

Caso CPA No. 2013-15

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED
(Demandante)

-c-

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA
(Demandada)

**MEMORIAL DE OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN, ADMISIBILIDAD DE LOS
RECLAMOS Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

Dr. Héctor Arce Zaconeta
Dr. Pablo Menacho Diederich
Dr. Franz Zubieta Mariscal
Procuraduría General del Estado
Calle Martín Cárdenas No. 9
Zona Ferropetrol de El Alto
La Paz
Bolivia

Eduardo Silva Romero
José Manuel García Represa
Dechert (Paris) LLP
32 Rue de Monceau
París, 75008
Francia

Álvaro Galindo Cardona
Juan Felipe Merizalde
Dechert LLP
1900 K Street, NW
Washington, D.C., 20006
Estados Unidos de América

Representantes de la Demandada

31 de marzo de 2015

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	- 1 -
2.	PARTES Y ACTORES RELEVANTES DE LA PRESENTE CONTROVERSA	- 5 -
2.1	Partes del Arbitraje.....	- 5 -
2.1.1	South American Silver es una empresa de papel (<i>shell company</i>) de las Bermudas que pertenece a South American Silver Corp. (hoy Trimetals Mining Inc.), una compañía canadiense que especula en la bolsa de Toronto con proyectos mineros no desarrollados	- 5 -
2.1.2	El Estado Plurinacional de Bolivia.....	- 9 -
2.2	Las Comunidades Originarias del Norte de Potosí.....	- 12 -
2.2.1	Organización y gobierno de las Comunidades Originarias	- 13 -
2.2.2	La idiosincrasia de las Comunidades Originarias del Norte de Potosí.....	- 20 -
3.	LOS HECHOS DEMUESTRAN QUE SAS PROVOCÓ – ATENTANDO CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS – UN ENFRENTAMIENTO VIOLENTO ENTRE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS QUE OBLIGÓ AL ESTADO A REVERTIR LAS CONCESIONES MINERAS.....	- 24 -
3.1	La zona de Mallku Khota y su delicado equilibrio socio-ambiental	- 26 -
3.2	La supuesta adquisición de las Concesiones Mineras por CMMK coincidió con un periodo de importantes cambios políticos para garantizar los derechos de las Comunidades Originarias	- 29 -
3.3	Al contrario de lo que afirma SAS, CMMK nunca tuvo una buena relación con las Comunidades Originarias ni logró obtener su apoyo para el desarrollo del Proyecto	- 31 -
3.3.1	Desde el inicio de sus actividades en el año 2010, y en lugar de generar beneficios para las Comunidades Originarias, CMMK cometió agresiones y actos de violencia en contra de los comunarios.....	- 31 -
3.3.2	A diferencia de lo que afirma SAS, la oposición al Proyecto no vino de un “ <i>puñado de mineros ilegales</i> ” sino de las Comunidades Originarias cercanas a Mallku Khota	- 36 -
3.3.3	Ante la falta de apoyo, en 2011, CMMK inició una campaña para crear intrigas y divisiones entre las Comunidades Originarias.....	- 38 -
3.4	Ante la división existente entre las Comunidades Originarias, y para prevenir el agravamiento del conflicto, el Gobierno de Potosí intervino como mediador.....	- 44 -

3.5	CMMK agudizó las divisiones entre las Comunidades Originaras e intentó criminalizar a las Autoridades Originarias que se oponían al Proyecto.....	- 51 -
3.6	Ante la insostenible situación de violencia generada por CMMK, el Gobierno se vio obligado a revertir las Concesiones Mineras	- 59 -
3.7	En cumplimiento del Decreto de Reversión, COMIBOL encargó una valuación de los gastos incurridos por CMMK y asumió la administración de la zona del Proyecto	- 62 -
3.7.1	COMIBOL contrató los servicios de una empresa independiente que calculó los gastos incurridos por CMMK.....	- 62 -
3.7.2	Al contrario de lo que afirma SAS, COMIBOL no ha iniciado la explotación en la región de Mallku Khota.....	- 65 -
4.	EL DERECHO APLICABLE AL TRATADO EXIGE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS	- 66 -
4.1	El derecho internacional exige la “interpretación sistémica” del Tratado y, en caso de conflicto, la primacía de los derechos humanos	- 67 -
4.2	El Derecho boliviano es relevante en el presente caso para la determinación de cuestiones fundamentales	- 74 -
4.3	Los instrumentos de derecho internacional y Derecho boliviano aplicables exigen la protección de las Comunidades Originarias.....	- 76 -
5.	EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER LOS RECLAMOS PRESENTADOS POR SAS Y, EN CUALQUIER CASO, DEBE RECHAZARLOS POR SER INADMISIBLES	- 79 -
5.1	El Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción para resolver los reclamos de SAS al no ser ésta la propietaria de la inversión cuya protección reclama	- 79 -
5.1.1	El vínculo de propiedad entre SAS y la inversión es un requisito <i>sine qua non</i> para la jurisdicción del Tribunal Arbitral.	- 80 -
5.1.2	Sólo el vinculo directo de propiedad entre SAS y la inversión, que no existe en el presente caso, activaría la jurisdicción del Tribunal Arbitral.....	- 82 -
5.1.3	Aunque la propiedad indirecta fuera suficiente para activar la jurisdicción del Tribunal Arbitral (<i>quod non</i>), en este caso el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción pues la propietaria indirecta de la inversión es una sociedad canadiense	- 86 -
5.2	SAS no puede beneficiarse de la protección del Tratado al no tener “ <i>clean hands</i> ”	- 92 -
5.2.1	El inversionista que no tiene “ <i>clean hands</i> ” no puede beneficiarse de la protección del Tratado.....	- 93 -

