propósito declarado de residir en Colombia deben abordar esas premisas y propósitos declarados. A modo de ejemplo, la evidencia real de que las compañías de los Demandantes en realidad no requieren presencia física, o que las compañías no necesitan estar en Colombia, constituiría serias objeciones para las proposiciones afirmadas. Pero la Demandada no ofrece tal evidencia.

891. Desviar el argumento señalando la inclinación de un Demandante por el golf y la integración social en la jurisdicción son apenas probatorios.

892. Tales premisas equivalen a afirmar “vives en Colombia porque eres colombiano”. La proposición carece de todo sentido de evidencia jurídica, que se mide por *materialidad y relevancia*. La membresía del club no es esencial para residir en una jurisdicción porque una parte significativa, aunque no el componente más valioso, de los activos de un ciudadano con doble ciudadanía requiere la presencia física de esa persona en la jurisdicción.

893. De hecho, uno debe leer para creer que la Demandada describe lo que solo se puede caracterizar como el apogeo de su argumento en este sentido, con la afirmación que después de su admisión [en el club de golf], Felipe Carrizosa ha jugado consistentemente al golf en el club. Su salida más reciente tuvo lugar el 9 de enero de 2019.⁴⁸⁰ Como máximo, la Demandada ha establecido una premisa para establecer que la membresía del club de golf del Sr. Felipe Carrizosa Gelzis ha sido utilizada adecuadamente. Quizás en la dúplica podamos conocer el hándicap de golf del Sr. Felipe Carrizosa Gelzis.

894. Un segundo argumento, esta vez dirigido al Demandante Enrique Carrizosa Gelzis, también merece un escrutinio probatorio. Este ejemplo es aún más extraño que el primero. Caracteriza erróneamente el testimonio que presumiblemente se aborda. En el párrafo 31 de su declaración testimonial, el Sr. Enrique Carrizosa Gelzis testifica:

Conocí a mi esposa en EE. UU. Nos casamos en los EE.UU. Criamos a nuestras niñas bajo la misma cultura estadounidense y valores que nos criaron a mi esposa y a mí. [Texto Redactado] la misma escuela americana a la que asistí durante mis primeros años en Colombia.

895. Al comentar sobre esta propuesta de alguna manera dentro del contexto del testimonio sobre

⁴⁸⁰ *Id.*

la residencia, la Demandada afirma que Enrique Carrizosa alega que él y su esposa están criando a sus dos hijas en base a la cultura estadounidense, y que *su familia* solo se suscribe a recreación de EE.UU.”. (énfasis en el original).⁴⁸¹

896. Como si las cosas no pudieran volverse más ortodoxas, la Demandada continúa desarrollando este “argumento” de la siguiente manera:

Sin embargo, el 5 de mayo de 2018 - *tres meses y doce días después de la Segunda Fecha Crítica* - [Texto Redactado] publicó una foto en Facebook de la familia en el *Festival de la Leyenda Vallenata*, por excelencia, un festival musical colombiano. Ese festival celebra el *vallenato* (un género de música folklórica indígena de Colombia) y la leyenda de una rebelión fallida de una tribu amerindia contra los colonizadores españoles.⁴⁸²

897. Luego, la Demandada presenta un extracto de una publicación de Facebook.⁴⁸³

898. No es necesario comentar sobre el valor probatorio de estos diversos argumentos más allá de lo que se ha declarado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el testimonio no es que los Demandantes son

⁴⁸¹ Respuesta de la Demandada sobre la jurisdicción ¶ 455, citando la Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 31.

⁴⁸² Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 455.

⁴⁸³ Ver Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción ¶ 987.

solo ciudadanos estadounidenses. Eso simplemente no es una proposición en este caso.

899. El testimonio ofrecido por los testigos de hecho es que son ciudadanos con doble ciudadanía que residen en Colombia por razones profesionales y financieras claramente declaradas, y que la ciudadanía-nacionalidad efectiva y dominante de los Demandantes es la de Estados Unidos.

900. En apoyo de esta proposición bastante simple basada en hechos, los Demandantes han presentado cuatro declaraciones de testigos que abordan los factores que la jurisprudencia, la doctrina y, tal vez igualmente significativo, el sentido común obliga a considerar. Sin embargo, la Demandada no puede refutar la carga que se le ha transferido como consecuencia de la muestra "*prima facie*" que los Demandantes han establecido. Por lo tanto, la Demandada ha buscado como recurso dos referencias bastante extrañas y cuestionables a las externalidades que no son relevantes o materiales para las consideraciones centrales.

6 Idioma

901. Los Demandantes han testificado que su idioma principal y primero es el inglés.⁴⁸⁴ Por otra parte, la señora Benita Astrida Carrizosa, madre de los Demandantes, declaró que su 'marido aceptó con

⁴⁸⁴ Ver declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 36; Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 23; y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 30.

entusiasmo nuestro plan, que incluía que el inglés sería la principal lengua que se hablaría en casa.’⁴⁸⁵

902. El idioma es central, ciertamente mucho más pertinente que pertenecer a clubes de golf y country clubs, a las consideraciones *subjetivas* y *objetivas* que acompañan a la prueba de nacionalidad dominante y efectiva. El sentido común y la razón clara dictan que sería prácticamente inconcebible que Colombia sea el lugar de nacionalidad dominante y efectiva de los Demandantes y aún así tener el inglés como idioma principal y primero. El abajo firmante se abstiene de utilizar el alegato del abogado como prueba. Baste decir que en la audiencia este Tribunal tendrá ocasión de escuchar directamente el testimonio de los Demandantes en inglés y juzgar por sí mismo si los Demandantes son nativos de inglés.

903. En este punto, quizás de manera aconsejable, la Demandada no ofrece ninguna objeción.

7. Finanzas

904. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis declara lo siguiente con respecto al estado de los activos financieros:

⁴⁸⁵

Declaración testimonial de Astrida Benita Carrizosa (CWS-4) ¶ 11.

Tengo muy pocos activos personales en Colombia.

La mayoría de mis activos, la inmensa mayoría, están en EE. UU.

Tengo mis cuentas personales de ahorro e inversión en EE. UU.

Mis cuentas corrientes y de ahorro principales están en *Bank of America*.

Tengo tarjetas de crédito emitidas a mi nombre por American Express desde 1982, Visa de Bank of America, Citibank Mastercard.

Todos mis fondos de pensiones y mis principales cuentas bancarias se encuentran en Estados Unidos. Mis inversiones y administración de patrimonio son administradas por Merrill (anteriormente conocido Merrill Lynch) en EE. UU. Esto es muy revelador porque, como mencioné anteriormente, planeo jubilarme en EE. UU.

Soy dueño en común, junto con mis hermanos, de una propiedad en EE.UU. Más precisamente en [Texto

Redactado] Florida. ⁴⁸⁶

(énfasis nuestro).

905. El Sr. Felipe Carrizosa Gelzis testifica que su cartera de gestión patrimonial se encuentra en Estados Unidos y es manejada profesionalmente por E * Trade. ⁴⁸⁷

906. Además de testificar sobre la propiedad conjunta con sus hermanos, el Sr. Felipe Carrizosa Gelzis testifica de la siguiente manera (factor):

Mis activos líquidos personales en Estados Unidos *superan con creces* mis activos líquidos en Colombia. De hecho, tengo muy pocos activos personales en Colombia. Tengo mis cuentas personales de ahorro e inversión en EE.UU. ⁴⁸⁸

907. El Sr. Enrique Carrizosa Gelzis testifica lo siguiente sobre la categoría de activos financieros:

Puedo definir mis activos en Estados Unidos como activos pasivos. En otras palabras, son activos que generan ingresos que no están basados en el negocio.

⁴⁸⁶ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶¶ 38-41, 43-44.

⁴⁸⁷ Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 24 (c).

⁴⁸⁸ *Id.* ¶ 33.

La mayoría de mis activos generadores de ingresos se encuentran en Estados Unidos. Esos activos representan aproximadamente el 90% de mis activos líquidos totales. La mayoría de dichos activos se mantienen y administran a través de Citibank y Fidelity en EE. UU.

Tengo muy pocos activos en Colombia. El principal activo que tengo en Colombia es el lugar donde vivo con mi familia.

En esta área financiera, mi fondo personal, que incluye cuentas Roth IRA e IRA tradicional, también se encuentran en EE. UU. ⁴⁸⁹

908. Los tres Demandantes testifican que presentan declaraciones de impuestos en Estados Unidos. Los Sres. Alberto y Felipe Carrizosa Gelzis testifican que lo han hecho desde 1989, y el Sr. Enrique Carrizosa Gelzis a partir de 1995. ⁴⁹⁰

909. Este testimonio no es, ni puede ser, cuestionado de manera significativa. No existe una base objetiva a partir de la cual se pueda inferir que los Demandantes no son precisos o veraces. Se invita al Tribunal a contextualizar este testimonio en el marco de

⁴⁸⁹ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶¶ 33-37. El Sr. Enrique Carrizosa Gelzis también testifica que posee propiedades en Estados Unidos junto con sus hermanos. *Id.* ¶ 37.

⁴⁹⁰ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 47; Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 24; y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 41.

las declaraciones probatorias fácticas de los Demandantes sobre el deseo, entre otros asuntos, de pasar su jubilación en Estados Unidos.

910. La supuesta impugnación de la Demandada simplemente erra el tiro en múltiples áreas, principalmente en caracterizar erróneamente la muy simple evidencia fáctica que forma el testimonio de los Demandantes, mientras que claramente no entiende su propio intento al proponer el tema. Debido a la caracterización errónea, las objeciones de la Demandada son problemáticas y desconcertantes.

911. El análisis de la Demandada merece un escrutinio minucioso.

912. A modo de ejemplo, la Demandada argumenta que “los Demandantes afirman que *todos* sus activos pasivos, que según ellos comprenden la mayoría de sus activos, se encuentran en Estados Unidos”.⁴⁹¹ (énfasis nuestro).

913. No existe absolutamente tal testimonio ante este Tribunal. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis declara lo siguiente:

La mayoría de mis activos, la inmensa mayoría, se encuentran en EE.UU.

(énfasis nuestro).⁴⁹²

⁴⁹¹ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción ¶ 436.

⁴⁹² Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-I) ¶ 39.

914. En el mismo sentido, el Sr. Felipe Carrizosa Gelzis en este punto testifica:

Mis activos en EE.UU. son activos pasivos, es decir, activos no comerciales que *generan* ingresos. Esos activos no requieren mi presencia física en el país (énfasis nuestro).⁴⁹³

Mis activos líquidos personales en Estados Unidos superan con creces mis activos líquidos en Colombia. De hecho, tengo muy pocos activos personales en Colombia. Tengo mis cuentas personales de ahorro e inversión en EE.UU. (énfasis nuestro)⁴⁹⁴

915. Sobre este punto, el Sr. Enrique Carrizosa Gelzis declara:

Puedo definir mis activos en Estados Unidos como activos pasivos. En otras palabras, son activos que generan ingresos que no están basados en el negocio.

La mayoría de mis activos generadores de ingresos se encuentran en Estados Unidos. Esos activos representan aproximadamente el 90% de mis activos líquidos totales. La mayoría de dichos

⁴⁹³ Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 32.

⁴⁹⁴ Id. ¶ 33.

activos se mantienen y administran a través de Citibank y Fidelity en Estados Unidos ⁴⁹⁵

916. La Demandada caracterizó erróneamente la evidencia. Ninguno de los Demandantes, como afirma la Demandada, ha testificado que “todos sus activos pasivos” ... “están en Estados Unidos”. ⁴⁹⁶ (énfasis nuestro). Esta afirmación es incorrecta. De hecho, está errada por múltiples motivos.

917. Primero, respecto a los hechos, es incorrecta. Como el Tribunal puede ver por sí mismo, no existe tal declaración. De hecho, la palabra “todos” no aparece en el testimonio relevante de *ninguno* de los tres Demandantes.

918. Pero la afirmación también es *éticamente* incorrecta. Entendemos que la Demandada quiere evitar una audiencia sobre el fondo de este caso a toda costa. Pero un participante en un procedimiento que se refiere a la administración equitativa de la justicia, cualquier participante, pero especialmente un Estado soberano, tiene la responsabilidad de ser ético.

919. No es ningún secreto, ni es un pecado, que los Demandantes sean individuos con un alto patrimonio neto y parte de una familia que trabajó muy duro legal y éticamente para obtener los activos que poseen. Esa propuesta es irrelevante para el análisis ante este Tribunal. Lo que importa es el testimonio verdadero y

⁴⁹⁵ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶¶ 33-34.

⁴⁹⁶ Memorial de respuesta de la Demandada ¶ 436.

legítimo que establece una proposición muy simple; la mayoría de los activos individuales de cada Demandante se encuentra en Estados Unidos y en ningún otro lugar.

920. El testimonio no es que todos los activos, o todo un universo de activos, se mantienen en Estados Unidos. El testimonio es que la mayoría, y en algunos casos *la inmensa mayoría*, de los activos están en Estados Unidos.

921. La Demandada agrega que “sin embargo, no proporcionan evidencia documental alguna para respaldar esta afirmación, y *la evidencia documental que existe sobre ese punto muestra lo contrario*”.⁴⁹⁷ (énfasis nuestro)

922. Esta premisa fáctica es extremadamente problemática por muchas razones y también pone a prueba los límites de la ética. Al principio, la Demandada no está en posición, y carece de autoridad legal y normativa, para tener conocimiento de qué documentos financieros existen que proporcionarían una relación exhaustiva que a su vez pueda establecer cualquier valor comparativo de los activos que los Demandantes tienen en Colombia, Estados Unidos, etc. Si suponemos, sin embargo, que la Demandada simplemente se involucró en una redacción descuidada, entonces tal vez lo que la Demandada pretendía decir en lugar de “evidencia documental tal como existe”, fue *documentos escriturados en el registro público*.

⁴⁹⁷*Id.* ¶ 436.

923. Aun así, el análisis de la Demandada es defectuoso porque, como predicado para afirmar dicha declaración, la Demandada primero tendría que mostrar (i) qué investigación de registros públicos se llevó a cabo, (ii) por quién, (iii) dónde y (iv) bajo qué circunstancias.

924. Ninguno de estos predicados está aquí presente. Lo que la Demandada realmente ha dicho y hecho es selectivamente presentar una muestra al azar de documentos de los cuales espera que el Tribunal, o cualquier lector de sus escritos, infiera que dichos documentos (i) son probatorios en cuanto a cada Demandante como porcentajes de titularidad y titularidad en sí, y (ii) los documentos contables establecen que los activos son activos pasivos de mayor valor que los activos que cada Demandante posee en Estados Unidos. Como el Tribunal puede concluir fácilmente, no hay fundamento, ni nada parecido a ese fundamento, endémico para el análisis de la Demandada.

925. El resto del párrafo 436 de la Respuesta de la Demandada está igualmente repleto de suposiciones falsas, y le pide al lector que adopte esas suposiciones como algo probatorio desde una perspectiva probatoria.

926. Un ejemplo perfecto está contenido en las siguientes dos oraciones.

927. La Demandada declara “que los Demandantes mantuvieron activos pasivos de valor considerable en Colombia después de mudarse allí de EE. UU. Por ejemplo, *al 31 de marzo de 2010, la familia Carrizosa* poseía el 4.5% de las acciones del Banco Davivienda (que asciende a aproximadamente 2,125,192

acciones). El valor nominal de cada acción era de COP 1,000 (c. USD .52) en ese momento, lo que resulta en un valor total de COP 2.125 mil millones (USD 1.1 millones).

928. Son necesarias tres observaciones. Primero, la fecha relevante es el 31 de marzo de 2010. Las declaraciones testimoniales de los Demandantes se realizaron el 24 de mayo de 2019. La Demandada cita información que tiene casi una década de antigüedad. Es sobre la base de esa información que la Demandada busca corroborar, en parte, su caracterización errónea indefendible del testimonio ante este Tribunal. La Demandada invita al lector y al Tribunal a hacer inferencias sobre bases absolutas y comparativas a partir de información fragmentada y obsoleta, información que antedata casi una década al testimonio que se examina.

929. Segundo, el lenguaje citado hace referencia a la frase “propiedad de la familia Carrizosa”. Los Demandantes en este caso son los Sres. Alberto Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis y Enrique Carrizosa Gelzis. Significativamente, la familia Carrizosa” no es Demandante en este procedimiento, aunque tres miembros de esa familia efectivamente presentaron esta demanda.

930. El prospecto que la Demandada ha identificado como Anexo R-0218 refleja que los tenedores de las acciones son entidades corporativas: C.G. SA, IC Inversiones SA., Inversiones Lieja SA, Compto SA, Exultar SA, Fultiplx SA, IC Inversiones y Construcciones Ltda.

931. Ciertamente, los tres Demandantes tienen participaciones como accionistas en todas estas entidades. Pero también otros miembros de la familia Carrizosa, así como accionistas corporativos adicionales en los que los Demandantes no tienen participación. En consecuencia, incluso suponiendo que los tres Demandantes indirectamente tengan una participación en el Banco Davivienda, la cifra tendría que reducirse significativamente.

932. Es sospechoso que la Demandada no haya intentado actualizar incluso esas conclusiones irrelevantes. Los Demandantes sugieren que cualquier actualización de este tipo revelaría que son dueños de una participación aún más modesta por parte de las siete entidades corporativas reales que poseían el título de las acciones.

933. Tercero, los USD 1.1 millones, a su valor nominal, son relativos. El número actualizado no solo es significativamente menor, sino que difícilmente la Demandada puede sostener seriamente que incluso los USD 1.1 millones, incluso suponiendo que fuera propiedad directa y exclusivamente de los Demandantes (una premisa contrafáctica) desafiaría el testimonio ante

este Tribunal. El monto es insignificante en términos relativos y en el contexto del testimonio relevante.

934. Los Demandantes alientan al Tribunal a considerar cuidadosamente los supuestos esfuerzos de la Demandada para cumplir con la carga que se le ha transferido de conformidad con este tipo de “evidencia”. Abordar cuestiones contenidas en testimonios memorizados en declaraciones de testigos que se ejecutaron en 2019, sacando inferencias manifiestamente incorrectas de un documento de diez años antes, y basadas en cifras que, incluso si se consideran verdaderas, serían intrascendentes, es nada menos que llamativo. La caracterización errónea adicional del testimonio, con palabras que ni siquiera figuran en los párrafos relevantes de las declaraciones de los testigos en los que se basa la Demandada, agrava y multiplica aún más la falta de credibilidad de la República de Colombia.

8. Cuidados de la salud

935. Los Demandantes han declarado que sus necesidades de atención médica y de seguro médico se basan en EE. UU.⁴⁹⁸ Este testimonio refleja además que los tres Demandantes han sido sometidos a procedimientos quirúrgicos en Estados Unidos. Si bien puede o no ser común que los pacientes médicos viajen a Estados Unidos debido a los reconocidos recursos de atención médica de ese país, los Demandantes invitan al Tribunal a considerar que es poco común que las

⁴⁹⁸Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶¶ 37, 42; Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 24; y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 39.

personas cuya nacionalidad-ciudadanía dominante y efectiva no sea la de Estados Unidos tengan un seguro de salud con sede en Estados Unidos: United Healthcare, American Fidelity Assurance Company ⁴⁹⁹y Global Benefits Group, Inc. ⁵⁰⁰

936. Esta propuesta probatoria no ha sido cuestionada. Se invita respetuosamente al Tribunal a aceptarla como prueba.

9. Afinidades culturales

937. El Sr. Alberto Carrizosa Gelzis testimonia que su afinidad cultural se refería principalmente a Estados Unidos tanto con respecto a tradiciones y festividades como a la experiencia profesional formativa:

Crecí en una familia donde las tradiciones, costumbres y festividades se basaban en la cultura estadounidense.

Toda mi educación se desarrolló dentro del sistema académico de EE. UU., tanto en Colombia como en EE. UU. Mi desarrollo profesional tuvo lugar en EE. UU. y algunas de mis experiencias profesionales más significativas las adquirí en EE. UU. EE. UU. es el país con el que estoy conectado más estrechamente y es el país donde me jubilaré a su debido tiempo.

⁴⁹⁹ Ver declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶ 42; y Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶ 24.

⁵⁰⁰ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 39.

Mi actitud hacia el trabajo y la ética se basa en los estándares estadounidenses. Mi idioma principal es el inglés. Ese es también el idioma que hablábamos en casa cuando vivía con mis padres y hermanos. Tal vez es revelador que en Colombia a mis hermanos y mí se nos conoce como “los gringos” (los americanos).⁵⁰¹

938. Felipe Carrizosa Gelzis testimonia de la misma manera:

Debo señalar que todos mis intereses se centran en EE. UU. Toda mi educación la he adquirido y desarrollado en EE. UU. o dentro de los esquemas y programas educativos de EE. UU. Me hice adulto en Estados Unidos, donde forjé mis creencias personales e identidad cultural.

Mis padres siempre quisieron que mis hermanos y yo creyéramos y nos educáramos como ciudadanos estadounidenses. Como resultado de esa perspectiva, todas las tradiciones, festividades y los acontecimientos familiares siempre se han basado en la cultura de EE. UU., y en la mayoría de los casos se celebraban en EE.UU. El idioma en el hogar de mis padres era el inglés.

⁵⁰¹ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶¶ 34-36.

Mi propia familia también se basa en la cultura y los valores de los Estados Unidos. Celebramos las festividades de los EE.UU. Sin importar dónde estemos, aunque, cuando sea posible, tratamos de pasar tales festividades en los EE.UU. ⁵⁰².