5.2.2	En cualquier caso, el inversionista que no respeta el derecho (sea el del Estado receptor o el derecho internacional) no está protegido por el Tratado	100 -
5.2.3	SAS no tiene “ <i>clean hands</i> ”	102 -
6.	SUPONIENDO QUE EL TRIBUNAL ADMITA SU JURISDICCIÓN (QUOD NON), BOLIVIA HA CUMPLIDO SUS OBLIGACIONES BAJO EL TRATADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL	114 -
6.1	La Reversión de las Concesiones Mineras fue realizada de conformidad con el Tratado y el derecho internacional	115 -
6.1.1	La Reversión de las Concesiones Mineras cumplió con el requisito de utilidad pública y beneficio social	116 -
6.1.2	La Reversión de las Concesiones Mineras respetó el debido proceso de SAS	123 -
6.1.3	Aun si el Tribunal Arbitral considera que el Estado incumplió la condición relativa a la indemnización pronta, adecuada y efectiva (<i>quod non</i>), dicho incumplimiento no afecta la legalidad de la Reversión	127 -
6.2	Bolivia dio un trato justo y equitativo a la inversión de CMMK	134 -
6.2.1	CMMK podía legítimamente esperar que Bolivia proteja sus recursos naturales y las Comunidades Originarias de conformidad con sus obligaciones nacionales e internacionales.....	135 -
6.2.2	Bolivia actuó de buena fe	142 -
6.2.3	Bolivia trató la inversión de CMMK de manera transparente y consistente	147 -
6.3	Los demás reclamos de SAS bajo el Tratado son infundados	148 -
6.3.1	El Estado cumplió su obligación de otorgar protección plena y seguridad a las inversiones de SAS	148 -
6.3.2	El Estado cumplió su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión de CMMK.....	153 -
6.3.3	El Estado cumplió su obligación de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas	157 -
7.	SI EL TRIBUNAL CONSIDERA QUE BOLIVIA HA INCUMPLIDO ALGUNA OBLIGACIÓN BAJO EL TRATADO O EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO (QUOD NON), DEBERÁ CONSTATAR QUE SAS NO HA DEMOSTRADO HABER SUFRIDO DAÑO ALGUNO Y QUE, EN TODO CASO, LA COMPENSACIÓN DEBE LIMITARSE AL REEMBOLSO DE LAS INVERSIONES	158 -

7.1	La pretensión restitutoria de SAS es contraria al Tratado y el derecho internacional consuetudinario.....	- 160 -
7.1.1	La restitución tiene una aplicación muy limitada en el derecho internacional	- 160 -
7.1.2	En este caso, la restitución es imposible	- 162 -
7.1.3	La restitución impondría una carga desproporcionada sobre Bolivia	- 164 -
7.2	Los daños reclamados por SAS son hipotéticos e, incluso si existiesen (<i>quod non</i>), SAS no ha probado que hayan sido causados por Bolivia.....	- 165 -
7.2.1	El daño hipotético o especulativo no es resarcible.....	- 165 -
7.2.2	La carga de probar la certeza de los daños recae sobre SAS.....	- 167 -
7.2.3	SAS no ha probado que sus daños sean ciertos.....	- 167 -
7.2.4	Incluso si el Tribunal Arbitral considerase que SAS ha sufrido daños ciertos, éstos fueron causados por SAS, no por Bolivia	- 177 -
7.3	Si, <i>par impossible</i> , el Tribunal Arbitral considerase la existencia de un daño resarcible, cualquier compensación debe limitarse al reembolso de los costos en que SAS incurrió en relación al Proyecto.....	- 180 -
7.3.1	Ante el carácter especulativo del Proyecto, cualquier compensación debe limitarse al reembolso de las inversiones realizadas por SAS	- 180 -
7.3.2	Valuación del Proyecto en base a costos.....	- 184 -
7.4	Si el Tribunal considerase que el <i>market-based approach</i> es aplicable (<i>quod non</i>), deberá concluir que el análisis de RPA y FTI está fundamentalmente errado y sobrevaluado.....	- 186 -
7.4.1	La valuación realizada por RPA en base al método de comparables es arbitraria y está fundamentalmente errada	- 186 -
7.4.2	Las valuaciones realizadas por los cuatro analistas que utiliza FTI no son confiables porque tres de ellos no son independientes de SASC y, en cualquier caso, todas las valuaciones adolecen de errores fundamentales.....	- 195 -
7.5	La valuación del Proyecto no debe considerar hechos posteriores a la Fecha de Valuación Bolivia	- 198 -
7.5.1	Conforme al Tratado, el Proyecto debe valuarse a la Fecha de Valuación Bolivia.....	- 198 -
7.5.2	Contrariamente a lo sostenido por SAS, la falta de pago de compensación no convierte <i>per se</i> una expropiación en ilícita .	- 200 -
7.5.3	Resultaría arbitrario considerar la fecha del laudo a los fines de la valuación del Proyecto.....	- 205 -

7.6	El Tribunal debe negar cualquier compensación a SAS por otras supuestas violaciones del Tratado distintas al artículo V(1)	- 208 -
7.6.1	No es correcto calcular daños por causas distintas a la expropiación en base al estándar del valor justo de mercado....	- 209 -
7.6.2	SAS no ha probado haber sufrido daños por supuestos incumplimientos del Tratado ni a cuánto ascenderían.....	- 210 -
8.	INTERESES	- 211 -
8.1	La tasa de interés comercial debe preferirse respecto de la tasa de interés legal.....	- 212 -
8.2	Los criterios utilizados por FTI para calcular la tasa comercial son erróneos	- 213 -
8.3	La tasa comercial debe calcularse utilizando como referencia la emisión de bonos soberanos efectuada por Bolivia en octubre de 2012.....	- 216 -
8.4	La tasa de interés debe ser simple	- 217 -
9.	EN CUALQUIER CASO, CUALQUIER COMPENSACIÓN DE SAS DEBERÁ SER REDUCIDA SIGNIFICATIVAMENTE PARA REFLEJAR LA CONTRIBUCIÓN DE SAS A SUS PROPIAS PÉRDIDAS	- 220 -
10.	PETITORIO	- 224 -
10.1	En cuanto a jurisdicción y admisibilidad.....	- 224 -
10.2	En cuanto al fondo.....	- 224 -

1. De conformidad con el calendario previsto en la Orden Procesal No. 5 del 17 de febrero de 2015 y los artículos 21 y 23 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, como fuera revisado en 2010 (el “**Reglamento**”)¹, el Estado Plurinacional de Bolivia (“**Bolivia**” o el “**Estado**”) presenta su Memorial de Objeciones a la Jurisdicción, Admisibilidad de los Reclamos y Contestación a la Demanda (la “**Contestación**”) en respuesta al Memorial de Demanda de South American Silver Limited (“**SAS**” o la “**Demandante**”) del 24 de septiembre de 2014 (la “**Demanda**”).
2. Esta Contestación incluye la declaración testimonial del Sr. Félix Gonzales Bernal, Gobernador del Departamento de Potosí (el “**Gob. Gonzales**” o “**RWS-1**”) y los Informes Periciales del Dr. Liborio Uño Acebo (“**Uño**” o “**RER-1**”), el Prof. Kadri Dagdelen de OptiTech Engineering Solutions Inc. y la Escuela de Minas de Colorado (“**Dagdelen**” o “**RER-2**”), y los Sres. Graham A. Davis y Florin A. Dorobantu de The Brattle Group (“**Brattle**” o “**RER-3**”), así como los anexos documentales **R-9 a R-146** y los anexos jurídicos (doctrina y jurisprudencia) **RLA-1 a RLA-175**.

1. INTRODUCCIÓN

3. El presente caso constituye uno de los ejemplos más claros de irresponsabilidad social por parte de una empresa minera internacional. Además de haber causado con sus acciones y omisiones graves hechos que desataron masivas protestas y un delicado estado de conmoción pública en el Departamento del Norte de Potosí, los reclamos de SAS constituyen, desde al menos tres puntos de vista, un abuso del procedimiento:
4. Primero, como se acaba de anunciar y Bolivia demostrará en esta Contestación, los hechos que llevaron a la reversión de las concesiones mineras de la sociedad boliviana Compañía Minera Mallku Khota, S.A. (“**CMMK**” o la “**Compañía**”), de la que SAS se predica propietaria, fueron causados por sus propias acciones. Durante los dos años y medio en que CMMK llevó a cabo actividades de exploración en las diez concesiones mineras de la zona del Mallku Khota (el “**Proyecto**”), CMMK desconoció e incluso vulneró los derechos humanos, sociales y colectivos de las comunidades originarias indígenas que habitan en la zona. El

¹ Los términos en mayúsculas que no se encuentren expresamente definidos en este escrito tendrán el significado que se les atribuyó en anteriores escritos y/o correspondencias de Bolivia.

Tribunal Arbitral no puede permitir que un sistema de resolución de desavenencias internacionales sea utilizado por un demandante que no tiene “*clean hands*”.

5. Segundo, la inversión que SAS (una compañía de las Bermudas) pretende detener pertenece en realidad a la compañía South American Silver Corp. (“SASC”), una compañía canadiense que especula en la bolsa de Toronto con proyectos mineros no desarrollados. Como se demostrará, SAS abusa del Convenio entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Bolivia sobre el Fomento y la Protección de Inversiones de Capital (el “**Tratado**”) al presentar reclamos siendo una empresa de papel cuando el verdadero propietario de la inversión es una empresa canadiense que no está protegida por el Tratado ni ningún otro instrumento de protección a las inversiones.

6. Tercero, SAS pretende abusar de las normas previstas en el Tratado (si éste fuere aplicable, *quod non*) al pretender desconocer el derecho soberano que tenía el Estado de ordenar la reversión de las Concesiones Mineras por motivos de utilidad pública y beneficio social (el restablecimiento del orden público en la zona del Norte de Potosí) el 1 de agosto de 2012 (la “**Reversión**”) mediante Decreto Supremo No. 1308 (el “**Decreto de Reversión**”) y pretender que este Tribunal Arbitral le restituya las Concesiones Mineras. Es más, el reclamo alternativo de SAS consistente en la indemnización por la supuesta expropiación de su inversión también es abusivo al reclamar daños hipotéticos, que no son indemnizables bajo el derecho internacional, y estar fundamentando en valuaciones arbitrarias y exageradas.