939. Las tradiciones culturales y las afinidades más allá de la mera celebración de los días festivos en los Estados Unidos es un denominador común del testimonio. Los Demandantes testifican que la influencia de la cultura estadounidense en sus vidas ha moldeado, formado y transformado su ética profesional y laboral. El testimonio del Sr. Enrique Carrizosa Gelzis a este respecto es prístino:

Si bien tengo doble ciudadanía, de los Estados Unidos y Colombia, mi cultura es predominantemente la cultura de los Estados Unidos. *La mayoría de los momentos decisivos de mi vida están asociados con los EE.UU.* Todavía paso al menos setenta días por año en los Estados Unidos. A pesar de mis conexiones obvias con Colombia, siento que soy un ciudadano estadounidense predominantemente.

El idioma en casa es el inglés. De hecho, la cultura y las tradiciones en mi hogar son la cultura y las tradiciones de los Estados

⁵⁰² Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶¶ 22-23 y 26.

Unidos. El Día de Acción de Gracias es un gran acontecimiento para mi familia. Toda nuestra familia está dedicada a Halloween también. Vemos exclusivamente programas de televisión y películas de EE. UU. En nuestros viajes a los EE.UU. compramos todo lo que podemos llevar con nosotros porque los productos en los EE.UU. reflejan lo que preferimos y con lo que nos sentimos cómodos.

Toda mi vida, la cultura estadounidense ha sido la única cultura con la que me relacioné. Asistí a escuelas de EE.UU. en busca de sistemas, planes de estudio y valores de EE. UU. Trabajo y organizo mi vida profesional de acuerdo con la ética y las costumbres laborales de EE.UU. Comencé mi carrera profesional y trabajé allí durante varios años antes de ir a Colombia para atender en persona diversos negocios.

Conocí a mi esposa en los Estados Unidos. Nos casamos en los Estados Unidos. Estamos criando a nuestras niñas bajo la misma cultura y valores estadounidense que los de mi esposa y los míos propios.⁵⁰³

(énfasis nuestro).

⁵⁰³ Declaracion testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶¶ 29-31.

940. Este testimonio no ha sido significativamente cuestionado, y mucho menos refutado. El recurso de la Demandada a una publicación de Facebook y tipos similares de afirmaciones aleatorias y fragmentadas carecen por completo de valor probatorio. De hecho, son bastante extraños y poco ortodoxos.

941. El *único* tipo de testimonio, más allá de la admisión de una parte, que en absoluto podría desafiar creíblemente estas premisas sería de un declarante con conocimiento personal de que, en efecto, los Demandantes cuando fueron criados en su hogar no estuvieron realmente expuestos a la cultura de los Estados Unidos como la influencia cultural predominante.

942. El mismo tipo de testimonio de un declarante creíble con respecto al acceso en cuanto a ubicación, tiempo y oportunidad sería necesario para cuestionar, sin hablar de refutar, el testimonio de los Demandantes sobre sus valores personales como principios y ética laboral de los EE. UU.

943. En ausencia de dicho testimonio, como es el caso aquí, el Tribunal debe encontrar que los Demandantes en conjunto superaron *prima facie* lo que permite que los hechos afirmados, como mínimo en este punto, demuestren o tienden a demostrar que los Estados Unidos son su principal y efectiva nacionalidad-ciudadanía.

944. Además, el Tribunal debería determinar que al hacer una *demonstración prima facie*, la carga se ha trasladado a la Demandada. La Demandada no ha

cumplido con esta carga en función de la calidad de la demostración probatoria de la Demandada.

E. La ausencia o presencia de un esquema o propósito único y la política del TLC

945. Muy notablemente en *Nottebohm*, la CIJ determinó que Nottebohm buscó la naturalización en Lichtenstein “no tanto con el propósito de obtener el reconocimiento legal de la membresía de Nottebohm en la población de Lichtenstein, sino para permitirle sustituirlo por su status como nacional de un Estado beligerante por el de un nacional de un Estado neutral, con el único objetivo de estar así bajo la protección de Lichtenstein, pero no de vincularse con sus tradiciones, intereses, forma de vida o asumir las obligaciones —aparte de las obligaciones fiscales—, y el ejercicio de los derechos relacionados con el status así adquirido”.⁵⁰⁴

946. Este propósito único de “treaty-shopping” o un factor no genuino, no *bona fide* es inaplicable a los Demandantes. La Demandada no ha ofrecido ningún testimonio del que una persona razonable pueda inferir que los Demandantes están adquiriendo estratégicamente una nacionalidad o de alguna manera de mala fe y carecen de legitimidad para hacerse pasar por ciudadanos y nacionales estadounidenses.

⁵⁰⁴ *Nottebohm, supra* n. 442.

947. Como ya se dijo, los Demandantes han sido ciudadanos estadounidenses durante toda su vida.⁵⁰⁵ Por lo tanto, se deduce que no se han involucrado en ninguna empresa o premisa no genuina para obtener la ciudadanía estadounidense. Es fundamental para este Tribunal observar que el status de doble ciudadanía de los Demandantes es paradigmáticamente genuino y *bona fide*. La Demandada no ha podido ofrecer *ningún* testimonio o evidencia documental que pueda vincular en absoluto la ciudadanía y nacionalidad estadounidense genuina y *bona fide* de los Demandantes con cualquier esquema único en virtud del cual los Demandantes buscarían asegurar injustamente los beneficios de la protección de cualquier tratado relevante.

948. Esta proposición es importante. En toda la autoridad en la que se basa la Demandada, como se detalla a continuación, no existe una matriz de hechos comparable. La Demandada no ha podido demostrar de hecho ni legalmente ninguna falta de autenticidad o buena fe relacionada con la conexión entre el status de los Demandantes como ciudadanos estadounidenses y un plan o intención de haber adquirido dicho status en un esfuerzo por obtener la protección injustificada e innecesaria de un tratado.

⁵⁰⁵ Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-1) ¶¶ 2, 6, Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) ¶¶ 2, 8, y Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶ 2.

949. El propósito único o componente de compra de tratados que impediría que los Demandantes reciban las protecciones que se otorgan a sus inversiones en el territorio nacional de Colombia, simplemente no están presentes en este caso.

950. *Nottebohm* continúa siendo analíticamente ilustrativo. En ese caso, la cuestión era la forma en que el cumplimiento de las leyes nacionales del Estado [Lichtenstein] que naturalizaba a un solicitante de un tercer Estado [Alemania] concedió a Lichtenstein derechos o vinculantes para un segundo Estado [Guatemala], como una cuestión de derecho internacional.

951. En consecuencia, la cuestión fundamental en *Nottebohm* implica la medida en que el ejercicio legítimo del derecho nacional por un Estado puede injertar *unilateralmente* obligaciones en virtud del derecho internacional público a otro Estado. Tal no es el caso aquí. Al contrario de cualquier imposición *unilateral* en Colombia, el status de doble ciudadanía de los Demandantes con el fin de otorgar protección a los inversionistas y a la inversión bajo el TLC es eminentemente *bilateral*. Al convertirse en signatario del TLC, Colombia reconoció y consintió afirmativamente que otorgaría protección mediante un tratado de inversión a ciudadanos con doble nacionalidad cuya

nacionalidad dominante y efectiva es la de los Estados Unidos.⁵⁰⁶

952. Al acordar que a los ciudadanos con doble nacionalidad que tengan una nacionalidad dominante y efectiva en los Estados Unidos se les otorgue protección de tratados, Colombia no calificó tal derecho ni agregó restricciones a la prueba dominante y efectiva, como la Demandada haría creer a este Tribunal. A modo de ejemplo, la demandada argumenta que el propósito de la prueba de la nacionalidad dominante y efectiva es asegurar que, en línea general, solo los inversionistas *extranjeros* se benefician de las protecciones del TLC⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ En cuanto al factor unilateral en *Nottebohm*, el tribunal razonó y concluyó:

Por lo tanto, es evidente que el Gobierno de Guatemala considera que no hay principios firmes de derecho generalmente reconocidos en lo que respecta a la nacionalidad, pero que el derecho de Lichtenstein a determinar, en virtud de su propia legislación que el Sr. *Nottebohm* era su propio nacional, y la obligación correlativa de Guatemala de reconocer la ley de Lichtenstein a este respecto - oponibilidad - no está limitada por reglas rígidas de derecho internacional, *sino solo por las normas en relación con el abuso de derecho y el fraude.*

He mencionado que no hay “convenciones internacionales” y que no se ha probado la “costumbre internacional”. Guatemala ha reconocido que “no hay un sistema de reglas consuetudinarias”, pero la teoría del vínculo se apoya en la opinión de que ciertas convenciones internacionales sugieren la existencia de una tendencia.

Nottebohm, *supra* n. 442. (énfasis suministrado).

⁵⁰⁷ Respuesta de la Demandada sobre jurisdicción, ¶ 388.

Esta proposición es simplemente falsa. Se lee de manera dominante y efectiva la legitimidad de la doble nacionalidad misma. Si un inversionista es simplemente un “extranjero” entonces la prueba dominante y efectiva es obsoleta y sin propósito.

953. En esta misma línea, por supuesto, sin citar a *ninguna* autoridad, la Demandada afirma que “el propósito y la forma en que [los Demandantes] obtuvieron su nacionalidad colombiana [y, como corolario, su ciudadanía y nacionalidad estadounidenses] es totalmente irrelevante”.⁵⁰⁸ Al afirmarlo de este modo, la Demandada invita a este Tribunal a participar en cualquier inferencia que necesariamente se derivaría de inversionistas que nunca se naturalizaron y nacieron ciudadanos tanto de los Estados Unidos como de Colombia, y que no se comprometieron a asegurar el status de doble nacionalidad para la compra de tratados estratégica.

954. En pocas palabras, la Demandada solicita al Tribunal que elimine de cualquier análisis relativo a dominante y efectiva la medida en que las Partes Contratantes trataron de extender la protección a los nacionales con doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante y efectiva, en parte, puede ser deducida por las circunstancias de conformidad con las cuales se garantizó la nacionalidad del Estado no anfitrión.

⁵⁰⁸ *Id.* ¶ 391.

955. Las políticas de los tratados subyacentes al TLC, en particular, sugieren de manera convincente que el status *bona fide* de los Demandantes que tienen una nacionalidad dominante y efectiva de los Estados Unidos merecen la protección.

956. La Demandada obvia completamente el propósito y las políticas que subyacen en la prueba dominante y efectiva de doble nacionalidad. La Demandada ignora las políticas públicas porque incluso un análisis superficial revela que el perfil de los Demandantes coincide con la clase de ciudadanos duales que tanto Estados Unidos como Colombia claramente buscaron proteger donde, como es el caso aquí, la nacionalidad dominante y efectiva de los inversionistas, y en este caso, la ciudadanía también es la de Estados Unidos.

957. La Demandada rinde un tributo fugaz a las consideraciones políticas relevantes. Al hacerlo, la Demandada nuevamente invita al Tribunal a adoptar la suposición falsa y no probada de que el “cómo” y el “por qué” los inversionistas se convirtieron en ciudadanos duales es irrelevante. Si bien no puede haber ninguna disputa de que las preguntas “cómo” y “por qué” son irrelevantes si, de hecho, la nacionalidad dominante de los inversionistas es la del Estado anfitrión, es un sofisma patente razonar que *al determinar* si los inversionistas son dominante y efectivamente nacionales de un Estado

específico, las preguntas de “cómo” y “por qué” no juegan ningún papel.⁵⁰⁹

958. La Demandada omite la política pública subyacente a la doble nacionalidad y la prueba dominante y efectiva. La política pública subyacente a la extensión de los derechos bajo el TLC se basa en tres premisas fundamentales. Las tres son convincentes y ayudan a explicar por qué los Estados contratantes ampliaron la clase de inversionistas a los que se les otorgará protecciones más allá de los inversionistas extranjeros”.

959. Primero, los Estados con economías en transición (Colombia es emblemática de dichos Estados) encuentran que la doble ciudadanía genera ingresos que afectan materialmente la economía (i) al alentar a los ex ciudadanos expatriados a invertir en su Estado de origen y (ii) proporcionar un marco acogedor para que los ciudadanos expatriados regresen o busquen una

⁵⁰⁹ La Demandada señala:

Los inversionistas de doble nacionalidad cuya nacionalidad dominante es la del estado anfitrión de la inversión, independientemente de cómo o por qué obtuvieron sus dos nacionalidades, no pueden reclamar bajo el TLC. Esta interpretación es consistente con el propósito general de los tratados de inversión, que es 'estimular el capital privado en las economías de los estados contratantes'.

Id. ¶ 388.

residencia real en su país de origen, *así como* en el “extranjero”.⁵¹⁰

960. En segundo lugar, los Estados exportadores de capital en general han aceptado el consenso de que la doble ciudadanía en la legislación comúnmente conocida como la “ley de retorno” ofrece incentivos para los descendientes inmediatos de los nacionales de un Estado de origen, o seguidores de la religión del Estado, para repatriarse sin consecuencias prácticas o económicas.⁵¹¹

961. Tercero, la expansión y creación de una clase de inversionistas protegidas más allá de los meros “ciudadanos extranjeros” sujetos a una prueba de “nacionalidad dominante y efectiva”, según la gran

⁵¹⁰ Ver en general, Nota, *Reclamaciones de doble nacionalidad en la Era Moderna* *El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos* 83 MICH. L. REV. 597 (1984); más particularmente, aplicando este principio y política en el contexto del Estado de Liberia, ver, por ejemplo, *James Butty*, EE.UU., Liberianos lanzan la campaña de solicitud de doble ciudadanía, *VOICE Am. NEWS* (5 de enero de 2011), <https://www.voanews.com/afriaca/us-liberians-launch-dual-citizenship-petition-drive> (señalando el cabildeo y otros esfuerzos para persuadir al Gobierno de Liberia de establecer una doble ciudadanía reconocible bajo la ley de Liberia).

⁵¹¹ Ver Ciudadanía, Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio, <https://www.dfa.ie/passports-citizenship/citizenship/foreign-abroad/> (última visita el 11 de abril de 2019) (Ir.) (explicando que alguien puede convertirse en ciudadano irlandés si uno de los abuelos nació en la isla de Irlanda; Adquisición de la nacionalidad de Israel, Isr. Ministerio de Relaciones Exteriores <https://mfa.gov.il/mfa/aboutisrael/state/pages/acquisition%20of%israeli20%nationality.aspx> (13 de abril de 2019) (explicando que la Ley de Retorno que otorga a todo judío el derecho a venir a Israel y convertirse en ciudadano israelí); Requisito de doble ciudadanía italiana, doble ciudadanía, <http://www.italindualcitizenship.com/> (última visita 13 de abril de 2019).

mayoría de las autoridades en la materia, sirve como prueba de filtro o prueba de fuego que identifica los casos en que la doble ciudadanía fue *adquirida y utilizada* para eludir de manera fraudulenta y no genuina, *no bona fide*, las leyes nacionales del país de origen, generalmente el Estado anfitrión. En el contexto de un TBI o, como en este caso, el TLC, la prueba dominante y efectiva descubre el abuso ilícito o fraudulento del proceso (es decir, la compra ilícita de tratados).

962. Estas consideraciones políticas ciertamente no constituyen los elementos exclusivos de una determinación de nacionalidad dominante y efectiva. Pero, en consonancia con prácticamente todas las autoridades y los escritos sobre el tema, y en contra de la interpretación selectiva, estrecha y egoísta de la Demandada de esta autoridad, ciertamente deben ser considerados por cualquier tribunal que aborde el tema.

963. Al ver el testimonio no refutado ante este Tribunal sobre el tema de la política del TLC, el status de los Demandantes como predominante y efectivamente ciudadanos de los Estados Unidos no podría ser más acertada. Alberto Carrizosa Gelzis, a modo de ejemplo, testifica lo siguiente:

En 1990 me di cuenta de que podía usar mi experiencia en mercados financieros competitivos para invertir en países en desarrollo. El mercado objetivo obvio era

Colombia. El mercado se estaba desarrollando rápidamente en ese país, pero aún había muchas oportunidades para inversiones lucrativas. Además de eso, podría usar mis contactos y el hecho de que mi padre ya estaba involucrado en varias empresas comerciales en ese país.

Como resultado, en 1990 me mudé a Colombia.⁵¹²

964. Fue precisamente este tipo de repatriación e incentivo para atraer inversionistas lo que mejor definió los objetivos de política de TLC , ciertamente con respecto a Estados en desarrollo como Colombia. El Demandante Felipe Carrizosa Gelzis también testifica en ese mismo sentido :

En 1991, me uní a Dyckerhoff & Widmann AG en Munich (Alemania). Comencé como Coordinador de Planta a cargo de la logística para todas las actividades de hormigón actuales en la fábrica y luego me convertí en Gerente de Proyecto. *Es importante destacar que solicité mi permiso de trabajo en Alemania como ciudadano estadounidense.* Trabajé en la misma compañía en 1992 y 1993.

⁵¹²

Declaración testimonial de Alberto Carrizosa Gelzis (CWS-I) 22-23.

(énfasis nuestro).

En 1994 fui a Colombia para seguir más de cerca mis inversiones en ese país. Trabajé como Director de Planta en *Industrias y Construcciones S.A.*, donde realicé diseños de planta para el hormigón pre vaciado, supervisé la construcción general de la planta y controlé los procesos de producción.⁵¹³

965. El Sr. Felipe Carrizosa Gelzis testifica además que desea subrayar que [su] negocio en Colombia no depende de [su] ciudadanía colombiana. Ninguna de [sus] actividades comerciales en Colombia [está] condicionada a [su] ciudadanía colombiana".⁵¹⁴

966. El Demandante, Enrique Carrizosa Gelzis a este punto testifica:

De 2003 a 2004, trabajé en Chicago para Bain & Co. como consultor. Como es bien sabido, Bain & Co. es una consultora de gestión global y es considerada como uno de los empleadores más prestigiosos de la industria.

⁵¹³ Declaración testimonial de Felipe Carrizosa Gelzis (CWS-2) 16-17.

⁵¹⁴ *Id.* ¶ 35.

En 2004, me mudé a Colombia para atender negocios allí. Trabajé en múltiples puestos y ahora soy Presidente de la Junta del Grupo IC. Supervisé aproximadamente a 420 empleados, incluidos gerentes de área, profesionales (por ejemplo, contadores, abogados e ingenieros, entre otros) y personal no especializado.

Me mudé con mi familia a Colombia a pedido de mi padre para unirme al negocio familiar.⁵¹⁵

967. Es significativo que *Nottebohm* se refiera a la protección diplomática. De ello se deduce que las políticas y preocupaciones subyacentes que inciden en el derecho internacional público de protección diplomática en muchos aspectos difieren de las que corresponden al derecho internacional público de protección de la inversión extranjera.

968. Estas diferencias son importantes porque el principio de ley que rige la protección diplomática carece de elementos, como la expectativa de los inversionistas, la naturaleza y el carácter *bona fide* de un inversionista, así como las calificaciones limitantes que necesariamente pertenecen a la condición de un Estado

⁵¹⁵ Declaración testimonial de Enrique Carrizosa Gelzis (CWS-3) ¶¶ 16-18.

para el ejercicio de su soberanía regulatoria, legislativa, ejecutiva y judicial. Una consideración sostenida de estos factores refuerza aún más los derechos de protección de la inversión basados en tratados de los inversionistas con doble ciudadanía, como los de los Demandantes bajo el TLC, cuya nacionalidad dominante y efectiva no es la del Estado anfitrión.

969. Finalmente, con respecto a los factores reales considerados por la CIJ que dieron lugar a la prueba actual dominante y efectiva, y no al puñado arbitrario de elementos que la Demandada selecciona y elige selectivamente en función de la conveniencia de sus propios intereses en este caso, debe considerarse la totalidad de las circunstancias, como en *Nottebohm*.

970. En tal caso, la aplicación de la norma predecesora, “real y efectiva” se multiplicó y empeoró en el contexto de ese procedimiento debido a la presencia de tres Estados: Lichtenstein, Alemania y Guatemala. Tales cuestiones no son comunes al arbitraje inversionista-Estado y, por lo tanto, no encuentran resonancia en el caso ante este Tribunal.

971. El análisis aquí es simple.

972. La Demandada simplemente ignora la jurisprudencia.

973. Además de estos cinco factores, que deben considerarse, *Nottebohm* también contribuye con un segundo talismán analítico relevante y útil para la aplicación de la norma. La “prueba de vínculo” de

Nottebohm es una (i) indagación *cualitativa* sobre la (ii) “autenticidad”⁵¹⁶ del status de ciudadanía en cuestión durante (iii) un plazo relevante. En el caso de Nottebohm, el plazo material era [a]l momento de su naturalización“.⁵¹⁷

974. Los Demandantes afirman que un enfoque integral basado en la jurisprudencia y los hechos de este caso implicaría un marco de tiempo dictado por los elementos aplicables a considerar, que son considerables y no están circunscritos a ningún evento o conjunto de eventos. Crianza, educación formal, experiencia profesional, y la afinidad cultural, entre otros, sería invitar a un enfoque expansivo desde una perspectiva temporal que se puede aplicar a la fecha en que venció la violación (25 de junio de 2014), y la fecha de presentación de este reclamo (24 de enero de 2018).

975. De hecho, en el caso ante este Tribunal, la autenticidad del status de doble ciudadanía de los Demandantes durante *cualquier* plazo relevante está fuera de toda duda. Sus lazos con los Estados Unidos y la cultura estadounidense no son susceptibles a un enfoque fragmentado de naturaleza estática.

976. Las declaraciones testimoniales de Alberto, Felipe y Enrique Carrizosa Gelzis son incontrovertidas al expresar una “nacionalidad estadounidense dominante [que] [] es un vínculo legal que tiene como base un hecho

⁵¹⁶ *Nottebohm, supra* ¶¶ 748, 822, 826, y n. 435.