7. Esta Contestación se estructura de la siguiente manera: en *primer lugar*, dada la complejidad sociológica y la idiosincrasia de las comunidades originarias que habitan en la zona del Proyecto y su relación con los distintos actores del Proyecto, Bolivia hará una presentación de las distintas partes y actores de esta controversia. Esta presentación será fundamental para entender la gravedad de las actuaciones de SAS y la obligación que tenía el Estado de preservar los derechos de las comunidades originarias del Norte de Potosí (las “**Comunidades Originarias**”). Como quedará demostrado, SAS es una empresa de papel (*shell company*) que pertenece a SASC, una empresa minera “*junior*” canadiense que, como otras de su especie, se dedican a especular con proyectos mineros no desarrollados. Por su parte, Bolivia es un Estado concebido bajo un modelo “Plurinacional” donde la protección de las comunidades originarias es una obligación esencial del Estado que prima sobre los derechos de las empresas privadas (**sección 2**).

8. En *segundo lugar*, Bolivia describirá los hechos del caso desde la adquisición de las Concesiones Mineras hasta los hechos posteriores a la Reversión. Como quedará demostrado, CMMK incurrió en repetidas y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, sociales y colectivos de las Comunidades Originarias. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED] Dichos hechos (i) conllevaron al rechazo total del Proyecto por parte de las comunidades cercanas y directamente afectadas por el mismo y (ii) generaron una violenta oposición entre dichas comunidades y las comunidades más lejanas que habían sido persuadidas por la Compañía. Hubo graves enfrentamientos entre ambos bandos. A finales de mayo de 2012, más de 4000 comunarios del Norte de Potosí marchaban hacia La Paz para manifestar su oposición al Proyecto y advertían no retirarse hasta que el Gobierno revocara las Concesiones Mineras. Hubo nuevos enfrentamientos, heridos y hasta un fallecido. Ante esta incontrolable situación, el Gobierno boliviano no tuvo otra alternativa que declarar la Reversión para restablecer el orden público (**sección 3**).
9. Para analizar los efectos jurídicos de estos hechos es necesario, en *tercer lugar*, determinar cuál es el derecho aplicable a la presente controversia. El Tratado no contiene una cláusula de derecho aplicable, y no existe un acuerdo entre las Partes. Por ende, el Tribunal Arbitral deberá aplicar “*la ley que estime apropiada*” (artículo 35(1) del Reglamento). Considerando las extraordinarias circunstancias fácticas de este caso, el Tribunal Arbitral deberá interpretar el Tratado a la luz de las fuentes de derecho internacional y Derecho boliviano que garantizan (y obligan al Estado a garantizar) la protección de los derechos de las Comunidades Originarias (**sección 4**).
10. En *cuarto lugar*, Bolivia demostrará que el Tribunal Arbitral debe rechazar *in limine* los reclamos presentados por SAS pues carece de jurisdicción y, en cualquier caso, dichos reclamos son inadmisibles. En efecto, en este caso no existe un vínculo de propiedad entre SAS y la inversión cuya protección reclama. Dicho vínculo es un requisito *sine qua non* para la jurisdicción de este Tribunal Arbitral. Como se demostrará, las Concesiones Mineras de CMMK pertenecen, en realidad, a un inversionista canadiense que no está protegido por el Tratado y no a la *shell company* SAS. Incluso, si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral considerara que SAS es la propietaria de la inversión, deberá rechazar sus reclamos al presentarse ante este Tribunal Arbitral sin tener “*clean hands*” (**sección 5**).

11. En *quinto lugar*, y suponiendo que el Tribunal Arbitral tenga jurisdicción sobre los reclamos de SAS y éstos sean admisibles (*quod non*), Bolivia demostrará que no incumplió sus obligaciones bajo el Tratado y el derecho internacional. En efecto, la Reversión fue una medida necesaria, ampliamente justificada y proporcionada. Bolivia, actuando siempre de buena fe, realizó todos los esfuerzos por encontrar una salida distinta a la Reversión. Sin embargo, ante la insostenible situación de orden público generada por las acciones de CMMK, el Estado se vio obligado a declarar la Reversión por razones de utilidad pública y beneficio social. Al haber iniciado un proceso de valuación independiente y unas negociaciones con SAS que hoy siguen vigentes, Bolivia no ha incumplido su obligación de no expropiar – sin compensación - las inversiones de SAS. Asimismo, Bolivia dio un trato justo y equitativo a SAS, quien podía anticipar que el Estado protegería los derechos colectivos y sociales de las Comunidades Originarias. Quedará también demostrado que Bolivia no ha incumplido sus obligaciones de otorgar protección plena y seguridad a las inversiones de SAS, de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión, y de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas (**sección 6**).
12. En *sexto lugar*, y si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral considera que Bolivia violó sus obligaciones internacionales, deberá concluir que los daños reclamados por SAS son hipotéticos y que, en todo caso, cualquier compensación debe limitarse al reembolso de las inversiones efectuadas. Como se demostrará, el Proyecto se encontraba en una etapa embrionaria, contando únicamente con un estudio *conceptual* que parte de premisas erradas y se caracteriza por su alto nivel de especulación, impidiendo otorgarle valor económico alguno al Proyecto. La insistente oposición de SAS a permitirle a Bolivia y sus expertos independientes el acceso a los documentos técnicos utilizados por sus expertos, además de ser violatorio de los más mínimos estándares del debido proceso², es sintomático del temor de SAS de que se revele el carácter especulativo de su supuesta inversión. Asimismo, quedará en evidencia que las valuaciones efectuadas por los peritos económico y minero de SAS se encuentran plagadas de errores y deben ser totalmente descartadas (**sección 7**).