⁵¹⁷ *Id.* en 24, CLA-57.

social de apegos, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes” recíprocos⁵¹⁸ con respecto a los Estados Unidos.

1. El caso Ballantine c. República Dominicana es ilustrativo debido a la falta de normas y razonamiento legal del Tribunal

977. La Demandada *parece* confiar en el caso *Ballantine*.⁵¹⁹ La palabra “*parece*” ha sido seleccionada deliberadamente. Aunque la Demandada cita a esta autoridad en no menos de 34 ocasiones⁵²⁰ nunca realmente explora el marco analítico de *Ballantine*. Solo la referencia superficial al caso acompañada de declaraciones concluyentes está presente en la totalidad de la dependencia de la Demandada en esa autoridad.

978. *Ballantine* fue decidido por la *mayoría* del Tribunal. Una opinión separada y disidente muy bien razonada que acompaña al Laudo.⁵²¹ El Laudo, emitido bajo el Reglamento de la CNUDMI, es comprensiblemente el tema apropiado de un Recurso de Nulidad que está pendiente ante el Tribunal de Distrito

⁵¹⁸ *Id.* en 23.

⁵¹⁹ *Ballantine*, *supra* n. 394, RLA-0091.

⁵²⁰ El caso *Ballantine* ha sido mencionado por la Demandada un total de treinta y cuatro (34) veces a lo largo de su Respuesta sobre Jurisdicción. Ver 304, 400, 403, 404, 427, 439, y fn. 804, 805, 806, 811, 814, 819, 821, 826, 832, 840, 886, 887, 888, 891, 935, 936, 937, y 946.

⁵²¹ Disidencia parcial del árbitro Marney Cheek RLA-0088.

Federal de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia.⁵²²

979. *Ballantine* de hecho es útil porque es analíticamente instructivo. Esto es así debido a la falta manifiesta del Tribunal en el razonamiento legal y el abandono del estándar legal operativo. Los Demandantes alientan a este Tribunal a leerlo y releerlo. El Tribunal de la Mayoría en ese caso identifica la autoridad relevante y luego procede a diseñar su propia prueba. El Tribunal no explica sobre qué base determinó que solo se debe considerar un conjunto abreviado de factores.

980. Igualmente interesante es que al aplicar los cuatro factores que identifica, con exclusión de todos los demás, los aplica sin referencia a la metodología aplicable ampliamente establecida en la jurisprudencia y la doctrina.

2. El Tribunal de *Ballantine* reconoce la jurisprudencia que enumera los factores y principios rectores en cuanto a la forma de aplicación

981. El Tribunal en *Ballantine* reconoce que el caso es, en cierto sentido, uno “de primera impresión

⁵²² Ver Lisa Ballantine y Michael Ballantine c. República Dominicana, Caso No.: 1:19-civ-03598, *Memorando de puntos y autoridades de los peticionarios en apoyo del recurso de nulidad del laudo arbitral por no ejercer la jurisdicción* CLA-197.

relacionado con las” disposiciones de doble nacionalidad en el contexto del DR-CAFTA”.⁵²³ También observa que si bien el DR-CAFTA “no prescribe los factores que pueden considerarse para determinar el dominio y la efectividad, el Art. 10.22 estipula que: ‘el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este acuerdo y las reglas aplicables del derecho internacional’.⁵²⁴ (énfasis en el original).

982. Al sondear el derecho internacional consuetudinario identificando los factores que se deben considerar al evaluar la prueba de nacionalidad dominante y efectiva, el Tribunal de la Mayoría cita a las autoridades que establecen inequívocamente que la prueba que se aplicará es amplia, que excede con creces solo cuatro factores y requiere la consideración de la “vida entera” del Demandante.⁵²⁵

983. A modo de ejemplo, haciendo referencia al lenguaje en el caso *Nottebohm*, el Tribunal de la Mayoría afirmó que la CIJ “reconoció que [los] elementos [citados por la CIJ] no constituyen una lista exhaustiva de factores”.⁵²⁶ De igual forma, citó a *Mergé*,⁵²⁷ reconociendo esto:

⁵²³ *Id.* ¶ 530.

⁵²⁴ *Id.*

⁵²⁵ *Id.* ¶ 552.

⁵²⁶ *Id.* ¶ 549.

⁵²⁷ Los Demandantes discuten el *Caso Mergé* en los párrafos del 220 a 224 del memorial inicial.

La Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos declaró: *[p]ara 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. Debe tomarse en cuenta la conducta del individuo en su vida económica, social, política, cívica y familiar, así como un vínculo más cercano y más efectivo con uno de los dos estados debe considerarse.*⁵²⁸

(cursiva en original, negrita nuestra).

984. Además, basándose en la autoridad de la Comisión de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, el Tribunal de *Ballantine* enfatizó que, al evaluar los factores y la aplicación de la prueba de nacionalidad dominante y efectiva, un “tribunal” considerará todos los factores relevantes, incluida la residencia habitual, el centro de intereses, lazos familiares, participación en la vida pública y *otras pruebas de apego*.⁵²⁹(énfasis nuestro).

985. Después de estudiar la autoridad más destacada sobre el tema, el Tribunal reconoció que al

⁵²⁸ *Ballantine*, ¶ 549, citando el *Caso Mergé*, Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos, Decisión No. 55 (10 de junio de 1955) en 247.

⁵²⁹ *Id.* K 550, citando el *Caso No. A/18*, Caso IUSCT No. A/18 Decisión No. DEC 32-A18-FT, (6 de abril de 1984) en 12.

evaluar la nacionalidad dominante y efectiva [un] Tribunal puede necesitar examinar *cualquier factor* que pueda ayudar a discernir esos atributos, por ejemplo, la conducta de un Estado en particular hacia el inversionista, cómo se presentó el inversionista o la razón subyacente a la decisión del inversionista de solicitar la naturalización”.⁵³⁰(énfasis nuestro). Se reconoció además que “la vida entera de un demandante es relevante pero no determinante”.⁵³¹

986. De hecho, al comentar que la lista de los Demandantes de seis factores era crítica, el Tribunal rechazó ese análisis por no ser lo suficientemente completo y emblemático de la prueba general que constituía el derecho internacional consuetudinario sobre el tema. Al hacerlo, declaró que “[a]l contrario y como se mencionó anteriormente, se debe realizar un *ejercicio holístico* para discernir si todos los factores relevantes analizados indican que una nacionalidad específica fue efectiva (*es decir, realmente operativa y produciendo efectos*) así como dominante (lo suficientemente fuerte como para prevalecer sobre el otro).”⁵³²(cursiva en original, negrita nuestra).

987. Sin embargo, *notablemente*, el Tribunal *Ballantine* omitió la aplicación del derecho internacional consuetudinario en su análisis, y en su lugar substituyó su propia prueba limitada de cuatro partes:

⁵³⁰ *Id.* ¶ 554.

⁵³¹ *Id.* ¶ 555.

⁵³² *Id.* ¶ 558.

El Tribunal considera que los factores mencionados por las Partes pueden analizarse *dentro de* los criterios indicados en la Resolución Procesal No. 2, es decir (a) residencia habitual, (b) el apego personal del individuo por un país en particular, (c) el centro de la vida económica, social y familiar de la persona, y (d) las circunstancias en que se adquirió la segunda nacionalidad, teniendo en cuenta el contexto específico de la disputa.⁵³³

(énfasis nuestro).

3. El error legal del tribunal de *Ballantine*

988. La aplicación de esta norma abreviada tiene dos consecuencias conceptuales y prácticas. Primero, extrajo del análisis múltiples factores que, si se consideraran, habrían contribuido a encontrar que el predicado *ratione personae* ampliamente se había cumplido. En segundo lugar, el Tribunal ignoró la *manera* en que estos factores, como cuestión de derecho, debían aplicarse. A modo de ejemplo, en el análisis de lo que consideró los factores relevantes en los dos marcos temporales operativos (violación del Acuerdo y presentación de la demanda) no tuvo en cuenta esos factores en el contexto de *toda la vida* de los Demandantes.

⁵³³ *Id.* ¶ 559.

989. Analíticamente, se otorgó más peso a una consideración de *residencia* contextualizada *erróneamente* que incluso al puñado de factores aplicados. Este factor también es contrario a la jurisprudencia.

990. Estas consecuencias son los síntomas y el resultado necesario de haber aplicado el estándar incorrecto de conformidad con ninguno de los principios rectores abordados en la *manera* de aplicación. Por lo tanto, el Tribunal violó las condiciones con respecto a las cuales las Partes contratantes acordaron arbitrar disputas.

991. El Tribunal cometió un error legal al no tener en cuenta que la inclusión de la frase “nacionalidad dominante y efectiva” en el Art. 10.28 significa que las Partes en el DR-CAFTA incorporaron el estándar del derecho internacional consuetudinario para el trato de la doble nacionalidad. Este percance también es importante.

992. Como se señaló acertadamente en LA opinión disidente parcial, “[mediante el uso de la frase ‘nacionalidad dominante y efectiva’, las partes del DR-CAFTA adoptaron el estándar de derecho internacional consuetudinario para determinar la nacionalidad de los ciudadanos con doble ciudadanía”.⁵³⁴

993. También a este respecto, el Tribunal de la Mayoría interpretó erróneamente el Art. 10.22.1 del DR-CAFTA **como un requisito *permisivo* y no *obligatorio***. El mandato

⁵³⁴ *Ballantine*, opinion disidente parcial de la Sra. Cheek sobre Jurisdicción 4, RLA-91.

afirmado en ese artículo es claro, como lo es en su Art. gemelo 10.22.1 del TLC en el caso ante este Tribunal. Un “[t]ribunal decidirá las cuestiones en disputa de conformidad con este [i] Acuerdo y [ii] los estándares aplicables del derecho internacional” (énfasis nuestro).

994. El Tribunal *Ballantine* interpretó “deberá” en ese artículo como “puede”. Declaró específicamente que “debería tomar *orientación* del derecho internacional consuetudinario, teniendo en cuenta el contexto particular del Artículo 10.28, dentro del objeto y propósito general del DR-CAFTA”.⁵³⁵ (énfasis nuestro).

995. En ese sentido, la opinión disidente parcial observó correctamente que ‘en lugar de ‘dar efecto al contexto específico previsto en este instrumento, así como a su objeto y propósito’, el estándar de derecho internacional consuetudinario al que se hace referencia en DR-CAFTA debería ser aplicado, sin alterar esa prueba en un contexto de tratado de inversión específico. No estoy de acuerdo con la Mayoría en que es ‘apropiado dar un significado específico a los términos utilizados en DR-CAFTA en lugar de incorporar directamente cualquier otra norma [.]’⁵³⁶

⁵³⁵ *Ballantine*, ¶ 530, RLA-88.

⁵³⁶ *Ballantine*, Opinión disidente parcial de la Sra. Cheek sobre Jurisdicción If 4, RLA-91.

996. El funcionamiento práctico de la exégesis de la empresa sobre su propio Tribunal de *Ballantine* de “dar un contenido concreto a los términos del DR-CAFTA,” en lugar de incorporar el estándar claro y aplicable tuvo el efecto de sesgar el análisis de la dirección de un solo factor: residencia.⁵³⁷

997. Además, la aplicación del estándar que el mismo Tribunal de *Ballantine* diseñó lo llevó a otorgar mayor peso a las conexiones relacionadas con la inversión con la República Dominicana porque el DR-CAFTA es un tratado de inversión”.⁵³⁸ El DR- CAFTA no es un tratado de inversión. Al igual que su contraparte el TLC en el caso ante este Tribunal, es un acuerdo comercial que otorga a los inversionistas extranjeros y sus inversiones estándares sustantivos de protección del trato.

998. El árbitro disidente, la Sra. Cheek, explicó sucintamente esta desviación del estándar aplicable:

No estoy de acuerdo con la Mayoría en que “la inclusión de esta frase [es decir, nacionalidad dominante y efectiva] en un capítulo de inversión dentro del marco más amplio de un Acuerdo de Libre Comercio le confiere a esa frase un significado específico” y por lo tanto “es [apropiado] dar un significado específico a

⁵³⁷ *Ballantine*, ¶ 533.

⁵³⁸ *Ballantine*, Opinión disidente parcial de la Sra. Cheek sobre Jurisdicción ¶ 12.

los términos utilizados en DR-CAFTA en lugar de incorporar directamente cualquier otro estándar ... [.] (cita omitida)
El estándar expresado en DR-CAFTA no es una prueba específica de un tratado de inversión para una nacionalidad dominante y efectiva. Más bien es el estándar de derecho internacional consuetudinario bien establecido.

Mi opinión al respecto es consistente con la decisión reciente en *Aven c. Costa Rica*, donde el tribunal aplicó la prueba *Nottebohm* al examinar la cuestión de la doble nacionalidad bajo el Artículo 10.28 del DR-CAFTA.⁵³⁹

999. Por último, la opinión disidente parcial observó que entre las consecuencias de la aplicación de un estándar erróneo del Tribunal de *Ballantine* estaba otorgar “mayor peso a los contactos relacionados con la inversión de los Demandantes a partir de la fecha en que surgió la reclamación y la fecha en que se presentó, *en*

⁵³⁹ *Id.*, citando a *Ballantine* ¶ 543, n. 1056; también citando a David Aven, et al. c. República de Costa Rica, Caso CIADI No. UNCT/15/3 (Laudo) (18 de septiembre de 2018), ¶ 205 (“a través de la inclusión de la expresión 'nacionalidad dominante y efectiva' en la definición de 'inversionista de una Parte' en el Artículo 10.28, las Partes del DR-CAFTA pretenden incorporar por referencia las normas aplicables del derecho internacional consuetudinario para el trato de múltiples nacionalidades en casos de protección diplomática, como se refleja en el *Caso Nottebohm (Lichtenstein c. Guatemala)*”, RLA-88.

lugar de participar en una investigación verdaderamente holística de las vidas completas de los Demandantes en cada una de esas fechas”. ⁵⁴⁰ (énfasis nuestro).

1000. La opinión disidente parcial delinea con cuidado y precaución moderada ***cuál debería ser el análisis temporal apropiado*** a partir de las fechas relevantes de acuerdo con el estándar aplicable establecido en el derecho internacional consuetudinario y consentido por las Partes contratantes:

El análisis adecuado debería examinar los lazos de los Demandantes con los Estados Unidos y la República Dominicana a lo largo de sus vidas para determinar si, en el momento de la supuesta violación (es decir, el 12 de septiembre de 2011) [citación omitida] y al momento de la presentación del reclamo a arbitraje (es decir, el 11 de septiembre de 2014), la nacionalidad dominante y efectiva de cada Demandante era la estadounidense o la dominicana (se omite la cita). ⁵⁴¹

1001. Si bien el caso *Ballantine* de hecho respalda el argumento de la Demandada de que una prueba de cuatro secciones limitada y muy específica debería aplicarse a este caso, lo hace a expensas de la

⁵⁴⁰ *Ballantine*, Opinión disidente parcial de la Sra. Cheek sobre jurisdicción ¶ 13.

⁵⁴¹ *Id.* ¶ 14.

lectura de los Artículos 10.22 y 10.28 del acuerdo de las Partes contratantes de que un Tribunal *decidirá* los asuntos en disputa de conformidad con [el TLC] y las reglas aplicables del derecho internacional.

1002. Ese mandato no calificado en la forma imperativa no conoce excepciones. No es de naturaleza referencial, solo tiene la intención de proporcionar orientación para que cada Tribunal que lo aplique pueda crear su propio estándar *ad hoc*.

1003. Este Tribunal debería rechazar la invitación de la Demandada a adoptar *Ballantine*. No vale la pena procurarlo. La aplicación del estándar correcto obliga a encontrar que la limitación *ratione personae* se cumple en este caso.

VI. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN *RATIONE MATERIAE*

1004. En su punto final, Colombia afirma que este tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* sobre este asunto. Sin embargo, la afirmación de Colombia a este respecto es inherentemente incoherente, ya que Colombia argumenta que (i) los Demandantes no tienen una inversión calificada bajo el TLC; pero también (ii) las inversiones de los Demandantes no se realizaron de conformidad con la ley colombiana, lo que de alguna manera privó a este tribunal de jurisdicción. De hecho, cada Demandante, sin duda, invirtió en una institución

financiera colombiana y, por lo tanto, tiene derecho a las protecciones derivadas del TLC. Debido a que los Demandantes tenían tales inversiones calificadas, la afirmación de la Demandada de que las inversiones de alguna manera no cumplían con la ley nacional de Colombia no es un asunto apropiado para ser considerado en la fase jurisdiccional de esta controversia. Más aún, las inversiones de los Demandantes sí se ajustaban a la ley colombiana y, de no ser así, la Demandada ha renunciado o no puede plantear el cumplimiento de las leyes internas que cita para impugnar la jurisdicción de este tribunal.

A. Los Demandantes poseían inversiones calificadas dentro del alcance y cobertura del Capítulo 12 del TLC

1005. La Demandada cuestiona el hecho de que, en varias instancias de este procedimiento, los Demandantes han señalado que su inversión original en el mercado colombiano en un momento tomó la forma de un conjunto de derechos incorporados en la Sentencia 2007 del Consejo de Estado, que había corregido (parcialmente) la expropiación ilegal perpetrada por las autoridades financieras colombianas.

1006. Como resultado, la Demandada ha aprovechado el artículo 10.28 del TLC, donde la definición de “inversión” es calificada por una nota al pie que estipula que “[e]l término 'inversión' no incluye una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa”.⁵⁴²

1007. Como se explica a continuación, la nota al pie a la que se hace referencia aquí no tiene aplicación, y las inversiones de los Demandantes caen directamente dentro de la protección del Capítulo 12 del TLC.

1. Los Demandantes que invirtieron en el Sector de Servicios Financieros de Colombia

1008. Para plantear esta defensa, la Demandada ha ignorado cientos de páginas en la Solicitud de Arbitraje y el Memorial de Jurisdicción donde los Demandantes han descrito su inversión en GRANAHORRAR, el banco colombiano en cuestión.

1009. Desde el comienzo de este procedimiento, los Demandantes han argumentado que su inversión en Colombia se realizó en los años 1990 en GRANAHORRAR. La Demandada nunca ha negado ese simple hecho.

⁵⁴² TLC Art. 10.28 n. 15.

1010. De hecho, los comentarios de apertura de los Demandantes en su Solicitud de Arbitraje establecen que

En el caso ante este Tribunal, la inversión respectiva de tres ciudadanos estadounidenses en una de las instituciones financieras líderes de la República de Colombia, Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda “GRANAHORRAR” (“GRANAHORRAR” o “el banco”), se redujo al valor mínimo de COP1 0.01 basado en un trato discriminatorio, irregular y sin precedentes por parte del Banco Central de Colombia (“Banco de la República” o “Banco Central”), el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN) y la Superintendencia de Banca (Superintendencia Bancaria de Colombia, ahora conocida como Superintendencia Financiera).⁵⁴³

1011. Ese concepto fue desarrollado a lo largo de la Solicitud de Arbitraje.

1012. Lo más importante es que el Memorial de los Demandantes sobre Jurisdicción dedica una sección completa (Sección IV.D) a una descripción detallada de la inversión de los Demandantes en GRANAHORRAR.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Solicitud de arbitraje, 00.

⁵⁴⁴ Memorial sobre jurisdicción, ¶ 407-416.

**2. Los Demandantes cumplen con la limitación
Ratione Materiae como asunto de derecho y
hecho**

**1013. Como se identifica en su declaración
testimonial respectiva, antes del 3 de octubre de 1988:**

**(a) Alberto Carrizosa poseía y controlaba una
participación accionaria del**

(Caso PCA N ° 2018-56)..... 1

**RÉPLICA DE LOS DEMANDANTES A LA
RESPUESTA DE LA DEMANDADA SOBRE
JURISDICCIÓN 1**

TABLA DE CONTENIDO 1

INTRODUCCIÓN 1

E. El testimonio 1

**I. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN
RATIONE TEMPORIS..... 1**

ÁMBITO DE APLICACIÓN 1

**a. Ningún “Cambio fundamental en el requisito
de *Status Quo*” 1**

**b. Significado del requisito de
“independientemente recurrible” 1**

**B. Las reclamaciones de los Demandantes se
encuentran dentro del alcance temporal del
TLC 1**

**2. La conducta previa al TLC de la Demandada
no impide las reclamaciones de los
Demandantes 1**

a. No se excluyen las “controversias” previas a la entrada en vigor	1
b. Esta “controversia” surgió en 2014	1
II. LOS DEMANDANTES CUMPLEN CON EL PREDICADO JURISDICCIONAL <i>RATIONE VOLUNTATIS</i> QUE NO HA SIDO REFUTADO	1
A. Declaración preliminar.....	1
Artículo 12.1: Ámbito de Aplicación y Cobertura	
b. El trato NMF no tiene sentido: Un derecho sin recurso	1
a. La Demandada no aborda el testimonio de Olin Wethington sobre la práctica de los tratados de EE. UU. que dan lugar al TLCAN	1
i. Antes del TLCAN, la práctica de los tratados de los EE. UU. excluía la protección NMF de los servicios financieros	1
i. Relevancia de la transcripción de las audiencias ante el Comité de Banca, Finanzas y Asuntos Urbanos de la Cámara de Representantes el 28 de septiembre de 1993	1
1. La Demandada no ofrece respuesta a los casos en los que se basan los Demandantes	1
i. El trato justo y equitativo es una obligación básica del Capítulo 12.	1
IV. LOS ARGUMENTOS TÉCNICOS DE LA DEMANDADA RELACIONADOS CON (I) RENUNCIA, (II) CONSULTA Y (III)	

NOTIFICACIÓN DE INTENCIÓN SON INJUSTIFICADOS.....	1
1. Ningún requisito de renuncia se aplica al presente caso.....	1
a. La autoridad en la que se basa Colombia no es aplicable	1
a. Observaciones generales aplicables a ambas defensas	1
g. La carta que acompaña a la solicitud de arbitraje	1
h. Observaciones específicas con respecto a cada defensa bajo el TLC	1
i. Cuestiones de interpretación y uso de precedentes	1
j. Consulta y negociación	1
3. La Notificación de Intención	1
[...]	1
[...]	1
b. Nunca deberían haberse planteado las objeciones de la Demandada	1
A. La defensa de “fork in the road” no es aplicable	1
1. La objeción “fork in the road” de la Demandada está fuera de lugar y es ilógica	1
3. Las causas de acción son diferentes	1
4. Los argumentos legales de la Demandada son infundados y engañosos	1

C. Aplicación del estándar correcto a la evidencia ante este Tribunal	1
1. “Cómo” y “Por qué” los ciudadanos con doble nacionalidad adquirieron ese status	1
2. Consideraciones subjetivas	1
3. Matriz familiar de los Demandantes	1
4. Educación	1
5. Residencia	1
6 Idioma	1
7. Finanzas	1
8. Cuidados de la salud	1
9. Afinidades culturales	1
E. La ausencia o presencia de un esquema o propósito único y la política del TLC	1
3. El error legal del tribunal de <i>Ballantine</i>	1
VI. EL TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN <i>RATIONE MATERIAE</i>.....	1
1. Los Demandantes que invirtieron en el Sector de Servicios Financieros de Colombia	1
3. Colombia no puede obtener ninguna ventaja de sus propias acciones ilícitas	1
ii. Incluso si el TLC hubiera contenido una disposición de “Acuerdo con la ley”, el supuesto incumplimiento regulatorio de los Demandantes sería insuficiente para anular la jurisdicción del Tribunal	1

C. EN CUALQUIER CASO, LAS INVERSIONES DE LOS DEMANDANTES CUMPLIERON CON LA LEY COLOMBIANA	1
VII. LA OPINIÓN PERICIAL DEL DR. JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR	1
Conclusión	1
GRANAHORRAR (CWS-2 1 38).	

1014. Por lo tanto, la inversión de los Demandantes comenzó con la propiedad de las participaciones accionarias en GRANAHORRAR. Las acciones de Colombia resultaron en pérdidas para los Demandantes y la liquidación de esos intereses. El laudo del Consejo de Estado en noviembre de 2007 -porque no se pudo devolver simplemente las acciones a los Demandantes- proporcionó un poder por esas acciones en la forma de indemnización (aunque uno de los Demandantes cree fue inadecuada). Luego, el gobierno retomó ese poder mediante un sobrepaso judicial ilegal, que culminó en la Orden de la Corte Constitucional del 25 de julio de 2014 en la que Colombia finalmente negó cualquier recurso por parte de los Demandantes para la reparación en los tribunales nacionales colombianos.

1015. En su informe pericial, que no fue refutado por Colombia, el perito de los Demandantes, Jack Coe, expone su análisis sobre las razones por las cuales los actos judiciales de los tribunales nacionales pueden dar lugar y, en este caso, dieron lugar a violaciones de los acuerdos y tratados de inversión internacional, incluido el TLC. Coe también explica cómo la inversión original en

acciones de Granahorrar por parte de los Demandantes se rastrea a través de la Decisión del Consejo de Estado de 2007 y finalmente se desmantela mediante el decreto de la Corte Constitucional de julio de 2014:

Los paralelismos entre *Saipem* y el caso actual parecen claros. La sentencia del Consejo de Estado en este caso, producto de procedimientos legítimos indiscutiblemente dentro de la jurisdicción de ese tribunal, transformó lo que quedaba de la inversión del Demandante en un derecho al dinero. Se podría haber esperado razonablemente que ese fallo involucrara a la Corte Constitucional solo si de alguna manera planteaba cuestiones adecuadamente con la competencia de ese órgano. La intervención *deus ex machina* de ese tribunal, y su notable enfoque de novo, en primera instancia, encuentra un fuerte análogo en la revisión exorbitante del tribunal de Bangladesh del laudo de la CIP visto en *Saipem*. El activismo judicial en cada caso no era de esperar, y en ambos casos, las acciones del Estado anularon la inversión en su forma entonces monetizada.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵ Opinión pericial del profesor Jack J. Coe, Jr., 7 de marzo, de 2019, ¶ 85 (CER-3), citando *Saipem S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI N. ° ARB/05/07, (Laudo), (30 de junio de 2009).

1016.El tribunal *Mondev* se enfrentó a un problema similar en relación con un reclamo bajo el TLCAN. Una inversión subyacente en términos de un derecho a desarrollar propiedades caducó antes del inicio del arbitraje. El inversionista inició una demanda, que luego se abrió paso a través del sistema judicial local de los Estados Unidos, con un intento de apelar ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. La Demandada afirmó que la ‘inversión’ había caducado antes de la fecha de vigencia del TLCAN, de tal manera que el Demandante no podía considerarse un ‘inversionista’, y que, para esa fecha, todos los Demandantes tenían reclamos monetarios asociados a una inversión que ya había fallado’.⁵⁴⁶

1017. Al rechazar el ataque de la demandada, el tribunal de *Mondev* consideró que la lectura de la Demandada del requisito de inversionista del TLCAN resultó ser muy estrecho y capaz de frustrar el propósito de las disposiciones pertinentes del TLCAN. El tribunal declaró:

En segundo lugar, el Tribunal volvería a observar que el Artículo 1105, y más aún el Artículo 1110, con frecuencia tendrá que ser aplicado después de que la inversión en cuestión haya fallado. En la mayoría de los casos, la disputa sometida a arbitraje se referirá precisamente a la

⁵⁴⁶*Mondev International Ltd c. Estados Unidos de Norteamérica*, Caso CIADI No. ARB/99/2, (Laudo) (11 de octubre de 2002), ¶ 77, CLA-51.

cuestión de la responsabilidad de dicho fallo. Exigir al demandante que mantenga un estado continuo como inversionista de conformidad con la ley del Estado anfitrión en el momento en que se inicia el arbitraje tenderá a frustrar el propósito mismo del Capítulo 11, que es proporcionar protección a los inversionistas contra conductas ilícitas, incluida la expropiación no compensada de su inversión y para hacerlo durante toda la vida de la inversión hasta el momento de su “venta o disposición” (Artículo 1102(2)). Sobre esa base, el Tribunal concluye que el TLCAN debe interpretarse de manera amplia para cubrir cualquier reclamo legal que surja del trato de una inversión como se define en el Artículo 1139, si la inversión subsiste o no como tal en el momento del trato que se reclama. De lo contrario, los problemas de la protección efectiva de la inversión a nivel internacional quedarán eclipsados por cuestiones técnicas sobre la aplicación de las leyes de propiedad local y la clasificación de los intereses de propiedad local afectados por la ejecución hipotecaria u otra acción posterior al fracaso de la inversión.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ *Id.* en ¶ 91.

1018. Del mismo modo, no tiene sentido y es inconsistente con los propósitos del Capítulo 12 del TLC interpretar la nota al pie en 10.28 como que excluye reclamos que surgen de inversiones” fallidas que continúan sin resolverse para propósitos de jurisdicción *ratione materiae*.

1019. La defensa de Colombia también carece de fundamento porque, en cualquier caso, la restricción del artículo 10.28 del TLC no se aplicaría al presente caso.

1020. La nota al pie en el Artículo 10.28 está destinada a cubrir órdenes y sentencias judiciales como inversiones por derecho propio, como cuando una institución financiera adquiere con descuento una sentencia judicial dictada a favor de otra parte. La mera compra y venta de tales instrumentos es cualitativamente diferente de los tipos de inversión cubiertos por el TLC y contemplados por su objeto y propósito.

1021. Sin embargo, este no es un caso en el que un inversionista simplemente compró una sentencia u otra orden asignable con un descuento y luego intentó hacer cumplir el laudo, en cuyo caso la nota al pie de la sección 10.28 podría tener aplicabilidad. Más bien, este es un caso en el que se realizó una inversión original en el sector de servicios financieros. Esa inversión estaba sujeta a las acciones ilegales, inapropiadas y discriminatorias de varios órganos del gobierno colombiano, lo que resultó en que esa inversión se transformara en un juicio, que posteriormente fue

tomado de los Demandantes por acciones ilícitas, ilegales y discriminatorias del gobierno colombiano a través de sus tribunales en violación del TLC.

3. Colombia no puede obtener ninguna ventaja de sus propias acciones ilícitas

1022. Incluso en el caso de que la nota al pie 15 se aplicara a la inversión de los Demandantes de la manera alegada por la Demandada (que no es el caso), no se debe permitir que la Demandada se base en tal aplicación de la disposición.

1023. Sería incorrecto y paradójico si la Demandada pudiera basarse en la aplicación de una restricción en el TLC que la Demandada misma hizo efectiva a través de la expropiación ilegal de la inversión de los Demandantes en GRANAHORRAR.

1024. Colombia expropió injustamente una inversión en el sector de servicios financieros colombiano. La sentencia del Consejo de Estado de 2017 abordó la expropiación ilegal y reivindicó los derechos de los Demandantes. Sin embargo, el Consejo de Estado no podía ordenar a Colombia que devolviera GRANAHORRAR. Solo podía proceder sobre la base de una sentencia que prevé *restitutio in integrum* (es decir, un fallo que restauraría, en la medida de lo posible, los derechos de la parte perjudicada como si nada malo hubiera sido cometido).

1025. Cualquier intento de la Demandada de basarse en la nota 15, suponiendo, por ejemplo, que se

aplica al presente caso, sería contrario al derecho internacional.

1026. Es un principio bien establecido del derecho internacional (compartido por la gran mayoría de los sistemas legales nacionales) que un acto ilícito no puede convertirse en una fuente de ventajas, beneficios u otros derechos para el infractor.

1027. Este principio general a menudo se resume en la máxima latina, *ex injuria jus non oritur*.⁵⁴⁸

1028. Ningún Estado tiene derecho a confiar en su propio acto ilícito para reivindicar lo que considera un derecho propio, resultante de ello. Eso es exactamente lo que Colombia ha intentado hacer aquí.

1029. En cualquier caso, este tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre la controversia de las partes, porque los Demandantes tenían una inversión dentro del alcance y la cobertura del Capítulo 12 del TLC.

B. El supuesto incumplimiento de los Demandantes de los requisitos locales de Colombia para inversiones extranjeras no priva al tribunal de jurisdicción

⁵⁴⁸ Tribunal Arbitral para Disputas sobre el límite entre entidades en el área de Brcko, *Republika Srpska c. La Federación de Bosnia y Herzegovina* (Laudo del 14 de febrero de 1997) (1997) 36 ILM 396, CLA-165-B; *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungría-Eslovaquia), Sentencia, I. C. J. Reports 1997, p. 7. CLA-188-A.

1. La jurisdicción del tribunal *Ratione Materiae* no depende de que los inversionistas cumplan las leyes y reglamentos administrativos del Estado anfitrión
 - a. El TLC no contiene ningún requisito “de conformidad con la ley” para limitar la jurisdicción del Tribunal

1030. Si bien la Demandada argumenta que el tribunal carece de jurisdicción *ratione materiae* debido al supuesto incumplimiento de los Demandantes de los procedimientos de solicitud o registro según la ley local, el instrumento que define el alcance de la jurisdicción del tribunal es el TLC. Debido a que el TLC, a diferencia de una serie de tratados bilaterales de inversión, no contiene ningún requisito de que los Demandantes han realizado inversiones de acuerdo con la ley, las cuestiones con respecto al cumplimiento de las inversiones con la ley colombiana no afectan la jurisdicción del tribunal y, en el mejor de los casos, se consideraría como parte de los méritos del caso.

1031. Como bien sabe el tribunal, varios tratados de inversión incluyen, típicamente en su definición de lo que constituye una “inversión”, lenguaje que establece que la inversión se ha realizado de conformidad con la ley del Estado anfitrión. Los tribunales a menudo han interpretado que dicho lenguaje impone una limitación a su jurisdicción. Como razonó el tribunal en *Quiborax c.*

Bolivia, ⁵⁴⁹ “[I] la definición de inversión es relevante para determinar el alcance de las Partes Contratantes - y por lo tanto el consentimiento de la [Demandada] - al arbitraje bajo [el] Tratado”.⁵⁵⁰

1032. Aquí, sin embargo, el TLC no contiene tal disposición. Tampoco la Demandada ha hecho ninguna afirmación en contrario.⁵⁵¹ El Artículo 12.20 define “Inversión” por referencia a la definición del artículo 10.28, con dos excepciones no aplicables aquí, y el artículo 10.28 establece que

inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo.

1033. Esta definición no está calificada de ninguna manera por ninguna referencia al cumplimiento

⁵⁴⁹ *Quiborax S.A., et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso ICSID No. ARB/06/2 (Decisión sobre la jurisdicción) (27 de septiembre de 2012). RLA-0041

⁵⁵⁰ *Id.* ¶ 255. Algunos tratados incluyen el requisito de la legalidad en una disposición concerniente al ámbito de aplicación en lugar de la definición de “inversión”, que también puede servir para limitar la jurisdicción del tribunal. *Ver Vestey Group Limited c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/06/4 (Laudo) (15 de abril de 2016), ¶ 202. CLA-307-A.

⁵⁵¹ *Ver Respuesta sobre Jurisdicción* ¶ 466 (haciendo referencia al Artículo 10.28 del TLC como que proporciona la definición pertinente).

de las leyes locales. Por lo tanto, al delinear los elementos que prevén la jurisdicción de este tribunal, el TLC no admite ninguna excepción jurisdiccional basada en el supuesto incumplimiento de las leyes del Estado anfitrión.

1034.El argumento de la Demandada al contrario no es respaldado por (e incompatible con) un análisis del TLC de conformidad con los principios de la CVDT.

1035. Este resultado no solo es requerido por el texto del TLC, que sirve como la fuente de la jurisdicción del tribunal y, por lo tanto, define su alcance; también refleja un consenso general entre los tribunales de que, en ausencia de dicho lenguaje, no existe un requisito jurisdiccional de que la inversión se haya realizado “de conformidad con la ley local”. Los comentaristas han confirmado que la opinión contraria adoptada por la Demandada es decididamente una posición minoritaria:

a falta de una redacción expresa que califique el alcance del consentimiento del Estado anfitrión[,] algunos tribunales han concluido que se puede encontrar un requisito de legalidad por inferencia, ya sea en el Convenio del CIADI o en un tratado de inversión. La mayoría de los tribunales, sin embargo, han rechazado cualquier lectura del Convenio del CIADI, al menos, que importaría un requisito jurisdiccional de legalidad por

implicación, pero admite que los Estados pueden *expresamente* condicionar el acceso a la protección del tratado de esta manera. ...

*La opinión predominante es que la redacción expresa ausente en el tratado de inversión aplicable, violación de la ley del Estado anfitrión, ya sea al inicio de una inversión o posteriormente, no es un asunto jurisdiccional. Más bien, es un asunto que puede, dependiendo de las circunstancias, conducir a la exclusión de las reclamaciones por inadmisibilidad, o presentar al Estado anfitrión una defensa posible contra alegaciones de incumplimiento del tratado.*⁵⁵²

1036. Por lo tanto, numerosos laudos respaldan la conclusión de que no existe un requisito jurisdiccional de que una inversión se realice de conformidad con las leyes del Estado anfitrión en ausencia de un lenguaje de tratado expreso a tal efecto. Por ejemplo, el tribunal en *Bear Creek Mining c. Perú* determinó que “según el derecho internacional, el Tribunal no puede importar un requisito que limite su jurisdicción cuando las partes no especifiquen ese límite. De hecho, las consideraciones

⁵⁵² Aloyisius Llamzon y Anthony Charles Sinclair, Irregularidades del inversionista en el arbitraje de inversiones: normas que rigen los problemas de corrupción, fraude y la mala conducta de otros inversionistas”, en Albert Jan Van den Berg (ed.), LEGITIMACIA: MITOS, REALIDADES, DESAFÍOS, ICCA Congress Series, Vol. 18, pp. 451, 498-99 (2015) (énfasis nuestro). CLA-352.

anteriores distinguen el [Tratado de Libre Comercio en cuestión] de los tratados aplicables en *Flughafen Zurich*, *Hamester*, *Inceysa*, y *Phoenix Action*, que expresamente exigían el cumplimiento de la ley del Estado anfitrión”.⁵⁵³

⁵⁵³ *Anatolie Stati, et al. c. República de Kazajstán*, SCC Arbitration V No. 116/2010 (Laudo) (19 de diciembre de 2013). CLA-165-A.

1037 Asimismo, en *Stati c. Kazakhstan*, el tribunal rechazó un intento de la Demandada de imponer un requisito jurisdiccional en el marco del Tratado sobre la Carta de la Energía que la inversión debe haber sido hecha de conformidad con la ley del Estado anfitrión:⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ *Bear Creek Mining Corp. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21 (Laudo) (30 de noviembre de 2017), ¶ 320. CLA- 171-A. El tribunal de *Bear Creek* también se basó en la existencia de una disposición de “formalidades especiales” en el TLC, similar al Artículo 10.14 del presente TLC, que fue incorporado expresamente en el Capítulo 12 por el Artículo 12.2 (a), que permitió a un Estado anfitrión adoptar medidas que prescriben formalidades especiales en relación con el establecimiento de inversiones cubiertas, como el requisito de que las inversiones estén legalmente constituidas bajo las leyes estatales del estado anfitrión. Para el tribunal, esta disposición proporciona mayor claridad [en ausencia de una limitación jurisdiccional], porque no solo no menciona dicho límite, sino que... establece que dicho límite se considera una *formalidad* que debería incluirse expresamente para que sea efectivo”. En *Bear Creek*, como en el caso actual, no hay evidencia de que se haya adoptado alguna formalidad que restrinja las inversiones cubiertas. *Id.* ¶ 320. El tribunal señaló además que “[p]ara las mismas razones que se discutieron anteriormente para la jurisdicción, una supuesta ilegalidad de la inversión no es suficiente para negar la admisibilidad...” *Id.* ¶ 335.

La Demandada también ha argumentado que las inversiones de los Demandantes fueron ilegales desde el principio o lo fueron en una etapa posterior. Primero, el Tribunal observa que el TCE no contiene ningún requisito al respecto. De hecho, si los Estados contratantes hubieran tenido la intención de que existiera tal requisito, podrían haberlo escrito en el texto del Tratado, como se explica en el caso CIADI de *Saba Fakes c. Turquía*. Esta consideración es aún más válida en vista de la definición extremadamente detallada de inversión y otros detalles regulados en el TCE. Al menos con respecto a la jurisdicción, el Tribunal no considera de dónde podría provenir ese requisito. Si ese aspecto también es relevante para los méritos del caso, tendrá que ser examinado más adelante en este Laudo.⁵⁵⁵

1038. Un argumento similar fue rechazado por el tribunal en *Liman Caspian Oil c. Kazajstán*.⁵⁵⁶ En ese caso, se alegó que la inversión de los demandantes (y finalmente fue encontrada por un tribunal local) había violado la ley de sociedades anónimas de Kazajstán, con

⁵⁵⁵ *Id.* ¶ 812.

⁵⁵⁶ *Liman Caspian Oil BV et al. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N. ° ARB / 07/14 (Extractos de laudo) (22 de junio de 2010). CLA-195-A.

el resultado de que la transacción de la inversión era anulable. El tribunal rechazó la impugnación de la Demandada a la jurisdicción *ratione materiae* bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía, por tal motivo, debido a una inversión anulable, sin embargo, era una “inversión” en el lenguaje del tratado:

Teniendo en cuenta las afirmaciones anteriores de las Partes, el Tribunal considera que *el alcance del consentimiento de la Demandada a la jurisdicción debe entenderse que se extiende también a aquellas inversiones respecto de las cuales la transacción subyacente se realizó en violación de la ley de Kazajastán y, por lo tanto, era anulable Dado que la transferencia de la Licencia [a los Demandantes] no fue inválida, sino solo anulable, la inversión de los Demandantes no queda fuera del alcance del consentimiento de la Demandada a la jurisdicción. Pero incluso en el caso de una inversión que finalmente viola la ley kazaja desde el principio se podría argumentar que todavía se ha realizado una inversión y, en consecuencia, una disputa sobre dicha inversión con respecto a una supuesta violación del ECT caería dentro de la jurisdicción de este Tribunal. En tal caso, la cuestión de la legalidad podría ser relevante para los méritos, pero*

no tendría un efecto excluyente a nivel de jurisdicción.⁵⁵⁷

1039. El lenguaje elegido por los Estados partes en el TLC para funcionar como sus disposiciones legales operativas debe tomarse en serio. Ciertamente, Colombia sabía cómo incluir restricciones “de conformidad con la ley” en sus tratados donde deseaba hacerlo. Estas restricciones están presentes, por ejemplo, en los tratados bilaterales de inversión de Colombia con China,⁵⁵⁸ España,⁵⁵⁹ y el Reino Unido.⁵⁶⁰ Sin embargo, Colombia no incluyó esa restricción en el TLC, tal vez porque los EE. UU. han seguido una práctica consistente de *no* incluir tales restricciones en sus capítulos de protección de inversiones de los TBI y los acuerdos comerciales.

⁵⁵⁷ *Id.* en ¶ 187 (énfasis añadido).