² Bolivia hace la más amplia reserva de derechos sobre el particular.

13. En *séptimo lugar*, Bolivia explicará por qué la tasa de interés que SAS reclama es injustificada tanto desde un punto de vista económico como jurídico, y por qué los intereses sólo puede ser simples bajo el Derecho boliviano (**sección 8**).
14. *Por último*, y bajo el hipotético escenario de que el Tribunal Arbitral considere que Bolivia es responsable, deberá constatar la enorme responsabilidad (de, al menos, el 75%) que SAS tuvo en el desenlace final mediante la Reversión. El comportamiento de SAS necesariamente deberá tomarse en cuenta como culpa compartida al momento de cuantificar cualquier compensación, en caso de haberla (**sección 9**).
15. Por estas razones, el Tribunal Arbitral deberá aceptar las pretensiones de Bolivia (**sección 10**).

2. PARTES Y ACTORES RELEVANTES DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

16. Dada la complejidad de las comunidades y sujetos que intervienen en la presente disputa, es necesario hacer una presentación, *in limine*, de las Partes del presente arbitraje (**2.1**) y otros actores fundamentales (**2.2**).

2.1 Partes del Arbitraje

17. Las Partes del Arbitraje son la compañía South American Silver Limited (**2.1.1**) y el Estado Plurinacional de Bolivia (**2.1.2**).

2.1.1 South American Silver es una empresa de papel (*shell company*) de las Bermudas que pertenece a South American Silver Corp. (hoy Trimetals Mining Inc.), una compañía canadiense que especula en la bolsa de Toronto con proyectos mineros no desarrollados

18. La Demandante en este caso es South American Silver Limited (“SAS”). Dada la jurisdicción restringida de este Tribunal Arbitral, ello no podría incluir a su “*predecesor, empresas matrices y filial*”, como sugiere SAS en su Demanda³.
19. SAS se describe como una sociedad constituida en las Islas Bermudas, territorio británico de ultramar, perteneciente a un grupo de empresas encabezado por South American Silver Corp. (“SASC”, actualmente Trimetals Mining Inc., “**Trimetals**”)⁴, una compañía canadiense inscrita en la bolsa de valores de Toronto

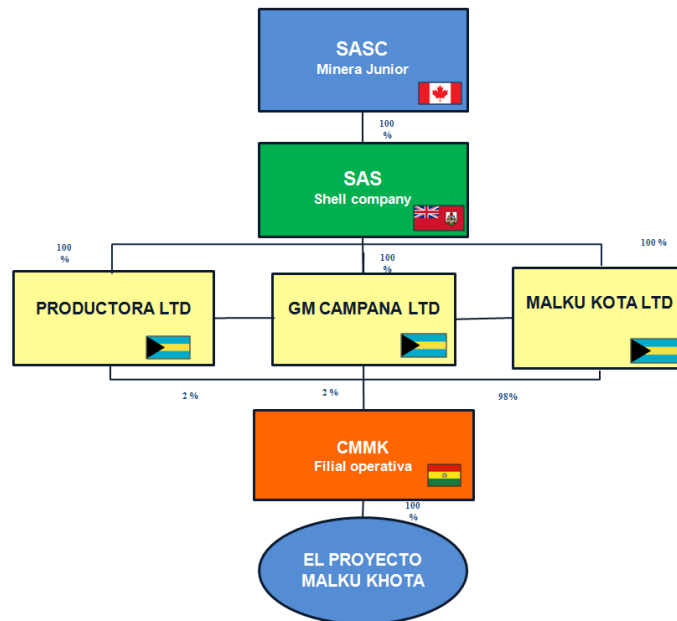
³ Demanda, pág. 1.

⁴ *Id.*

desde el año 2006, especializada en el desarrollo y exploración de proyectos mineros de plata en Sudamérica⁵.

20. SAS alega detener el 100% de las acciones de la sociedad boliviana Compañía Minera Mallku Khota S.A. (“CMMK”) a través de tres filiales constituidas en las Bahamas: Mallku Khota Ltd., Productora Ltd. y GM Campana Ltd⁶.
21. La descripción provista por SAS merece dos aclaraciones. Primero, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que SAS es una mera empresa de papel (*shell company*). Segundo, SASC, la verdadera dueña del Proyecto, además de no ser británica⁷, pertenece a un tipo de empresas mineras conocidas en la industria como “*junior*” cuya actividad económica es inherentemente especulativa⁸.

Organigrama de SASC y sus filiales (según SAS)



22. En *primer lugar*, SAS es tan sólo una más de las sociedades *off shore* de su compañía matriz canadiense, que en nada se diferencia de las sociedades intermedias constituidas en las Bahamas.

⁵ *Id.*, párr. 16.

⁶ *Id.*, párr. 1.

⁷ Ver sección 5.1 *infra*.

⁸ Junior Miners, *Silver Mining Companies*, (“*South American Silver Corp. (TSX: SAC) Mallku Khota silver project in Bolivia*”), **R-9**.

23. En efecto, a pesar de alegar en este arbitraje que habría sufrido cuantiosos perjuicios económicos, SAS no aporta documento alguno que evidencie el desarrollo de alguna actividad económica que hubiere podido verse perjudicada por las acciones de Bolivia. Ello es comprensible, puesto que la verdadera propietaria del Proyecto es SASC⁹. Fue esta compañía canadiense la que dirigió el Proyecto, asumió los escasos costos incurridos en el desarrollo del mismo e, incluso, quien sufraga los costos de este arbitraje¹⁰.
24. Como se detallará más adelante¹¹, este arbitraje se funda en el abuso de la estructura corporativa de un grupo empresarial. SASC pretende obtener, mediante el uso y abuso de la nacionalidad británica de una compañía de papel, beneficios que el Tratado no le confiere a los nacionales canadienses.
25. En *segundo lugar*, conviene revelar la naturaleza de la actividad económica inherentemente especulativa de SASC, verdadera propietaria de la inversión. SASC

⁹ SAS declara que “CMMK es la filial operativa boliviana de SASC [...] [y no de SAS] una empresa minera especializada en el desarrollo y explotación de proyectos mineros de plata en Sudamérica”, Demanda, párr. 1 (el resaltado es nuestro). Ver, por ejemplo, Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Corp. Announces First Drilling Results at the Malku Khota Silver Project in Bolivia* del 28 de junio de 2007 (“*South American Silver Corp. (‘SASC’ or the ‘Company’)* is pleased to announce the results of its first diamond drill hole at its Malku Khota silver property in Bolivia”), **R-10**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces Intersection of New Lead-Zinc-Silver SEDEX Mineralization at Malku Khota* del 28 de agosto de 2008, **R-11**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Corp. Completes Final Tranche of \$3.25 Million Financing* del 7 de diciembre de 2009 (“SASC is a mineral exploration company that acquires, explores and develops mineral properties, primarily silver, gold and copper in South America. The Company presently holds interests in two material properties: the flagship Malku Khota silver-indium-gold property in Bolivia and the Escalones copper-gold-molybdenum property in Chile”), **R-12**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Provides a Metallurgical Update at Malku Khota Showing Improved Metal Recoveries* del 11 de septiembre de 2009 (“*South American Silver Corp. (‘SASC’ or the ‘Company’)* announces that it has completed a series of metallurgical tests on samples from the Malku Khota silver-indium project in Bolivia”), **R-13**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces \$28 Million Financing* del 8 de noviembre de 2010 (“*South American Silver Corp. is a growth focused mineral exploration company creating value through the exploration and development of the 100% owned Malku Khota Silver-Indium project in Bolivia*”), **R-14**.

¹⁰ En efecto, las inversiones estrictamente necesarias para cubrir los costos y gastos inherentes a la explotación del proyecto fueron financiados por SASC – y no por SAS – mediante su cotización en la bolsa de valores y la emisión de nuevas acciones cuyo único objetivo era financiar los gastos de exploración. Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces \$28 Million Financing* del 8 de noviembre de 2010, **R-14**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Third Quarter President’s Message and Project Update* del 18 de noviembre de 2010, **R-15**. Ver, también, Nota de prensa, Market Watch, *South American Silver Announces Arbitration Costs Funding Arrangement* del 24 de marzo de 2014, **R-16**.

¹¹ Ver Sección 5.1, *infra*.

es una minera “junior” canadiense, un tipo de empresa que ha proliferado en los últimos años a raíz de las altas cotizaciones de los recursos minerales¹².

26. Primero, cabe resaltar que estas mineras *junior* raramente explotan los yacimientos que detentan¹³. Su falta de capital propio implica un *modus operandi* caracterizado por la transferencia de sus derechos sobre los yacimientos a otras empresas denominadas “*mineras senior*”, que son las que, *a posteriori*, realizan las inversiones necesarias para la explotación efectiva de los yacimientos.
27. Las mineras *junior* conservan sólo una pequeña participación en las ganancias generadas por la explotación, que es suficiente para garantizarles importantes beneficios sin mayor inversión. Esta estrategia les asegura un enriquecimiento acelerado, aun cuando los yacimientos que detentan, como el Proyecto, no se encuentren en producción o se encuentren en una fase temprana de desarrollo.
28. Segundo, la mayoría de las mineras junior – como SASC – se inscriben en la Bolsa de Valores de Toronto y se amparan en las permisivas leyes canadienses que, además de un extenso amparo legal, les otorgan un apoyo activo en los ámbitos financiero, político, legislativo y diplomático¹⁴. Lo anterior, como explican los expertos de la industria minera, les permite desarrollar un proyecto minero con el mínimo de costos y el máximo de protección judicial:

La permisividad de los reglamentos del TSX [Toronto Stock Exchange], y el apoyo financiero, político, moral y diplomático del gobierno canadiense a las transnacionales mineras son únicos alrededor del mundo, y han convertido a Canadá en un verdadero paraíso para el sector minero.

[...]

*La jurisdicción canadiense permite tanto a empresas juniors como majors minimizar sus costos sin tener que rendir cuentas sobre sus prácticas en el terreno. Esta impunidad abre la puerta a acciones múltiples en contra de los pueblos, trabajadores y el medio ambiente*¹⁵.

¹² Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota, Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 10, **R-17**.

¹³ Nota de prensa, *Semana Económica, La minería junior, un segmento a explorar* del 6 de septiembre de 2011, **R-18**.

¹⁴ *Id. Ver*, también, W. Sacher, *El modelo minero canadiense: Saqueo e impunidad institucionalizados* de julio de 2011, **R-19**.

¹⁵ A. Deneault y W. Sacher, *Canadá, paraíso judicial para transnacionales mineras*, La Jornada del 13 de diciembre del 2013, **R-20**.