⁵⁵⁸ El tratado bilateral de inversión entre China y Colombia (entró en vigor el 2 de julio de 2013), Art. 1.1 (“El término inversión significa cada clase de activo económico que han invertido los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante *de conformidad con la ley de este último* incluyendo, en particular, pero no exclusivamente, lo siguiente: ...”) (se omite la nota al pie) (énfasis nuestro), CLA-316-A.

⁵⁵⁹ El tratado bilateral de inversión entre Colombia-España (entró en vigor el 22 de septiembre de 2007), Art. 1.2 (“Por *inversiones* se entiende todo tipo de activos de carácter económico que han sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante *de acuerdo con la legislación de esta última* incluidos en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes- ...”) (énfasis en negrita incluido), CLA-327-A.

⁵⁶⁰ Tratado Bilateral de Inversión Colombia-Reino Unido (entró en vigencia el 10 de octubre de 2014), Art. 1.2 (a) _ (“Inversión significa todo tipo de activo económico, poseído o controlado directa o indirectamente, por inversionistas de una Parte Contratante, *de conformidad con la ley de esta última*, incluido en particular, pero no exclusivamente, el siguiente ...”) (énfasis nuestro), CLA-328.

1040. La inclusión, o no, de una limitación de “conformidad con la ley” en un tratado de protección de inversiones refleja una elección de política por parte de los Estados partes contratantes. Como explicó el tribunal en *Desert Line c. Yemén*, al analizar un alcance aún más limitado de la cobertura de inversión,

Algunos Estados firman TBI sin tener en cuenta la identificación *ex ante* de los inversionistas que pueden estar cubiertos por el tratado en cuestión. Esta opción garantiza una cobertura más amplia, y puede considerarse que maximiza la estimulación de los flujos de inversión entre los dos países. Otros requieren que los inversionistas que deseen protegerse se identifiquen, en el sentido de que solo las inversiones específicamente aprobadas darán lugar a beneficios en virtud del tratado pertinente. Este es un enfoque diferente, pero también tiene un fundamento político legítimo, en el sentido de que los gobiernos de dichos Estados evidentemente desean ejercer un control cualitativo sobre los tipos de inversiones que de hecho se deben promover y proteger.⁵⁶¹

⁵⁶¹ *Desert Line Proyectos LLC c. República de Yemén*, Caso CIADI No. ARB / 05/17 (Laudo) (6 de febrero de 2008), ¶ 108. CLA- 180-D.

1041. Aquí, la elección de política realizada por los Estados partes no era imponer una limitación a las inversiones cubiertas, una opción que brindaba a los inversionistas una cobertura más amplia y era más probable que estimulara los flujos de inversión entre los dos países.

1042. Colombia y los Estados Unidos hicieron esfuerzos considerables para negociar el TLC muy detalladamente. La estructura misma y la articulación del TLC son testimonios de esos esfuerzos. Las Partes contratantes no insertaron ningún requisito de “conformidad” por un motivo. El cumplimiento de las restricciones técnicas de la legislación nacional es una de las principales fuentes de preocupación para los inversionistas extranjeros. El cumplimiento de normas desconocidas de derecho interno crea un nivel adicional de inseguridad e imprevisibilidad que invariablemente afecta negativamente la decisión de invertir en un país extranjero.

1043. La inutilidad e irrelevancia de la disposición de derecho interno invocada por Colombia se demuestra por el hecho de que (i) el incumplimiento de esa disposición implicaba simplemente la aplicación de una multa y no resultó en la ilegalidad de la inversión y (ii) Colombia finalmente derogó esa disposición en 2017.

1044. Por lo tanto, como nada en el TLC apoya la creación de una excepción a la jurisdicción del tribunal por supuesta falta de cumplimiento de los requisitos

legales locales, la objeción de la Demandada a la jurisdicción *ratione materiae* debe ser desestimada.

- b. No existe un principio de derecho internacional público que limite la jurisdicción del Tribunal a inversiones en conformidad con las disposiciones de derecho interno**

1045. La Demandada es consciente de que el TLC no contiene ningún requisito de conformidad. Por lo tanto, intenta promover su defensa *ratione materiae* a través de declaraciones apodícticas y referencias a jurisprudencia irrelevante. En particular, la Demandada afirma que [e]stá bien establecido por la ley de inversiones que, cuando un tratado requiere inversiones para estar de acuerdo con la ley del Estado anfitrión, las inversiones que no están en conformidad con dichas leyes no están protegidas por un tratado”.⁵⁶²

1046. Por “ley de inversión”, la Demandada se refiere presumiblemente al derecho internacional que protege las inversiones extranjeras.

1047. El derecho internacional se compone de costumbres y tratados. El derecho internacional consuetudinario es la colección de principios fundamentales del derecho compartidos por la gran mayoría de los Estados que, debido a su aceptación generalizada y su observancia de larga data, pueden

⁵⁶²

Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción, ¶ 471.

considerarse válidamente como principios fundamentales vinculantes del derecho internacional público.

1048. Esos principios fundamentales van al núcleo de la moral y los derechos internacionales. Protegen principalmente los derechos humanos y los principios genuinos del derecho como el *pacta sunt servanda*, *bona fide* y sus ramificaciones, la ilegalidad del soborno y la corrupción, y así sucesivamente. Esos principios fundamentales a veces también se denominan políticas públicas internacionales.

1049. Las disposiciones de la legislación nacional que requieren el registro de la inversión extranjera, como era de esperar, no hacen esa lista muy limitada de principios. Como resultado, cualquier requisito de conformidad que afecte la protección de las inversiones extranjeras en virtud del derecho internacional debe ser el producto expreso del tratado.

1050. Como era de esperar, por lo tanto, los casos en los que se basa la Demandada para avanzar en su defensa *ratione materiae* confirman que la conformidad con los requisitos de la legislación nacional es el producto del tratado.

1051. En apoyo de su argumento de que el cumplimiento de las reglamentaciones nacionales es un principio de “derecho de inversiones”, la Demandada se refiere, en una nota al pie, a varios casos. Incluso una breve revisión de esos casos sirve para demostrar que no respaldan los argumentos de la Demandada.

1052. El primer caso, *Fraport c. Filipinas*,⁵⁶³ fue presentado por un inversionista alemán bajo los auspicios del TBI Alemania-Filipinas.

El artículo 1 de ese TBI contenía la siguiente definición de inversión:

1053. A los fines del presente Acuerdo:

1. el término 'inversión' significará cualquier tipo de activo aceptado de acuerdo con las leyes y reglamentos respectivos de cualquiera de los Estados Contratantes, y más particularmente, aunque no exclusivamente: (a) bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales, como hipotecas, gravámenes, promesas, usufructos y derechos similares;

(b) acciones y obligaciones de compañías o intereses en la propiedad de dichas compañías; (c) reclamaciones de dinero utilizado con el fin de crear un valor económico o cualquier desempeño que tenga un valor económico;

1054. Contrariamente a la sugerencia de la Demandada, el caso se centró en el alcance y la aplicación de una disposición específica de un tratado en lugar de un

⁵⁶³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI N. ° ARB / 03/25 (Laudó), (16 de agosto de 2007), RLA-0040.

principio de “derecho de inversiones” o un principio de derecho internacional. El TBI Alemania-Filipinas contenía una disposición expresa que requería la aceptación de inversiones extranjeras de conformidad con las respectivas leyes y reglamentos de los Estados contratantes. No existe tal disposición en el TLC.

1055.El segundo caso invocado por la Demandada es *Inceysa c. El Salvador*.⁵⁶⁴*Inceysa* se refería al tratado bilateral de inversión entre España y El Salvador. Significativamente, antes de la entrada en vigor de ese TBI, los Estados contratantes habían intercambiado notas para asegurarse de que, para estar cubiertos por el TBI, las inversiones extranjeras deben cumplir con la legislación nacional del Estado anfitrión.

1056. El Tribunal Arbitral registró ese intercambio de la siguiente manera:

192. [...] En una de estas comunicaciones, El Salvador hizo ciertas observaciones a España sobre el borrador de texto del Acuerdo. Transcribimos a continuación una parte de esta carta:

[...] II.- Agregar al final del subpárrafo 5 sobre la designación de 'inversiones', en el párrafo 2 del Artículo 1, el siguiente lenguaje: ‘... de conformidad con la

⁵⁶⁴ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI N. ° ARB / 03/26 (Laudo) (2 de agosto de 2006), RLA- 0076.

legislación vigente en cada una de las Partes contratantes.'

193. La cita anterior indica claramente que El Salvador tenía, desde el comienzo de las negociaciones, la intención de limitar la protección del Acuerdo que estaba a punto de firmar solo a las inversiones realizadas de conformidad con sus leyes. Además, está claro que, mediante dicha comunicación, El Salvador trató de incluir esta limitación a su consentimiento en la definición de 'inversión'.

1057. Como también registró el Tribunal en *Inceysa*, España respondió a la solicitud de El Salvador de la siguiente manera:

194. [...] Párrafo 2- La finalidad del Artículo 1 es definir los conceptos que aparecerán en los restantes artículos del Acuerdo en los que se concretarán las condiciones y tratamiento a otorgar a las Inversiones. Consideramos que la referencia al requisito de que las inversiones deben realizarse de acuerdo con la legislación interna de cada una de las Partes Contratantes está más estrechamente relacionada con el proceso de admisión de la Inversión. Por lo tanto, el Artículo II, titulado "Promoción y

Admisión”, tiene una sección que indica expresamente que cada Parte Contratante admitirá las Inversiones de acuerdo con sus disposiciones legales. Por lo tanto, es una condición necesaria para que una inversión pueda beneficiarse.

1058. Ese entendimiento se reflejó en el Artículo 2 del TBI España-El Salvador donde se acordó que:

Promoción y admisión

1. Cada Parte Contratante promociona la realización de inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante y admite estas inversiones conforme a sus disposiciones legales.

1059. El Tribunal Arbitral determinó que Inceysa había cometido graves violaciones de las disposiciones legales obligatorias. El Tribunal resumió esas infracciones de la siguiente manera:

236. [...] (i) La presentación de información financiera falsa por Inceysa como parte de la oferta realizada para participar en la licitación; (ii) representaciones falsas durante el proceso de licitación, en relación con la experiencia y la capacidad necesarias para cumplir con los términos del Contrato, particularmente en relación con su supuesto socio estratégico; (iii) la

falsedad de los documentos por los cuales Inceysa intentó demostrar la profesionalidad del Sr. Antonio Felipe Martínez Lavado, en cuya carrera basó en gran medida su supuesta aptitud para desempeñar las funciones que se le confiaron al ganar la licitación; y (iv) el hecho de que había ocultado la relación existente entre Inceysa e ICASUR, en clara violación de uno de los pilares fundamentales de las bases de licitación.

1060. El Tribunal consideró que las transgresiones antes mencionadas cometidas por Inceysa representaron violaciones de las reglas fundamentales de la licitación que hizo posible que Inceysa hiciera la inversión que generó la presente diferencia. El Tribunal concluyó lo siguiente:

239. Al falsear los hechos, Inceysa violó el principio de buena fe desde el momento en que hizo su inversión y, por lo tanto, no la hizo de acuerdo con la ley salvadoreña [...].

1061. En resumen, en *Inceysa* el Tribunal aplicó un requisito expreso de cumplimiento de la legislación local en virtud del TBI España-El Salvador. Además, como lo señaló el Tribunal en ese caso, el inversionista había cometido infracciones graves al presentar declaraciones y documentos falsos.

1062. Una situación similar ocurrió en *Salini c. Marruecos*.⁵⁶⁵ En ese caso, el TBI suscrito por Italia y Marruecos especificó la necesidad de inversiones para cumplir con las leyes y reglamentos del Estado anfitrión. La decisión del tribunal sobre jurisdicción hace referencia expresa al artículo 1 del TBI de Italia y Marruecos, que establece (en traducción al inglés) lo siguiente:

De conformidad con el presente Acuerdo,

I. El término “inversión” designa todas las categorías de activos invertidos, después de la entrada en vigor del presente acuerdo, por una persona física o jurídica, incluido el Gobierno de una Parte Contratante, en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y reglamentos de la parte mencionada. En particular, pero de ninguna manera exclusivamente, el término “inversión” incluye:

a) bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho de propiedad como hipotecas, privilegios, promesas, usufructos, relacionados con la inversión;

⁵⁶⁵ *Salini Costruttori S.p.A. c. y Italstrade SpA c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI N. ° ARB / 00/4 (Decisión sobre jurisdicción), (31 de julio de 2001), RLA-0083.

b) acciones, valores y bonos u otros derechos o intereses y valores del Estado o entidades públicas;

c) deudas capitalizadas, incluidos los ingresos reinvertidos, así como los derechos a cualquier beneficio contractual que tenga un valor económico;

d) derechos de autor, marca registrada, patentes, métodos técnicos y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, know-how, secretos comerciales, marcas comerciales y buena voluntad;

e) cualquier derecho de naturaleza económica conferido por ley o por contrato, y cualquier licencia o concesión otorgada de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes, incluido el derecho de prospección, extracción y explotación de recursos naturales;

f) capital y aportes adicionales de capital utilizados para el mantenimiento y/o la acumulación de la inversión;

g) los elementos mencionados en (c), (d) y (e) anteriores deben ser objeto de contratos aprobados por la autoridad competente ...

1063. El TBI entre Italia y Marruecos no solo indicó expresamente que las inversiones deberían realizarse de conformidad con la legislación interna del Estado anfitrión, sino que, con respecto a ciertas categorías de inversiones, el TBI también requirió la aprobación expresa de las autoridades competentes.

1064. En *Salini*, las inversiones de los demandantes se clasificaron en las categorías c) y e) de la definición de inversión. Como tal, de conformidad con las disposiciones de la disposición del tratado antes mencionada, las inversiones tenían que ser “aprobadas por la autoridad competente”. No hubo tal aprobación expresa. Sin embargo, el Tribunal determinó que se podía inferir la aprobación. El Tribunal observó:

48. El Tribunal considera que el contrato en cuestión fue efectivamente objeto de una autorización de la autoridad competente por los siguientes motivos:

La asignación del contrato a las empresas italianas se realizó de conformidad con las normas y el procedimiento establecidos por el Presidente de ADM, en virtud de los poderes que le confiere el Consejo de Administración de esta empresa. Como se mencionó anteriormente, no se ha alegado ninguna infracción de las leyes y reglamentos del Reino de Marruecos con respecto a esta fase. El Tribunal señala, sin tener que determinar si ADM era o no

una mera entidad del Estado marroquí, que, en su calidad de licenciante, el Ministerio de Infraestructura aprobó la celebración de contratos de contratación pública por parte de ADM de conformidad con el procedimiento obligatorio, que no se alegó haber sido violado.

Las diferentes etapas que condujeron a la firma del contrato de construcción involucraron varias intervenciones de las autoridades interesadas. Por lo tanto, la invitación a licitar fue presentada por el Ministro de Infraestructura y Capacitación Profesional y Ejecutiva, Presidente de ADM; la presentación de la oferta se realizó al Director Ejecutivo de ADM; la evaluación y adjudicación de esta oferta fue realizada por una comisión presidida por el Director Ejecutivo de ADM y compuesta por varios órganos públicos; y, por último, fue el Director Ejecutivo de ADM, como Propietario, quien firmó el contrato de construcción para el proyecto en cuestión.

1065. La conclusión del Tribunal Arbitral en *Salini* es importante por varias razones. Primero, confirma que un requisito de conformidad (i) debe ser acordado por los Estados contratantes y (ii) debe indicarse expresamente en el TBI pertinente. En segundo lugar, sugiere que el Estado anfitrión no puede basarse

en meras formalidades cuando otras circunstancias muestran que el Estado anfitrión estaba al tanto de la inversión o de lo contrario la había aceptado.

1066. Ninguna de estas autoridades, entonces, apoya algún principio general de “derecho de inversión” o de derecho internacional que proteja las inversiones extranjeras que impondrían una restricción de conformidad con la ley local en la jurisdicción del tribunal en ausencia de un lenguaje de tratado expreso o un acuerdo expreso entre los Estados contratantes.

1067. Tampoco hay ninguna base para utilizar los principios del derecho internacional para “interpretar” en un tratado un requisito jurisdiccional que no haya sido específicamente acordado por el Estado contratante. Como explicó el profesor Zachary Douglas:

La interpretación de los tratados de inversión en el contexto del derecho internacional general no sería, en sí misma, incorrecta...

Sin embargo, dado que todos los tratados de inversión regulan expresamente la existencia y el alcance de la jurisdicción internacional del tribunal, el recurso a los principios generales debe encajar dentro del espacio interpretativo capturado por los términos de las disposiciones pertinentes del tratado. Dicho recurso, en otras palabras, debe ser coherente con los principios de interpretación de los tratados en los artículos 31 y 32 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Según el Artículo 31 (1), un ‘tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en el contexto y a la luz de su objeto y propósito’. Esto no le otorga al tribunal una licencia para remodelar una disposición expresa del tratado, de modo que sirva mejor al principio de buena fe en la estimación del tribunal. Como se destaca en Gardiner, ‘el término ‘de buena fe’ indica cómo se va a realizar la tarea de interpretación ... [B]uena fe no tiene una función completamente independiente.

...

Los principios generales del derecho internacional ciertamente pueden iluminar la elección entre interpretaciones competitivas de una disposición de un tratado, pero no pueden proporcionar una base independiente para limitar la jurisdicción de un tribunal internacional a través de la interpretación de las disposiciones expresas de los tratados que establecen esa jurisdicción. Principios del derecho internacional, como la buena fe y *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* no son principios cuya importancia en relación a la jurisdicción de un tribunal internacional

es tan notable que no requieren el reconocimiento expreso en el texto⁵⁶⁶ del tratado.

- c. La posición de la Demandada de que se aplica un requisito de conformidad incluso en ausencia de un tratado expreso en el lenguaje es infundada

1068. La Demandada se basa en varios casos para la proposición expresa de que un requisito de conformidad se aplica independientemente de si está realmente incluido en el tratado internacional pertinente.⁵⁶⁷ Ninguno de estos casos apoya la objeción de *ratione materiae* de la Demandada, tampoco.

1069. En *Hamester c. Ghana*,⁵⁶⁸ una de las principales objeciones jurisdiccionales se basó en serias acusaciones de que desde el principio la inversión se había planeado mediante fraude e incumplimiento de los deberes fiduciarios y, por lo tanto, violaba la ley de Ghana. El Tribunal describió la defensa de la siguiente manera:

96. Como se acaba de decir, la Demandada se opone a la jurisdicción de este Tribunal sobre la base de que no hubo “inversión” en este caso de conformidad con la ley de

⁵⁶⁶ Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, 29 ICSID Revisión No. ¶ en 155, 169-70 (2014). CLA-373.

⁵⁶⁷ Respuesta de la Demandada sobre Jurisdicción, 471 n. 1013.

⁵⁶⁸ *Gustav FW Hamester GmbH & Co. KG c. República de Ghana*, Caso CIADI N. ° ARB / 07/24 (Laudo) (18 de junio de 2010). RLA-0036.

Ghana, a los efectos del Artículo 10 del TBI, porque la inversión estaba contaminada con un fraude sustancial, tanto en su iniciación como en su desempeño a lo largo de los años.

1070. El Artículo 10 del TBI Alemania Ghana contenía un *requisito expreso de cumplimiento* de la legislación del Estado anfitrión. Señalaba que el Tratado también debería aplicarse a las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del Tratado por nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con la legislación de esta última.

1071. Antes de abordar las alegaciones de ilegalidad de la inversión realizada por Ghana, el tribunal *Hamester* aclaró el ámbito de aplicación y el alcance de la disposición que aborda el cumplimiento de la legislación nacional.

127. El Tribunal considera que debe establecerse una distinción entre (1) la legalidad como en el *inicio* de la inversión (“hecho”) y (2) la legalidad *durante el desempeño* de la inversión. El Artículo 10 regula el ámbito de aplicación del TBI, pero condiciona esto solo por referencia a la legalidad al inicio de la inversión. Por lo tanto, solo esta cuestión afecta a esta jurisdicción del Tribunal. La legalidad en la vida posterior o el rendimiento de la

inversión no se aborda en el Artículo 10. De ello se deduce que esto no tiene relación con el ámbito de aplicación del TBI (y, por lo tanto, esta jurisdicción del Tribunal), aunque puede ser relevante en el contexto de los méritos sustantivos de un reclamo presentado bajo el TBI.

1072. La conclusión del tribunal muestra que no existe un requisito general de conformidad y que, cuando los Estados contratantes negocian una de esas disposiciones, esa disposición debe hacerse cumplir dentro de los límites prescritos acordados por los Estados contratantes. Por lo tanto, incluso cuando los Estados contratantes hayan acordado insertar una cláusula de conformidad en el texto del tratado, esa disposición no tiene aplicación general. ⁵⁶⁹

1073. La Demandada también basa su argumento a favor de un requisito jurisdiccional implícito de cumplimiento de la ley del Estado anfitrión en el

⁵⁶⁹ Además, el tribunal *Hamester* consideró que una regla de “conformidad”, si corresponde, debería aplicarse con flexibilidad.

138. Las prácticas de *Hamester* podrían no estar en línea con lo que podría llamarse “*Tethique des affaires*” pero, en opinión del Tribunal, no equivalen, en las circunstancias del caso, a un fraude que afectaría la competencia del Tribunal. El Tribunal considera que el exceso de declaración de facturas es un problema relacionado con el equilibrio de las acciones entre las dos partes, en lugar de la existencia misma del contrato o la inversión. Dichos elementos habrían sido tomados en consideración por el Tribunal al discutir los méritos, si hubiera encontrado que alguna compensación se adeudaba a *Hamester*.

siguiente pasaje del laudo en *Phoenix Action c. República Checa*⁵⁷⁰

En opinión del Tribunal, no se puede considerar que los Estados ofrecen acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI a las inversiones realizadas en violación de sus leyes [E]s la opinión del Tribunal de que esta condición, la conformidad del establecimiento de la inversión con las leyes nacionales — está implícito incluso cuando no se establece expresamente en el TBI pertinente.

⁵⁷⁰ **Phoenix Action Ltd. c. Republica Checa, Caso CIADI No. ARB/06/05 (Laudo) (15 de abril de 2009), CLA-0061.**

1074. La referencia de la Demandada a *Phoenix Action* es notable por tres razones.⁵⁷¹

1075. Primero, el pasaje citado por la Demandada es reveladoramente selectivo e incompleto. Todo el párrafo dice lo siguiente:

101 En opinión del Tribunal , no se puede considerar que los Estados ofrecen acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI a las inversiones realizadas en violación de sus leyes. Si un Estado, por ejemplo, restringe la inversión extranjera en un sector de su economía y un inversionista extranjero ignora dicha restricción, la inversión en cuestión no puede protegerse bajo el sistema CIADI/TBI. Estas son inversiones ilegales de acuerdo con la ley nacional del Estado anfitrión y no pueden protegerse mediante un proceso arbitral del CIADI. Y es la opinión del Tribunal que esta condición —la conformidad del establecimiento de la inversión con las leyes nacionales—, está implícita incluso cuando no se establece expresamente en el TBI pertinente. Esta posición del

⁵⁷¹ Además, *Phoenix Action*, como *Hamester*, ha sido objeto de críticas por la insuficiencia de su razonamiento para apoyar la proposición de que la ilegalidad excluye la jurisdicción incluso en ausencia de una disposición de tratado expreso. Ver Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration* , 29 ICSID Review No. ¶ en 155, 170-71, 176-77 (2014). CLA-61.

Tribunal también se adoptó en el caso de Plama, donde el Tribunal se enfrentó al silencio del tratado pertinente sobre la conformidad necesaria de una inversión protegida con las leyes del país anfitrión. Esto no le impidió considerar que esta condición tenía que estar implícita:

“A diferencia de una serie de tratados bilaterales de inversión, el ECT [Tratado de la Carta de la Energía] no contiene una disposición que exija la conformidad de la inversión con una ley en particular. Sin embargo, esto no significa que las protecciones previstas por el TCE cubran todo tipo de inversiones, incluidas aquellas contrarias al derecho nacional o internacional... El Tribunal Arbitral concluye que las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a inversiones que se hacen contrarias a la ley.

En cualquier caso, el Tribunal observa que dicho requisito se establece expresamente en el TBI de Israel / República Checa.

1076. En segundo lugar, el pasaje citado por la Demandada es un *obiter dictum*. Como lo indicó el Tribunal en la oración final del párrafo, la Demandada omitió cuidadosamente: “En cualquier caso, el Tribunal

observa que dicho requisito está expresamente establecido en el TBI Israel / República Checa“.

1077. De hecho, el Artículo I del TBI de la República Checa - Israel estipuló que:

A los efectos del presente Acuerdo:

1. El término “inversiones” comprenderá cualquier tipo de activos invertidos en relación con actividades económicas por un inversionista o una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de esta última incluirá [...].

(Énfasis añadido.)

1078. Tercero, el tribunal parece hacer un argumento doble. El tribunal indicó que (a) los requisitos de conformidad, donde existan, deben ser respetados, y (b) el derecho internacional y el derecho interno deben ser tomados en cuenta en cualquier caso para prevenir acciones abusivas bajo el sistema del CIADI.

1079. Significativamente, estos dos conjuntos de disposiciones son diferentes. La categoría (a) incluye las disposiciones de derecho interno identificadas por las partes en una cláusula de conformidad del tratado (que, por supuesto, no existe en el TLC). Por el contrario, la categoría (b) implica solamente los principios básicos de la legislación nacional e internacional, el aumento del nivel de orden público u *ordre public* - no todas las reglas

o regulaciones impuestas por el Estado anfitrión. Estos dos principios diferentes se abordan en las partes V.C.1 y V.C.2, respectivamente, del laudo.

1080. Esta lectura es confirmada por dos pasajes en el laudo *Phoenix Action*. El primero trata sobre el punto mismo de que los procedimientos del CIADI no pueden leerse de manera aislada de los principios generales del derecho:

78. Es evidente para el Tribunal que lo mismo ocurre en el derecho internacional de inversiones y que los requisitos jurisdiccionales de la Convención de CIADI, así como los del TBI, no pueden leerse e interpretarse aisladamente del derecho internacional público y sus principios generales. Para dar un ejemplo extremo, nadie sugeriría que se otorgue protección del CIADI a las inversiones realizadas en violación de las normas más fundamentales de protección de los derechos humanos, como las inversiones realizadas en busca de tortura o genocidio o en apoyo de la esclavitud o el tráfico de órganos humanos.

1081. Aquí, el tribunal tiene claro el hecho de que solo los principios generales del derecho se aplicarán a los tratados independientemente de un acuerdo específico para incorporarlos en el acuerdo de los Estados contratantes. El Tribunal mencionó “la mayoría de las

reglas fundamentales de la protección de los derechos humanos.” No mencionó las leyes o reglamentos de derecho interno. Ese pasaje debe tenerse en cuenta para comprender plenamente la sugerencia del tribunal, en *obiter dicta*, de que ciertas normas de derecho internacional y derecho interno se aplicarían a la definición de inversiones protegidas independientemente de cualquier referencia a ese efecto en el tratado rector.

1082. Este punto es corroborado por el segundo pasaje del *laudo Phoenix Action*, donde el Tribunal identifica las preocupaciones que justifican la aplicación de ciertas disposiciones del derecho internacional y el derecho interno, además de las incorporadas expresamente por acuerdo de los Estados contratantes.

113. En el presente caso, no está en juego la violación de un principio nacional de buena fe o de una política pública internacional relacionada con la corrupción o la conducta engañosa. El Tribunal está preocupado aquí por el principio internacional de buena fe aplicado al mecanismo de arbitraje internacional del CIADI. El Tribunal tiene que evitar un abuso del sistema de protección de la inversión internacional en virtud del Convenio del CIADI, para garantizar que solo las inversiones que se realicen de conformidad con el principio internacional de buena fe y no intenten abusar del sistema estén protegidas.

(Énfasis añadido.)

1083. La misión del Tribunal era clara y así era el de ámbito de aplicación real y el alcance de sus conclusiones. Según el Tribunal, lo que estaba en juego era garantizar que solo se ofreciera protección a las inversiones que se realicen de conformidad con el principio internacional de buena fe.

1084. La Demandada también se basa en *Plama c. Bulgaria*⁵⁷² para apoyar su argumento a favor de un requisito tácito jurisdiccional de cumplimiento de la ley del Estado anfitrión. En ese caso, la cuestión era si las tergiversaciones concertadas con respecto a los beneficiarios reales de la inversión equivalían a una violación del derecho internacional y del derecho búlgaro.

1085. En *Plama*, el demandante había iniciado un proceso por la presunta violación del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE). El tribunal determinó que el demandante había cometido un fraude:

135. La inversión en Nova Plama fue, por lo tanto, el resultado de un ocultamiento deliberado por fraude, calculado para inducir a las autoridades búlgaras a autorizar la transferencia de acciones a una entidad que no tenía las capacidades financieras y de gestión necesarias para reanudar el funcionamiento de la

⁵⁷² *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB / 03/24 (Laudo) (27 de agosto 2008), RLA-0037.

refinería. Si bien el Tribunal de Arbitraje considera que esta situación no involucra la disposición del “hombre de paja” establecida en la Ley de Privatización de Bulgaria, el Tribunal considera que este comportamiento es contrario a otras disposiciones de la legislación de Bulgaria y del derecho internacional y que, por lo tanto, impide la aplicación de las protecciones del TCE.

1086. El factor decisivo para que el tribunal dictara que la inversión era ilegal y por lo tanto fuera del alcance del TCE, fue la evidencia de que el fraude del inversionista era contrario a los principios generales del derecho internacional y el derecho búlgaro a pesar de que la atención se centró en el derecho internacional. El Tribunal observó:

138. A diferencia de varios tratados bilaterales de inversión, el TCE no contiene una disposición que exija la conformidad de la inversión con una ley particular. Sin embargo, esto no significa que las protecciones previstas por el TCE cubran todo tipo de inversiones, incluidas aquellas contrarias al derecho nacional o internacional. Como se ha señalado por la declaración del Presidente en la sesión de aprobación del TCE el 17 de diciembre de 1994:

[...] el Tratado se aplicará e interpretará de acuerdo con las reglas y principios de la observancia, aplicación e interpretación de los tratados generalmente reconocidos como se refleja en la Parte III de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 25 de mayo de 1969. [...] El Tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el sentido corriente que se le dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y fin.

139. De conformidad con la nota introductoria al TCE *fejl objetivo fundamental del Tratado sobre la Carta de la Energía es fortalecer el estado de derecho en materia de energía [...]*. En consecuencia, el TCE debe interpretarse de manera coherente con el objetivo de fomentar el respeto del estado de derecho. El Tribunal Arbitral concluye que las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a las inversiones que se hacen contrarias a la ley.

140. El Tribunal considera que la inversión en este caso viola no solo la ley búlgara, como se señaló anteriormente, sino también las “reglas y principios aplicables del derecho internacional”, de conformidad con el Artículo 26 (6) del TCE que establece que “[a] el tribunal establecido en virtud del párrafo 4) decidirá las cuestiones en disputa de conformidad con el presente Tratado y las normas y principios de derecho internacional aplicables”. Para identificar estas reglas y principios aplicables, el Tribunal Arbitral encuentra una guía útil en las decisiones tomadas en otros arbitrajes de inversión citados por la Demandada.

1087. Del razonamiento del Tribunal resulta claro que, además de los principios generales del derecho internacional, la ilegalidad de una inversión puede determinarse por una violación de los principios fundamentales del derecho interno y no por una violación de cualquier disposición del derecho interno.

1088. Esto se confirma por el hecho de que el Tribunal en *Plama* corroboró sus conclusiones con referencia al caso de *Inceysa y World Duty Free of Kenya*⁵⁷³ explicando que en ambos casos los Tribunales

⁵⁷³ *World Duty Free Company Limited c. La República de Kenia*, Caso CIADI No. Arb. 00/7, (Laudo) (4 de octubre de 2006). CLA-310-A.

respectivos habían encontrado una violación de los principios fundamentales del derecho.

1089. Con respecto a *Inceysa*, el tribunal explicó:

141. En *Inceysa c. El Salvador*, un caso en el que el inversionista adquirió un contrato de concesión para servicios de inspección de vehículos en El Salvador por fraude en el proceso de licitación pública, el tribunal determinó que la inversión violaba los siguientes principios generales de ley: (i) el principio de buena fe definido como la “ausencia de engaño y artificio durante la negociación y ejecución de los instrumentos que dieron lugar a la inversión” y (ii) el principio de *nemo auditur pro priam turpitudinem allegans* - que nadie puede beneficiarse de su propio error, entendido como la prohibición de que un inversionista “se beneficie de una inversión efectuada mediante uno o varios actos ilegales”. Además, el tribunal determinó que reconocer la existencia de derechos derivados de actos ilegales violaría el “respeto a la ley”, que es un principio de política pública internacional.

1090. En relación con *World Duty Free of Kenya*, el tribunal señaló:

142 La noción de política pública internacional también fue invocada por un laudo en el caso de *World Duty Free c. Kenya*. En este caso, el inversionista había obtenido un contrato pagando un soborno al presidente de Kenia. Según el tribunal, el término “política pública internacional” fue interpretado para significar “un *consenso internacional en cuanto a estándares universales y normas de conducta aceptadas que deben aplicarse en todos los foros*”. En consecuencia, el tribunal encontró que “*reclamaciones basadas en contratos de corrupción o contratos obtenidos por la corrupción no pueden ser acogidas por este Tribunal Arbitral* “. El tribunal concluyó además que “*en lo que respecta a las políticas públicas, tanto bajo la ley inglesa como keniana [...], la Demandante no tiene derecho legal a mantener ninguna de sus reclamaciones alegadas en este procedimiento ex turpi causa non oritur* . Como se explica en el laudo, la defensa *ex turpi causa* se basa en un principio de política pública de que los tribunales no ayudarán a un demandante

que haya sido culpable de conducta ilegal (o inmoral).

(énfasis en el original).

1091. Significativamente, la decisión en *Plama* no fue una conclusión que declinara encontrar jurisdicción *ratione materiae*, sino más bien una decisión sobre el fondo que determina que el reclamante no tenía derecho a las protecciones del tratado.⁵⁷⁴ Esto ha sido sucintamente analizado por el Prof. Zachary Douglas:

El Tribunal en *Plama Consortium c. República de Bulgaria* trazó [en su decisión sobre la jurisdicción de 8 de febrero de 2005] las consecuencias lógicas de la manera en que un acuerdo de arbitraje llega a la existencia para arbitraje de tratados de inversión, mientras considera un alegato de ilegalidad. La ilegalidad afirmada por la Demandada fue que la aprobación de las autoridades de privatización de Bulgaria, que era una condición suspensiva para la adquisición de la inversión (acciones en una compañía de refinería de petróleo), había sido obtenida por tergiversación fraudulenta. El Tribunal sostuvo:

⁵⁷⁴ *Plama* (Laudo) ¶ 139 (concluyendo que “las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a inversiones que se hacen contrarias a la ley”), RLA-0037.

Los cargos de la Demandada de falsedad no se dirigen específicamente al acuerdo de las partes para arbitrar en el Artículo 26 [del Tratado sobre la Carta de la Energía (TCE)]. La supuesta tergiversación se relaciona con la transacción que involucra la venta de las acciones de Nova Plama por parte de EEH a PCL y la aprobación de la misma dada por Bulgaria en el Acuerdo de Privatización y en otros lugares. No es en estos documentos donde se encuentra el acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje de Bulgaria se encuentra en el TCE, un tratado multilateral, un documento completamente separado. La Demandada no ha alegado que la supuesta tergiversación del Demandante anuló el TCE o su consentimiento para arbitrar contenido en el TCE. Por lo tanto, no solo las disposiciones de solución de diferencias del TCE, incluido el Artículo 26, son autónomas y separables de la Parte III de ese Tratado, sino que son independientes de toda la transacción de Nova Plama; entonces, incluso si el acuerdo de las partes con respecto a la compra de Nova Plama es posiblemente inválido debido a la tergiversación del Demandante, el acuerdo de arbitraje sigue siendo efectivo, [¶130.]

El Tribunal resolvió escuchar la acusación de tergiversación fraudulenta sobre el fondo. Después de una audiencia completa de todas las pruebas, el Tribunal pudo concluir que el caso de la Demandada de tergiversación fraudulenta había sido probado.

La consecuencia no fue, por supuesto, el vicio retroactivo de la jurisdicción del Tribunal sino el rechazo de las reclamaciones del Demandante sobre la base de que su inversión ilegal no estaría protegida por las obligaciones sustantivas del Tratado sobre la Carta de la Energía.

⁵⁷⁵

1092. Finalmente, la Demandada también se basa, en una nota al pie, en el laudo de *SAUR c. Argentina*.⁵⁷⁶ *SAUR* fue un caso en el que el tribunal arbitral determinó que no existía un requisito expreso de cumplimiento de la legislación interna.

1093. Las conclusiones del tribunal de SAUR están en línea con la lectura sugerida de los

⁵⁷⁵ Zachary Douglas, *The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration*, 29 ICSID Revisión No. ¶ en 155, 161-62 (2014). CLA-373.

⁵⁷⁶ *SAUR International SA c. República Argentina*, Caso CIADI N. ° ARB / 04/4 (Decisión sobre jurisdicción y responsabilidad) (6 de junio de 2012), CLA-249-A.

Demandantes de los casos citados por la Demandada. El tribunal declaró que, con el fin de afectar la capacidad de un inversionista que confiar en la protección de un TBI, tiene que haber habido una violación grave del sistema judicial. El pasaje relevante en la versión francesa del laudo dice lo siguiente:

308. Cependant, le Tribunal coïncide également en partie avec l'argumentation avancée par la République argentine. Il entend que la finalité du système d'arbitrage d'investissement consiste à protéger uniquement les investissements licites et bona fide. Le fait que l'APRI entre la France et l'Argentine mentionne ou non l'exigence que l'investisseur agisse conformément à la législation interne ne constitue pas un facteur pertinent. La condition de ne pas commettre de violation grave de l'ordre juridique est une condition tacite, propre à tout APRI, car en tout état de cause, il est incompréhensible qu'un État offre le bénéfice de la protection par un arbitrage d'investissement si l'investisseur, pour obtenir cette protection, a agit à l'encontre du droit.

(Énfasis añadido).⁵⁷⁷

⁵⁷⁷ La versión en idioma español dice lo siguiente:

308. Sin embargo, el Tribunal también coincide en parte con la argumentación esgrimida por la República Argentina. El

1094. En ese caso, Argentina alegó que el demandante había cometido graves abusos de derecho. Según Argentina, el reclamante había establecido un mecanismo secreto que permitía la apropiación ilegal de fondos por millones de dólares estadounidenses. Sin embargo, Argentina no logró establecer una violación grave de los principios fundamentales del derecho y, por lo tanto, su defensa fue rechazada por el tribunal.

1095. En consecuencia, ninguno de los casos citados por la Demandada apoya su posición de que hay un requisito jurisdiccional general tácito de que las inversiones deben cumplir plenamente con las leyes del Estado anfitrión. En los dos casos en los que ninguna disposición de un tratado expreso requería tal cumplimiento (y en los obiter dicta en los otros dos casos), los tribunales consideraron si hubo violaciones de los

Tribunal entiende que la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y bona fide. El hecho de que el APRI entre Francia y la Argentina mencione o deje de mencionar la exigencia de que el inversionista haya actuado en conformidad con la legislación interna, no constituye un factor relevante. El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, insita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversionista, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica.

principios legales *fundamentales*, y no simplemente un incumplimiento de las leyes locales en general.

- d. Cualquier restricción jurisdiccional basada en el cumplimiento de la ley sin tratado no se extenderá a los requisitos administrativos de Colombia

1096. Cabe señalar que la gran mayoría de las decisiones arbitrales citadas por la Demandada para la proposición de que las inversiones deben realizarse de conformidad con la ley del Estado anfitrión para que *exista* jurisdicción *ratione materiae* se basan en la existencia en los tratados pertinentes de una *disposición expresa* que requiera dicho cumplimiento.⁵⁷⁸ De los casos citados para la proposición de que existe un requisito general de cumplimiento y es distinto de cualquier

⁵⁷⁸ Ver, por ejemplo, *Fraport*, RLA-0040; *Inceysa*, RLA-0076 (acuerdo expreso de los Estados contratantes durante las negociaciones); *Salini*, RLA-0083; *Hamester*, RLA-0036 / y *Phoenix Action*, CLA- 0061, todos citados en Respuesta sobre jurisdicción párrafos 471-74. 1012-17 y discutido anteriormente. Otros casos citados por la Demandada que interpretó los requisitos de cumplimiento expreso contenidos en los tratados relevantes incluye *LESI c. Argelia*, ¶ 80, RLA-0077; *Anderson c. Costa Rica*, 146, RLA-0043; *Kim c. Uzbekistán*, ¶ 365, RLA-0039; *Quiborax c. Bolivia*, ¶ 255, RLA-0041; *Metal-Tech c. Uzbekistán*, ¶ 130, RLA-0042; y *Saba Fakes c. Turquía*, ¶ 115, RLA-0078.

Muchas de estas decisiones son irrelevantes para este caso por razones adicionales. Un ejemplo es el laudo *Saba Fakes*. Si bien el tribunal, al considerar la disposición “de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes” del Artículo 2 (2) del TBI Países Bajos-Turquía, opinó sobre el alcance de esa disposición, encontró que no había necesidad de considerar el desafío jurisdiccional de la Demandada con respecto a ese lenguaje porque el demandante no había demostrado una inversión. *Id.* ¶ 119-20, 147-48.

disposición de tratado expreso, todos menos dos involucraron tratados que de hecho contenían dicha disposición expresa.⁵⁷⁹

- i. La Demandada no ha alegado ninguna violación grave de los principios legales fundamentales

1097. Los tribunales y comentaristas han reconocido que, cuando la cuestión de cumplimiento por parte de un inversionista con la ley del Estado anfitrión *no* está directamente ligada a una cláusula de cumplimiento expresa en el tratado, el mejor enfoque es tratar la cuestión, no como un problema jurisdiccional, sino más bien como uno a ser considerado en relación con los méritos.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ Como se señaló anteriormente, *Hamester* y *Phoenix Action* contenían requisitos expresos de que las inversiones se realicen de conformidad con la ley del Estado anfitrión.