29. En general, los expertos de la industria también advierten el peligro que representan estas mineras junior, pues ellas:

*están asociadas a casos de corrupción, evasión fiscal, contaminación masiva, ataques a la salud pública, criminalización de la resistencia, complicidad en la violación y asesinato de opositores a la minería, pactos con grupos paramilitares, expropiaciones violentas, tráfico de armas, etcétera: la lista es interminable*¹⁶.

30. Las prácticas especulativas de las mineras *junior* las han hecho protagonistas de grandes fraudes y escándalos financieros mundiales, como el caso Bre-X. Bre-X era una minera junior que en los años 90' aseguró haber descubierto el yacimiento de oro más grande del mundo en Busang, Indonesia. La información comunicada por Bre-X sobre el potencial de dicho yacimiento desencadenó un frenético incremento de su cotización bursátil, aun cuando la empresa no había extraído un solo gramo de oro, pues su proyecto – como el que nos ocupa – se encontraba apenas en fase de exploración. Después se descubriría que Bre-X había inflado engañosamente la valuación del yacimiento minero, causando el colapso del precio de sus acciones y, con él, la ruina de números inversionistas¹⁷.
31. Estas aclaraciones resultan relevantes puesto que, como se verá más adelante, ellas tienen un impacto fundamental en la labor del Tribunal Arbitral al establecer su jurisdicción sobre los reclamos presentados, analizar el mérito de los mismos y el exagerado monto de la compensación reclamada.

2.1.2 El Estado Plurinacional de Bolivia

32. El Estado Plurinacional de Bolivia como parte del arbitraje no puede considerarse sin conocer las particularidades de su población, modelo de Estado e historia reciente. Además, es necesario presentar también a las autoridades bolivianas que participaron en los hechos que dieron lugar a esta controversia.
33. En *primer lugar*, debe señalarse que Bolivia es el país con mayor porcentaje de población indígena de América Latina¹⁸. Para el momento en que SAS

¹⁶ *Id.* (el resaltado es nuestro).

¹⁷ Finanzas, *¿Quién se acuerda hoy de Bre-X, el mayor fraude cometido en la historia del oro?* del 30 de diciembre de 2012, **R-21**; The Economist, *Gold mining- Rumbled* del 8 de mayo de 1997, **R-22**.

¹⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Pueblos Indígenas y Tribales – Bolivia*, **R-23**.

supuestamente habría adquirido su inversión, el 62% de la población boliviana se autoidentificaba como indígena¹⁹.

34. En Bolivia, se reconocen más de 30 pueblos indígenas, siendo la mayoría provenientes de las tribus *Quechua* y *Aymara*²⁰. A su vez, la mayor concentración indígena boliviana se encuentra en las llamadas “*tierras altas*”, correspondiente al espacio dominado por la Cordillera de los Andes que comúnmente se asocia con los departamentos del altiplano: La Paz, Potosí y Oruro²¹. En efecto, en las “*tierras altas*”, la totalidad de los municipios tienen una población mayoritariamente indígena²².
35. La composición demográfica boliviana hace que una característica esencial de su modelo de Estado sea el carácter “plurinacional”²³. Un Estado “plurinacional” implica una estructura institucional y un régimen legal que reconoce:

*[L]a existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios [y] garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales de conformidad con [la] Constitución y la ley*²⁴.

36. Por ello, el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano ha explicado que:

[E]l carácter Plurinacional implica el quiebre de los fundamentos del Estado-nación basado en el monoculturalismo y el monismo jurídico, pues

¹⁹ En el censo de 2001, el 62% de la población boliviana se autoidentificó como indígena. En el siguiente censo, en 2012, el 40,3% de la población se autoidentificó como indígena. Banco Interamericano de Desarrollo, División de Género y Diversidad (SCL/GDI), *Contando la Población Indígena en Bolivia* de enero de 2015, **R-24**.

²⁰ Instituto Nacional de Estadística Boliviano, *Principales resultados de censo nacional de población y vivienda 2012 (CNPV 2012)*, pág. 50, **R-25**. Organización Internacional del Trabajo, *Pueblos Indígenas y Tribales – Bolivia*, **R-23**.

²¹ G. Colque, *Autonomías indígenas en tierras altas: Breve mapeo para la implementación de la Autonomía Indígena Originaria Campesina*, Fundación Tierra, 2009, pág. 21, **RLA-1**.

²² *Id.*, pág. 43.

²³ Ya desde el año 1995 Bolivia se reconocía constitucionalmente como una república “*multiétnica y pluricultural*”, en la cual se debían respetar los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, “*especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas costumbres e instituciones*”, Constitución Política del Estado, Ley No. 1615, de adecuación y concordancias de la Constitución Política del Estado del 6 de febrero de 1995, arts. 1 y 171, **RLA-2**.

²⁴ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 2, **RLA-3**.

no sólo reconoce a los pueblos indígenas como culturas diferentes -en el marco de una noción multicultural- sino como “naciones”, entendiendo a éstas no únicamente como comunidades históricas con un territorio natal determinado que comparte lengua y cultura diferenciada, sino como pueblos con capacidad política para definir sus destinos (libre determinación) aunque en el marco de la unidad del Estado, de acuerdo a lo previsto por el art. 2 de la CPE²⁵.