⁵⁸⁰ Ver, por ejemplo, *Plama* (Laudo) ¶ 139 (concluyendo que “las protecciones sustantivas del TCE no pueden aplicarse a inversiones que se hacen contrarias a la ley”), RLA-0037; *Hamester*, If 129 (la ilegalidad potencial no cubierta por el lenguaje expreso del tratado no afecta la jurisdicción, pero podría ser relevante en la etapa de méritos), RLA-0036; *Anatolie Stati, et al. c. República de Kazajstán*, Arbitraje SCC V No. 116/2010 (Laudo) (19 de diciembre de 2013) ¶ 812, CLA-165-A; *Liman Caspian Oil BV et al. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N. ° ARB / 07/14 (Extractos del laudo) (22 de junio de 2010) ¶ 187, CLA-195-A; Aloysius Llamzon y Anthony Charles Sinclair, “Irregularidades de los inversionistas en el arbitraje de la inversión: Normas que rigen los problemas de corrupción, fraude y mala conducta de otros inversionistas”, en Albert Jan Van den Berg (ed.), LEGITIMIDAD: MITOS, REALIDADES, DESAFÍOS, ICCA Congress Series, Vol. 18, págs. 451, 498-99 (2015) CLA’352; Ver en

1098. Además, los tribunales que han impuesto un requisito de “cumplimiento de la ley” que *no* se basa en el lenguaje del tratado se han centrado en si la inversión se realizó en violación de los principios *fundamentales* de la ley. Debido a que su análisis no fue una cuestión de interpretar el lenguaje del tratado, sino más bien una aplicación de principios externos del derecho internacional, esta prueba implica un umbral mucho más alto para negar a los inversionistas la protección del tratado que uno que esté enraizado en el propio tratado.

1099. Por ejemplo, el tribunal en *Rumeli Telekom c. Kazajstán*⁵⁸¹ determinó que las inversiones en el Estado anfitrión solo serán excluidas de la protección del tratado si se han hecho en violación de los principios legales fundamentales del país anfitrión”.⁵⁸² *Rumeli* hizo referencia a la decisión en *LESI c. Argelia*,⁵⁸³ que anunció la misma regla, incluso en presencia de disposiciones expresas en el TBI Argelia-Italia.⁵⁸⁴ Del

general Zachary Douglas, The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration, 29 ICSID Revisión No. ¶ en 155-86 (2014), CLA-373.

⁵⁸¹ *Rumeli Telekom A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N.º ARB / 05/16 (Laudo) (29 de julio de 2008). RLA-0072.

⁵⁸² *Rumeli*, ¶ 319. RLA-0072.

⁵⁸³ *L.E.S.I. S.p.A. et al. Republique Algerienne Democratique et Populaire, Caso CIADI N.º ARB / 05/3 (Decisión) (12 de julio de 2006). RLA-0077.*

⁵⁸⁴ *L.E.S.I.*, 80,83(iii), 85 (parce que la mention que fait le texte a la conforme aux lois et reglements en vigueur ne constitue pas une reconnaissance formelle de la notion d'investissement telle que la comprend le droit algerien de maniere restrictive, mais, selon une formule classique et parfaitement justifiée, *Fexclusion de la protection pour tous les*

mismo modo, *SAUR* basa su análisis en el mismo concepto básico: una condición tácita de que el inversionista no cometa una violación grave del orden legal.⁵⁸⁵

Los tribunales también han aplicado esta prueba de “principios fundamentales” incluso cuando aplican disposiciones expresas del TBI que requieren el cumplimiento de la ley del Estado anfitrión — disposiciones que no existen en el TLC en cuestión aquí. El tribunal en *Hochtief c. Argentina*⁵⁸⁶ señaló que

en los casos anteriores, los tribunales se han centrado en el cumplimiento de los “principios fundamentales de la ley del Estado anfitrión”. Este Tribunal considera que ese es el enfoque correcto

investissements qui auraient été effectués en violation des principes fondamentaux en vigueur.) (énfasis añadido), RLA-0077.

⁵⁸⁵ *SAUR International SA c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB / 04/4 Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 6 de junio de 2012, ¶ 308 (haciendo referencia a “[el] requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico”). CLA-249-A Otros tribunales han hecho referencia a principios fundamentales de buena fe, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, y a la política pública internacional, pero todo en el contexto de principios jurídicos fundamentales y no con respecto a las violaciones de la ley en general. Ver, por ejemplo, *Inceysa*, ¶ 236-57 (invocando a los tres en el contexto del fraude y tergiversación de los inversionistas), RLA-0076; *Plama*, ¶ 140-42 (haciendo referencia a los principios del derecho internacional en el contexto del fraude de los inversionistas y citando decisiones de políticas públicas en *Inceysa* y *World Duty Free Kenya*), RLA-0037.

⁵⁸⁶ *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI N.º ARB / 07/31 (Laud) (21 de diciembre de 2016). RLA-0056.

cuando la cuestión se aborda en el contexto de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad. Las inversiones que están prohibidas o que dependen de las aprobaciones del gobierno que de hecho no se obtuvieron, o que fueron efectuadas por fraude o corrupción pueden ser atrapadas por una disposición como el Artículo 2 (2) del TBI Argentina - Alemania. Pero no todas las infracciones técnicas de las regulaciones de un Estado están asociadas con una inversión funcionarán para privar a esa inversión de la protección de un Tratado que contiene dicha disposición.⁵⁸⁷

1100. En consecuencia, el tribunal se negó a mantener una objeción jurisdiccional / de admisibilidad basada en el incumplimiento del inversionista con las regulaciones argentinas de registro de préstamos:

⁵⁸⁷

Hochtief ¶ 199, RLA-0056.

Habiendo considerado los hechos en el presente caso, y las presentaciones de las Partes sobre este punto, el Tribunal no considera que haya una base suficiente para rechazar las reclamaciones relativas a los préstamos sobre la base de su no registro bajo las regulaciones argentinas. Esta decisión relativa al efecto de las presuntas violaciones de los requisitos de información en Argentina de reglamentos financieros sobre la cuestión de la admisibilidad de las reclamaciones es, sin embargo, tomada sin perjuicio de la posibilidad de que cualquiera de las infracciones podría, en virtud del artículo 2 (2) del Tratado, limite los derechos sustantivos de que goza el Demandante.

588

⁵⁸⁸ *Id.* ¶ 200, RLA-0056. De manera similar, el tribunal en *Desert Line c. Yemén*, que interpretó una disposición expresa similar en el TBI Omán-Yemén, reconoció que:

En la práctica estatal en el área de TBI, la frase “de acuerdo con sus leyes y reglamentos” es bastante familiar. Además, ha sido bien abordado por precedentes arbitrales, en particular *Inceysa (.Inceysa c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB / 03/26 , 2 de agosto de 2006) y *Fraport (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, Caso CIADI N. ° ARB / 03 / 2S, 16 de agosto de 2007) que aclaran que tales referencias tienen por objeto garantizar la legalidad de la inversión al *excluir las inversiones realizadas en violación de los principios fundamentales de la ley del Estado anfitrión* , por ejemplo, por tergiversaciones fraudulentas o la disimulación de la verdadera propiedad.

1101. En este caso, no puede haber contención grave que los Demandantes han violado principios *fundamentales* del derecho en la toma de sus inversiones. Los casos relacionados con estos principios fundamentales han abordado las violaciones de los inversionistas, como el fraude, la corrupción o el soborno.⁵⁸⁹Las presuntas violaciones regulatorias en este caso simplemente no se elevan a tal nivel.

1102. Por el contrario, las diversas disposiciones del Estado anfitrión citadas por la Demandada como aplicables a lo largo del tiempo parecen haberse centrado principalmente en los controles de moneda extranjera y las transacciones de cambio.⁵⁹⁰La conducta alegada por Colombia es la falta de solicitud de aprobación

Desert Line Projects LLC c. República de Yemén, Caso CIADI N.º ARB / 05/17 (Laudo) (6 de febrero de 2008), ¶ 104 (énfasis nuestro). CLA-180-D

⁵⁸⁹ Ver, por ejemplo, *Inceysa c. El Salvador*, 1236, RLA-0076; *Hamester c. Ghana*, ¶ 96, RLA-0036; *Plama c. Bulgaria*, ¶ 135, RLA-0037.

⁵⁹⁰ Por ejemplo, el Decreto N.º 444 (1967) se aplicó en caso de que se utilizara capital extranjero para realizar las inversiones, y uno de los elementos clave que se proporcionó al departamento de planificación fue cuando el inversionista esperaba comenzar a transferir las ganancias al extranjero. “El registro requerido en la *Oficina de Cambio* del Banco Central otorgaría al inversionista el derecho de transferir ganancias al extranjero. Respuesta sobre Jurisdicción ¶ 480-83. Del mismo modo, el registro de conformidad con la Resolución Núm. 49 (1991), que no se requería antes de que la inversión se hiciera realmente, daría derecho al inversionista a “transferir al extranjero cualquier ganancia de la inversión y reembolsar el capital invertido y las ganancias de capital”. Respuesta sobre Jurisdicción ¶ 489-91. Y el Reglamento N.º 57 (1991), emitido por la Junta Monetaria del Banco Central, “que regula las transacciones de cambio”, continuó proporcionando dicho registro. Respuesta sobre Jurisdicción 492 & n. 1044 (también citando la Resolución Externa No. 21).

regulatoria y la falta de registro de inversiones. No se alega nada más siniestro, ni siquiera que las transacciones de divisas se hubieran realizado sin las aprobaciones adecuadas. Como se discute en la siguiente sección, una falla en el registro de la inversión extranjera, de ser requerida, podría haber sido considerada una infracción cambiaria” bajo la ley colombiana, con consecuencias legales limitadas. Los Demandantes quedarían temporalmente excluidos del envío de beneficios al extranjero y podrían estar sujetos a una multa. Particularmente en este contexto, los Demandantes respetuosamente afirman que cualquier incumplimiento de la normativa no podría equivaler a *violaciones graves* de los principios legales *fundamentales* suficientes para impedirles que invoquen las protecciones de TLC.

1103. En consecuencia, dado que el TLC no contiene una disposición de “conformidad con la ley” o “cumplimiento”, no hay base para rechazar la jurisdicción por el supuesto incumplimiento de los Demandantes de las diversas disposiciones legales invocadas por las Demandadas.

- ii. Incluso si el TLC hubiera contenido una disposición de “Acuerdo con la ley”, el supuesto incumplimiento regulatorio de los Demandantes sería

insuficiente para anular la jurisdicción del Tribunal

1104. Incluso en los casos en que un tribunal está aplicando un requisito de “cumplimiento” expreso en el tratado (que no existe en el presente asunto) en lugar de aplicar principios textuales más amplios del derecho internacional, los tribunales generalmente no consideran que las violaciones menores de la ley del Estado anfitrión es suficiente para excluir una inversión de la protección del tratado.⁵⁹¹

1105. Más bien, al interpretar una disposición tan expresa, el enfoque apropiado es aplicar un análisis de proporcionalidad. El tribunal *Kim c. Uzbekistán*⁵⁹² explicó,

La tendencia dominante dentro de estos laudos [construyendo requisitos de legalidad TBI] es (1) declarar que el alcance sustantivo del requisito de legalidad se limita a violaciones de las leyes fundamentales del Estado anfitrión y (2) establecer una variedad de

⁵⁹¹ *Ver, por ejemplo, Quiborax S.A. et al. c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI N. ° ARB / 06/2 (Decisión sobre Jurisdicción) (27 de septiembre de 2012), | 266, RLA-0041; *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N. ° ARB / 10/3 (Laudo) (4 de octubre de 2013), ¶ 165, RLA-0042; *cf. Vladislav Kim, et al. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB / 13/6 (Decisión sobre Jurisdicción) (8 de marzo de 2017), ¶ 381 (señalando la falta de controversia sobre este punto). RLA-0039.

⁵⁹² *Vladislav Kim, et al. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI N. ° ARB / 13/6 (Decisión sobre Jurisdicción) (8 de marzo de 2017), RLA-0039.

declaraciones similares a las reglas por el cual se puede aplicar la primera proposición.

El Tribunal no encuentra el análisis hasta ahora satisfactorio...

...

La falta de apoyo a los límites sustantivos en el sentido corriente de los términos utilizados es sorprendente, ya que el Tribunal no tiene conocimiento de ninguna autoridad que alegue que el requisito de legalidad no tiene límites. Por el contrario, muchos, si no todos, otros tribunales excluyen actos menores o triviales que no cumplen con la legislación, ya que no son el tipo de actos destinados a ser capturados por un requisito de legalidad. Además, las Partes no niegan que el requisito de legalidad no incluya actos menores o triviales de incumplimiento.

Las limitaciones en el alcance sustantivo de los términos en el Artículo 12 se hacen evidentes cuando el significado ordinario de los términos se considera en su contexto y a la luz del objeto y propósito del tratado.

En cuanto al contexto, el Artículo 12 del TBI se titula “Aplicación del Acuerdo”. Esto es significativo porque la consecuencia de encontrar un

incumplimiento del requisito de legalidad es que el TBI no se aplica a la inversión en cuestión. El requisito de legalidad no solo elimina el acceso al arbitraje, sino que elimina las obligaciones del Estado anfitrión *vis-a-vis* al inversionista y la inversión en total. Esto, desde cualquier punto de vista, es una consecuencia muy significativa y dura.

El contexto también incluye el preámbulo...

Es la combinación del deseo de “promover una mayor cooperación económica” y el hecho de que un acto que no cumpla con la legislación bajo el Artículo 12 excluya una inversión del ámbito de aplicación del TBI en general, lo que indica los límites sustantivos necesarios en el requisito de legalidad. Dado el objetivo de alentar la inversión mediante la provisión de alguna medida de seguridad, no es plausible que los redactores del TBI pretendan incluir actos menores de incumplimiento como base para negar la jurisdicción.

...

En opinión del Tribunal, un enfoque más basado en principios debe guiarse en la tarea interpretativa por el principio de proporcionalidad. El Tribunal debe equilibrar el objetivo de promover las relaciones económicas proporcionando un

marco de inversión estable con la dura consecuencia de negar la aplicación total del TBI cuando la inversión no se realiza de conformidad con la legislación. La negación de las protecciones del TBI es una dura consecuencia de que es una respuesta proporcional solo cuando su aplicación se desencadena por *incumplimiento de una ley que da como resultado un compromiso de una participación significativa en correspondencia del Estado anfitrión.*

Varios tribunales se han referido a la proporcionalidad como un principio que informa su decisión de limitar el alcance sustantivo del requisito de legalidad. En su Decisión sobre jurisdicción en *Metalpar c. Argentina*, por ejemplo, el tribunal escribió:

Como se explicó anteriormente, la Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia sobre la Ley de Sociedades Comerciales, indicó que se pueden imponer sanciones por violaciones de la ley, los estatutos o los reglamentos, que incluirían la falta de inscripción de una empresa extranjera en el Registro Público de Comercio. Estas sanciones son, en suma, un aviso de advertencia y multas impuestas a la empresa y sus directores.

En opinión del Tribunal, la falta de registro adecuado podría sancionarse al negarse a registrar ciertos documentos de la empresa, mediante un aviso de advertencia o mediante la imposición de una multa a la empresa o sus directores, pero sería desproporcionado para castigue esta omisión de registro negando al inversionista una protección esencial como el acceso a los tribunales del CIADI.

La frase *“incumplimiento de una ley que resulta en un compromiso de un interés correspondientemente significativo del Estado Anfitrión”* se elige para enfocar más claramente el alcance sustantivo del requisito de legalidad no en si la ley es fundamental sino más bien en el significado de la violación. El Tribunal cree que la gravedad de la ley en sí misma es una parte central del examen, pero no el único punto focal...

...

[E]l Tribunal debe evaluar si la combinación de la conducta del inversionista y la ley involucrada resulta en un compromiso de un interés significativo del Estado anfitrión de tal manera que la dureza de la sanción de colocar la inversión fuera de la protección

del TBI es una consecuencia proporcional de la violación examinada. La principal indicación de si un interés significativo está en peligro es si la consecuencia jurídica de la violación bajo la ley del Estado anfitrión manifiesta una gravedad para el acto de incumplimiento que es proporcional a la dureza de negar el acceso a las protecciones del TBI.⁵⁹³

1106. Después de considerar varios reclamos de ilegalidad hechos por la Demandada, el tribunal *Kim* determinó que “la Demandada no ha logrado establecer que las Demandantes actuaron en incumplimiento con varias leyes o que tales actos de incumplimiento no resultan en un compromiso de un interés que justifica, como respuesta proporcionada, la dureza de negar la aplicación del TBI”.⁵⁹⁴

1107.No hay necesidad de un análisis de proporcionalidad aquí porque, como se ha señalado, no existe un requisito de “cumplimiento de la ley” dentro del TLC. Sin embargo, incluso bajo dicho análisis, está claro que las supuestas violaciones del registro de Colombia y otras regulaciones no comprometieron los intereses de Colombia (si es que lo hacen) “en tal medida que la dureza de la sanción de colocar la inversión fuera de las

⁵⁹³ *Kim*, ¶¶ 384-85, 390-94, 396-98, 408 (énfasis en el original) (se omiten las notas al pie), RLA-0039.

⁵⁹⁴ *Id.* ¶ 541.

protecciones del TBI es una consecuencia proporcional”.
595

1108. Aquí, no se alega que los Demandantes hayan incumplido intencionalmente las reglamentaciones ni hayan causado ningún daño a los intereses del Estado. (De hecho, como veremos más adelante, los Demandantes eran en realidad incapaces de cumplir con los requisitos de registro bajo la ley aplicable de Colombia). Las sanciones fijadas por Colombia por el incumplimiento de las regulaciones relevantes fueron la incapacidad (al menos temporal) de exportar ganancias y una posible multa. Por el contrario, la pérdida completa de la protección de la inversión bajo el TLC (incluidas sus protecciones sustantivas y procesales) es muy desproporcionada tanto para la culpabilidad de los Demandantes como para el daño a los intereses significativos de la Demandada. Esto se hace aún más evidente a la luz de la eliminación de los requisitos de registro por completo de 2017 en Colombia.

1109. Por lo tanto, como en *Hochtief y Metalpar*, el supuesto incumplimiento de las Demandantes con las regulaciones de inversión extranjera no es motivo suficiente para negar la jurisdicción *ratione materiae* en este asunto.⁵⁹⁶

⁵⁹⁵ *Kim*, ¶ 408. RLA-0039.

⁵⁹⁶ *Ver también Tokios Tokeles c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18 (Decisión sobre jurisdicción) (29 de abril de 2004), 83-86 (a pesar de la

**C. EN CUALQUIER CASO, LAS INVERSIONES
DE LOS DEMANDANTES CUMPLIERON
CON LA LEY COLOMBIANA**

1110. La propiedad subyacente de Granahorrar por la familia de los Demandantes se inició en 1986 cuando la madre y el padre de los Demandantes comenzaron a acumular intereses en la institución.⁵⁹⁷ Las tenencias se realizaron a través de seis empresas separadas: Asesorías e Inversiones C.G. LTDA; Exultar S.A.; Compto S.A., Inversiones Lieja; Fultiplex Ltda.; and Interventorías y Construcciones Ltda.⁵⁹⁸ Las inversiones de cada uno de los Demandantes se identifican en los Registros de Accionistas presentados ante la Cámara de Comercio de Bogotá.⁵⁹⁹

1111. En 1991, con la enmienda a la Constitución de Colombia, el concepto de doble nacionalidad fue reconocido por primera vez por Colombia. Todos los demandantes son ciudadanos duales colombianos y

disposición del tratado que requiere que la inversión se realice “de acuerdo con las leyes” del Estado anfitrión, varios supuestos defectos técnicos en los registros de inversión requeridos no anularon la jurisdicción, ya que “excluir una inversión sobre la base de tales errores menores sería incompatible con el objeto y el propósito del Tratado”). RLA-0055.

⁵⁹⁷ Declaración testimonial de Astrida Benita Carrizosa, 27 de mayo de 2019 (“Declaración de Astrida”) (CWS-4), ¶¶ 23-24.

⁵⁹⁸ Id., ¶¶ 28-29; Declaración testimonial Alberto Carrizosa Gelzis, 24 de mayo de 2019 (CWS-1), ¶¶52-54; Declaración testimonial Felipe Carrizosa Gelzis, 24 de mayo de 2019 (CWS-2), ¶¶38-41; Declaración testimonial Enrique Carrizosa Gelzis, 24 de mayo de 2019 (CWS-3), ¶42-45.

⁵⁹⁹ CWS-1, ¶ 51.

estadounidenses.⁶⁰⁰ Sin embargo, a los fines de la legislación interna colombiana, cuando se encuentran en Colombia, los Demandantes deben actuar y ser tratados como colombianos, de conformidad con el Artículo 22 de la Ley 43 de 1993. Esta ley establece;

El nacional colombiano que posea doble nacionalidad, en el territorio nacional, se someterá 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 políticos⁶⁰¹.

1112. Los Demandantes conocen y cumplen los requisitos del Artículo 22 de la Ley 43.⁶⁰² Por lo tanto, la ley de Colombia requiere que, cuando estén en Colombia, los Demandantes se identifiquen como tales en todos sus actos civiles y políticos. Los Demandantes residen y han residido en Colombia en un esfuerzo por seguir sus actividades comerciales en Colombia más de cerca. Al hacerlo, se identificaron como colombianos mientras estaban en ese país para cumplir con la ley.⁶⁰³

1113. La Demandada afirma que los Demandantes se enfrentaron esencialmente a dos

⁶⁰⁰ CWS-1, ¶ 33; CWS-2, ¶¶ 2, 37; CWS-3, ¶ 29.

⁶⁰¹ Ver Ley 43 de 1993, artículo 22, CLA-112.

⁶⁰² CWS-1, ¶ 50; CWS-2, ¶ 37.

⁶⁰³ CWS-1, ¶ 45; CWS-2, ¶ 32; CWS-3, ¶ 33.

esquemas legales colombianos secuenciales que regulan las “inversiones de capital extranjero”, que son el Decreto N ° 444 de 1967 (junto con los Decretos 1900 y 1265) y la Ley N ° 9 de 1991, y sus Resoluciones concomitantes No. 49 y 57. Pero los Demandados no otorgan autoridad para la suposición asumida de que las inversiones realizadas a través de entidades colombianas por personas con doble nacionalidad se considerarían inversiones de capital extranjero” bajo estas regulaciones.

1114. La Demandada combina incorrectamente el concepto de “inversionista extranjero” a los fines de cumplir con estas leyes de registro, con los inversionistas que tienen derecho a protección bajo el TLC. El TLC se firmó en 2006, entró en vigor en 2012. En la fecha de vigencia y a través del TLC, Colombia reconoció que los Demandantes tenían un estado por el cual su propiedad de Granahorrar estaba protegida por el acuerdo de protección comercial.

1115. Simplemente afirmar que la protección bajo el TLC no necesariamente equivale a que los Demandantes hayan realizado inversiones de capital extranjero” según lo definido por las leyes de registro en que se basa la Demandada para reclamar “ilegalidad” en las inversiones. El análisis del alcance y la cobertura del régimen regulatorio de registro colombiano y el TLC deben hacerse por separado. Y, en particular dada la existencia del Artículo 22 de la Ley 43, está claro que los Demandantes actuaron plenamente de conformidad con la ley colombiana al no solicitar la aprobación o registrar sus inversiones en el Banco Central, si existía dicho

requisito con respecto a estas inversiones en Granahorrar.

1116. De hecho, es evidente que Colombia no vio la necesidad de que los Demandantes registraran las inversiones en Granahorrar en el Banco Central. Para diciembre de 1997, Granahorrar se clasificó entre las mayores instituciones financieras en Colombia.⁶⁰⁴ El reclamante Alberto Carrizosa Gelzis se desempeñó como Director de Granahorrar entre 1992 y 1998. El 1 de julio de 1998, fue ascendido a Presidente del Consejo de Administración de la entidad financiera. Como resultado de esta posición de alto perfil, sus funciones como presidente incluyeron, entre otras cosas, ocuparse de las relaciones con las agencias gubernamentales que regulaban Granahorrar, incluido el Banco Central.⁶⁰⁵ Como tal, Colombia conocía muy bien el papel del Demandante Alberto Carrizosa con Granahorrar. Y, aunque las inversiones de los Demandantes se identificaron en documentos públicos ante la Cámara de Comercio de Bogotá, el gobierno colombiano nunca tomó medidas contra los Demandantes con respecto a estas inversiones. Esto se debe a que no existió una violación de los requisitos de registro (tal vez debido al Artículo 22 de la Ley 43) o porque a nadie en el gobierno de Colombia le importó lo suficiente como para plantear el problema. Es incorrecto o falso que Colombia plantee este problema por primera vez en esta disputa.

⁶⁰⁴ CWS-1, ¶ 55.

⁶⁰⁵ CWS-1, ¶¶ 27-28.

1117. La Demandada busca negar por completo a los Demandantes la oportunidad de presentar su caso de protección bajo el TLC ante este Tribunal en base al supuesto incumplimiento de los requisitos de registro. La Demandada afirma que este recurso drástico y draconiano está respaldado por un precedente, incluidos *Saba Fakes, Phoenix y Anderson*. Las tres decisiones anteriores se distinguen por sus hechos. Más importante aún, es importante entender que, de acuerdo con la ley colombiana, si hubiera habido una violación de los requisitos de aprobación y registro, las consecuencias que hubieran enfrentado los Demandantes habrían sido mucho menos graves que la negación de sus inversiones en Granahorrar en su totalidad.

1118. Suponiendo, *arguendo*, que los Demandantes debían registrar su inversión en Granahorrar como una ‘inversión extranjera’, esto se habría considerado una “infracción cambiaria”. Como infracción, es posible que los Demandantes no hayan podido reinvertir o aprovechar las ganancias de la inversión, o enviar al extranjero en moneda libremente convertible las ganancias netas generadas por las inversiones. Y, posiblemente, el incumplimiento puede haber sometido a los Demandantes a una multa. Pero el registro tardío se habría permitido con los “derechos de cambio” restablecidos.⁶⁰⁶ En otras palabras, se les podría haber impuesto una consecuencia mucho menos severa a los Demandantes si se les hubiera exigido, aunque no se

⁶⁰⁶ Ver Artículo 8 del Decreto 4800, ¶ 5; Decreto 1746 de 1991, CLA-180-C.

hizo, registrar la inversión en Granahorrar como una “inversión extranjera” que la pérdida completa de esas inversiones como consecuencia predeterminada solicitada por la Demandada en este procedimiento

1119. Finalmente, como cuestión de política, cabe mencionar que en 2017 Colombia eliminó por completo los requisitos de registro para “Inversiones de capital extranjero”.⁶⁰⁷ Por lo tanto, queda claro que la pérdida completa de la inversión, como busca la Demandada, es sumamente desproporcionada con respecto a las consideraciones de política interna que pueden haber respaldado en algún momento los requisitos. Permitir una sanción como la conclusión de falta de jurisdicción *ratione materiae* como resultado del presunto incumplimiento de los requisitos de registro colombianos sería inadecuado a la luz del TLC y sus objetivos.

**D. COLOMBIA ESTÁ IMPEDIDA DE
PLANTEAR EL SUPUESTO
INCUMPLIMIENTO DE LA LEY
COLOMBIANA**

1120. El argumento de la Demandada representa un proverbial “Catch-22” por el cual los Demandantes serían condenados si se registraron la propiedad de los intereses de Granahorrar (en violación de las normas internas de Colombia con respecto a cómo ciertas personas con doble nacionalidad se tratan internamente en Colombia) y condenados si no registran las

⁶⁰⁷ Decreto 119, 26 de enero de 2017, CLA-180-A.

participaciones (ya que supuestamente violan otro conjunto de leyes nacionales colombianas con respecto al registro de propiedad extranjera). El incumplimiento afirmado no solo es irrelevante para ninguna política fundamental de Colombia, sino que el no proporcionar cobertura bajo el TLC sería totalmente inconsistente con el propósito del TLC de proporcionar una amplia cobertura a los nacionales de una parte que tengan una inversión en la otra parte.

1121. El reconocimiento de las personas con doble nacionalidad en 1991, pero con un enfoque incompatible con la forma en que ciertas de esas personas con doble nacionalidad deben comportarse para cumplir con otras leyes nacionales colombianas, da como resultado una renuncia y exclusión de cualquier requisito de registro “de inversión de capital extranjero”. Es fundamentalmente injusto exigir el cumplimiento del Artículo 22 de la Ley 43, que exige que los ciudadanos con doble nacionalidad actúen como colombianos cuando se encuentran en Colombia, pero al mismo tiempo exige que dichos ciudadanos con doble nacionalidad actúen como extranjeros frente a una supuesta “inversión de capital extranjero”.

1122. Colombia primero afirma erróneamente que incumbía a los Demandantes haber planteado primero la no exclusión de Colombia al establecer *ratione materiae* de este Tribunal. Nada en *Kardassopolous*, citado por la Demandada para esta proposición, apoya la afirmación. Además, tal afirmación es lógicamente defectuosa. Entre otras razones, habría sido presuntuoso

para los Demandantes prever que la Demandada se basaría en sus leyes inconsistentes para reclamar una defensa por falta de *ratione materiae*.

1123. Independientemente, Colombia debe considerarse impedida de plantear su argumento de cumplimiento con respecto a leyes internas que nunca antes creyó que se aplicarían. *Estoppel* es uno de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.⁶⁰⁸ El derecho internacional ha reconocido desde hace tiempo ese requisito sobre la base de que “un Estado debe ser coherente en su actitud frente a una determinada situación fáctica o jurídica”.⁶⁰⁹

1124. En este caso, la ley de Colombia requiere que los ciudadanos con doble nacionalidad actúen como colombianos mientras se encuentren en Colombia. Por otro lado, los supuestos requisitos de la ley y la regulación colombiana que ahora argumenta la Demandada requerirían que una persona de doble nacionalidad actúe de manera incompatible con esa ley interna. Esto deja a los Demandantes sin un recurso lógico o legal y se debe determinar que Colombia está impedida de plantear su argumento de incumplimiento.

⁶⁰⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 616 (7th ed. Oxford Univ. Press 2008) (“Un peso considerable de la autoridad apoya la opinión de que la preclusión es un principio general del derecho internacional, que descansa sobre principios de buena fe y consistencia.”) CLA-364-A.

⁶⁰⁹ I.C. MacGibbon, *Estoppel in International Law*, 7th Int'l & Comp. L. Q. 468 (1958) CLA363A.

1125. Además, en el sector de servicios bancarios y financieros altamente regulados en el que se realizaron las inversiones de los Demandantes y particularmente a la luz de la profunda participación de los reguladores con Granahorrar y su propiedad, sin mencionar las posiciones que tenía al menos el Demandante Alberto Carrizosa Gelzis, no existe una base racional para creer que el gobierno colombiano ignoró por años los intereses de los Demandantes en Granahorrar. En la medida en que existieron supuestas violaciones, Colombia las supo, o debería haber sabido, durante años, pero no hizo nada para hacer cumplir las regulaciones que ahora intenta usar como escudo en este arbitraje.

1126. Las decisiones invocadas por Colombia apoyan el argumento de *estoppel* de los Demandantes. *Fraport* implicó una decisión en la cual el tribunal se negó a aplicar la doctrina del *estoppel* debido a su conclusión de que los demandantes en ese caso estaban involucrados en un “acuerdo encubierto” sobre el cual el gobierno demandado no podría haber sido consciente.⁶¹⁰ Y el tribunal *Fraport* determinó que dicho “arreglo” fue tanto una violación “atroz” e “intencional” de las leyes del Estado anfitrión .⁶¹¹

1127. Por supuesto, el tribunal *Fraport* reconoce la aplicación general del *estoppel*. “Sin embargo, está la cuestión del *estoppel*. Los principios de imparcialidad

⁶¹⁰ *Fraport AG Frankfurt AG Services Worldwide c. La República de Filipinas*, Caso CIADI. No. ARB/03/25, (Laudó) (16 de agosto de 2007), ¶ 347 RLA-0040.

⁶¹ *Id.* en 11 397, 401.

deberían exigir que un tribunal impida que un gobierno sea impedido de plantear violaciones de sus propias leyes como defensa jurisdiccional cuando a sabiendas las pasó por alto y respaldó una inversión que no cumplía con su ley.⁶¹² Como lo demuestran los hechos en este caso, en la medida en que se demuestre que los Demandantes deben haber registrado sus inversiones en Granahorrar como “inversiones de capital extranjero”, la ley compensatoria reconocida como se establece en el Artículo 22 de la Ley 43 debe actuar como *estoppel*.

1128. Del mismo modo, la demandada en *Kardassopoulos* afirmó que los acuerdos suscritos por demandante violaron las leyes del estado anfitrión y eran nulos. El tribunal determinó que los demandantes de *Kardassopoulos* tenían todas las razones para creer que los arreglos estaban de acuerdo con la ley sobre la base de las acciones del gobierno demandado e impidió que la demandada se oponga a la jurisdicción *ratione materiae* del tribunal.⁶¹³

1129. Además, en *Arif*, el tribunal aplicó la doctrina del *estoppel* a un caso en el que los tribunales locales decidieron que la inversión se realizó en violación de las leyes locales. El Tribunal de *Arif* determinó que el demandado no podía basarse en su propio derecho, e incluso una decisión de sus propios tribunales, para

⁶¹² *Id.* ¶ 346.

⁶¹³ *Ionnis Kardassopolous c. Georgia*, Caso CIADI No. ARB/05/18, (Decisión de Jurisdicción), (6 Julio 2007), ¶ 194 RLA-0044.

negar la existencia de acuerdos en los que se habían basado ambas partes, particularmente a la luz de la intención de buena fe de las partes con respecto a la inversión.⁶¹⁴

1130. En este caso, los Demandantes se vieron obligados a cumplir con un conjunto de leyes de Colombia aplicables a personas con doble nacionalidad y no registrar sus inversiones en Granahorrar como inversionista extranjero. El mantenimiento de los requisitos por parte de Colombia ahora impide plantear la falta de cumplimiento de otros requisitos reglamentarios en materia de registro. Esto es particularmente cierto dado que el gobierno colombiano sabía o debería haber sabido de los intereses de propiedad en Granahorrar durante años, pero no hizo nada para hacer cumplir su supuesto régimen regulador a este respecto.

VII. LA OPINIÓN PERICIAL DEL DR. JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

1131. El Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najjar ha presentado un informe pericial en este caso. En el párrafo 3 del informe, el Dr. Ibáñez Najjar establece que de conformidad con “lo establecido en 5(2)(c) de las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre la obtención de pruebas en el arbitraje internacional, confirmo que: (1) no tengo ninguna relación laboral o profesional de ningún tipo con Colombia; (2) no tengo ni he tenido ninguna

⁶¹⁴ Franck Charles Arif c. República de Moldavia, Caso CIADI No. ARB/11/23, (Laudo) (8 Abril 2013), RLA-0045.

relación laboral o profesional de ningún tipo con los abogados externos de Colombia, Arnold & Porter LLP (“Arnold & Porter”); (3) no tengo y nunca he tenido ninguna relación laboral o profesional de ningún tipo con el Demandante; (4) no tengo y nunca he tenido ninguna relación profesional o laboral de ningún tipo con los abogados de los Demandantes, Bryan Cave LLP; y (5) no tengo y nunca he tenido ninguna relación profesional o laboral de ningún tipo con los Miembros del Tribunal Arbitral”.

1132. El Dr. Ibáñez Najjar solo usa la forma progresiva actual del verbo “tener” en relación con sus vínculos con la Demandada. Con respecto a las cuatro revelaciones restantes en ese párrafo, el Dr. Ibáñez Najjar declara específicamente “que él no tiene y nunca ha tenido ninguna relación profesional o laboral

1133. Es un hecho público que el Dr. Ibáñez Najjar en 1991 fue Asesor de la *Asamblea Nacional Constituyente de Colombia*. Esta relación con la República de Colombia es muy significativa y pone en duda directa y expresamente la independencia del Sr. Ibáñez Najjar respecto a la Demandada.

1134. Durante un período de aproximadamente once años (1983-1994) el Dr. Ibáñez Najjar fue empleado del *Banco de la República*, el Banco Central de Colombia. Además, se ha desempeñado como juez del *Tribunal Administrativo de Cundinamarca*, así como *Conjuez* de la Corte Constitucional.

1135. El Dr. Ibáñez Najjar es accionista principal y asesor de una compañía llamada *Instituto de Investigaciones Sociojurídicas para el Desarrollo Sostenible - Justicia y Desarrollo Sostenible LTDA*. Esa entidad ha recibido al menos nueve acuerdos comerciales con el Gobierno de Colombia. De hecho, esa sociedad anónima ha ejecutado contratos con la República de Colombia desde 2008. El contrato más reciente conocido por los Demandantes data de 2017.

1136. En 2017 el Dr. Ibáñez Najjar firmó un contrato a título personal con la *Procuraduría General de la Nación*, el equivalente de la República de Colombia a la Fiscalía General de los Estados Unidos de América.

1137. Entre 2000 y 2019 el Dr. Ibáñez Najjar se desempeñó como árbitro en veintiún procedimientos bajo los auspicios de la Cámara de Comercio de Bogotá. En quince de esos procedimientos, las agencias o los organismos de la República de Colombia actuaron como parte. No está claro qué parte nombró al Dr. Ibáñez Najjar.

1138. El informe pericial del Dr. Ibáñez Najjar tiene deficiencias considerables que reforzaría la comprensión de la parcialidad y falta de independencia. Tres son particularmente notables debido a su falta de rigor profesional. Los Demandantes atribuyen esta falta de rigor a la parcialidad y no a la incompetencia.

1139. Primero, el Dr. Ibáñez Najar nunca analizó *en absoluto* el plazo extremadamente breve y poco ortodoxo de capitalización de catorce horas que precipitó la Superintendencia de Banca y el de la República de Colombia a Granahorrar para licitar aproximadamente COP 157 mil millones para recapitalizar esa institución como resultado de la crisis de solvencia temporal que sufrió Granahorrar a causa de la Superintendencia de Banca. Cualquier análisis objetivo, como mínimo, destacaría e identificaría este plazo aberrantemente corto (catorce horas) que también era logísticamente imposible de cumplir.

1140. En segundo lugar, el Dr. Ibáñez Najar no analizó *en absoluto* la dependencia poco ortodoxa y legalmente insuficiente de la notificación de registro público, en lugar de cumplir con la metodología de notificación aplicable en relación con la notificación formal de la orden que requiere la recapitalización del banco dentro de un plazo de catorce horas. Este evento fue sin precedentes y evidente en su falta de debido proceso. Sin embargo, el Dr. Ibáñez Najar no lo menciona, y mucho menos lo considera como parte de su informe pericial.

1141. Tercero, el Dr. Ibáñez Najar enfatizó fuertemente que la Corte Constitucional solo cumple un papel limitado en la revisión de las peticiones de *tutela* y no actúa como una instancia adicional. Sin embargo, el expediente ante este Tribunal demuestra inequívocamente que la Corte Constitucional en este caso

en realidad actuó como un tribunal de primera instancia y usurpó la jurisdicción del Consejo de Estado.

1142. El exmagistrado del Estado del Consejo, Dr. Briceño, observó que el informe del Dr. Ibáñez Najar afirma que los accionistas de Granahorrar no fueron expropiados. Esta conclusión es excepcionalmente parcial porque, entre otras cosas, ignora la sentencia del Consejo del Estado del 1 de noviembre de 2007⁶¹⁵ que falló en contra de FOGAFIN y la Superintendencia de Banca y en favor de los accionistas de Granahorrar por motivos de expropiación. Esta sentencia sí determinó que los accionistas de Granahorrar habían sido expropiados. De esta manera, otorgó a los accionistas de Granahorrar COP 227 mil millones. Aunque esa cantidad no refleja con precisión el valor de la pérdida, la propuesta más inmediata es que la conclusión del Dr. Ibáñez Najar de que los accionistas de Granahorrar no fueron expropiados coloca a su informe en conflicto directo y expreso con la sentencia del Consejo del Estado. Evidencia parcialidad.

1143. Además, el Dr. Ibáñez Najar informó que no había nada inusual, procesal o sustantivamente, con la Sentencia de la Corte Constitucional del 26 de mayo de 2011⁶¹⁶ que revoca la Sentencia del Consejo del Estado del 1 de noviembre de 2007. Esta conclusión es sospechosa porque, como bien sabe el Tribunal, no menos de dos jueces de la Corte Constitucional discrepan con

⁶¹⁵ Ver Anexo de los Demandantes C-22.

⁶¹⁶ Ver SU-447/11, Anexo C-23.

dicha Sentencia. En esas disensiones se expresó algo más que una diferencia de opinión. Los jueces dejaron en claro que la Sentencia de la Corte Constitucional, entre otras cosas, (i) creó una clara desviación del propio precedente rector de la Corte Constitucional sobre el asunto, (ii) la Corte Constitucional excedió su jurisdicción porque los asuntos a determinarse estaban relacionados con cuestiones de hecho con respecto a las cuales el tribunal carecía de legitimación jurisdiccional normativa para juzgar, y (iii) las opiniones disidentes⁶¹⁷ determinaron que el principio de “Juez Natural” había sido violado, y (iv) que la Sentencia también violó el debido proceso básico. Una conclusión insostenible es que la Sentencia y las circunstancias que la rodearon eran normales, ortodoxas y comunes. Esto proporciona una base fáctica adicional para inferir parcialidad y falta de independencia por parte del Dr. Ibáñez Najar.

1144. Finalmente, para los propósitos actuales, el Dr. Ibáñez Najar informa que la Sentencia de la Corte Constitucional del 26 de mayo de 2011 terminó la disputa entre los accionistas de Granahorrar y la Superintendencia de Banca y FOGAFIN. De hecho, la viabilidad procesal y la posibilidad de una anulación derivada de presuntas violaciones del debido proceso están firmemente establecidas, incluso en la Orden 347/16. No hay duda, basado en pronunciamientos claros bajo las leyes de la República de Colombia, que el procedimiento terminó en virtud de la Orden de la Corte

⁶¹⁷ Ver AUTO 188/14, 026.

Constitucional del 25 de junio de 2014 que niega la *tutela* que el Presidente del Consejo de Estado había perfeccionado.

1145. Hacer que el Dr. Ibáñez Najjar testifique en este procedimiento como testigo experto independiente simplemente no es diferente a que un miembro del gobierno colombiano represente ante el Tribunal que él o ella es un testigo experto independiente sin vínculos con la República de Colombia. Los Demandantes instan a este Tribunal a que prescinda del informe pericial del Dr. Ibáñez Najjar o, alternativamente, no le otorgue importancia.

Conclusión

Por las razones, autoridad, premisas y evidencia anteriores, los Demandantes, Alberto Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis y Enrique Carrizosa Gelzis, solicitan respetuosamente que este Tribunal Arbitral rechace a las objeciones a la jurisdicción de la Demandada, la República de Colombia, y proceda a una audiencia sobre el fondo en apoyo a una administración equitativa de la justicia.

Fecha: 20 de diciembre de 2019

Respetuosamente,

BRYAN CAVE LEIGHTON

PAISNER LLP

Pedro J. Martínez-Fraga

C. Ryan Reetz

Mark Leadlove

Domenico Di Pietro

Joaquín Moreno Pampin

Rachel Chiu

Suite 400

Miami Florida 33131

Tel.: (786) 322-7500

Fax: (786) 322-7501

Pedro J. Martinez-Fraga

Abogados de los Demandantes, Alberto

Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa

Gelzis y Enrique Carrizosa Gelzis