37. Ese carácter de “plurinacional” del Estado de Bolivia es el logro de una lucha indígena inmemorable que se manifestó con especial ahínco a comienzos de los años 90’ (a propósito del quinto centenario de la colonización española). Para entonces, como explica el Profesor Liborio Uño, experto legal de Bolivia, abogado de origen quechua y una de las autoridades más reputadas en derecho de las naciones originarias, *“los Pueblos Originarios por primera vez logran convertirse en la fuerza política central de su propio proceso de reivindicación”²⁶.*
38. Varias marchas y manifestaciones sociales llevaron al proceso constituyente que se inició tras la consolidación del *“Pacto de Unidad de las organizaciones indígenas y originarias”* en la cumbre social que se realizó en la ciudad de Santa Cruz del 15 al 17 de febrero de 2006 y que dio como resultado el reconocimiento pleno de la realidad plurinacional boliviana dejando atrás *“bajo la estrategia política de la integración del indio a la vida nacional occidental, lo que implicaba una homogeneización nacional bajo un Estado y nación profundamente monista en términos nacionales, estatales y jurídicos”²⁷.*
39. En *segundo lugar*, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que, como se explicará en la siguiente sección, varias autoridades bolivianas jugaron un papel fundamental en la controversia como preservadores del orden público regional,

²⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 0112/2012 del 27 de abril de 2012, sección III, **RLA-4**.

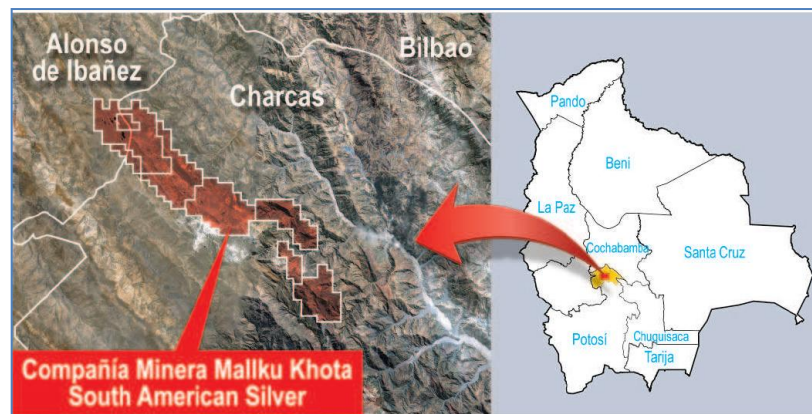
²⁶ Uño, párr. 19, **RER-1**. Como explica el Dr. Liborio Uño, “[h]asta comienzos del siglo XVI, el hoy territorio boliviano vivía bajo el Estado Federativo del Tahuantinsuyo. Este Estado colapsó en esa época con la llegada de la colonización española, la cual destruyó los organismos estatales vigentes y usurpó las funciones y roles gubernamentales que ejercían sus autoridades. Como consecuencia, la democracia comunitaria, participativa y federal del Estado del Tahuantinsuyo fue reemplazada por un Estado basado en el monarquismo colonial, vertical y centralista. Por ello, desde las rebeliones anticoloniales de 1780, los líderes de los Pueblos Originarios han tenido como uno de sus objetivos principales la recuperación de los cargos estatales y de gobierno que tenían antes de la invasión de los españoles”, *Id.*, párr. 13.

²⁷ *Id.*, párr. 17. Estas marchas incluyeron, (i) la “Marcha por el Territorio y la Dignidad” de 1990; (ii) la “Marcha por el Territorio, el Desarrollo y la Participación Política de los Pueblos Indígenas” de 1996; (iii) la “Marcha por la Tierra, el Territorio y los Recursos Naturales” del año 2000; (iv) la “Guerra del Agua” en Cochabamba en el año 2000; y (v) la “Marcha por la Soberanía Popular, el Territorio y los Recursos Naturales” de 2002. *Id.*, párr. 22.

mediadores de los conflictos que se presentaron en la zona del Proyecto y como facilitadores de los acuerdos alcanzados en julio de 2012, que dieron lugar a la Reversión. Estas autoridades son (i) la Gobernación del departamento del Potosí, encabezada por el Señor Félix González, testigo de Bolivia en este arbitraje, y (ii) la Secretaría Departamental de la Madre Tierra y Medio Ambiente de Potosí, entidad de la Gobernación encargada de proponer y ejecutar políticas de desarrollo sostenible y medio ambiente en el departamento de Potosí, así como de la coordinación y dirección del manejo de los recursos naturales y renovables en el Departamento.

2.2 Las Comunidades Originarias del Norte de Potosí

40. El Proyecto de CMMK se encuentra en las “*tierras altas*” bolivianas, precisamente en una de las zonas de alta concentración de población indígena: el norte del departamento de Potosí²⁸. Específicamente, el yacimiento minero de Mallku Khota se localiza en los municipios de Sacaca (capital de la provincia Alonso de Ibáñez), Toracari (provincia de Charcas) y San Pedro de Buena Vista (capital de la provincia de Charcas), según se muestra en el siguiente gráfico²⁹:



²⁸ Mallory, párr. 6, **CWS-3**.

²⁹ Centro de Documentación e Información de Bolivia, *Mallku Khota, Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 5, **R-17**.

41. Como lo reconoce SAS³⁰, existen diversas comunidades indígenas originarias campesinas en el área del Proyecto, cuya existencia es anterior a la colonia y cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias³¹.
42. Por ello, aunque no sean partes de este arbitraje, es innegable que las comunidades originarias del Norte de Potosí (las “**Comunidades Originarias**”) jugaron un papel fundamental en los hechos que dan lugar a esta controversia y en la decisión de la Reversión.
43. Para poder evaluar la conducta de CMMK y el Estado boliviano es necesario entender cómo se organizan y autogobiernan las Comunidades Originarias puesto que, como se explicará más adelante³², los derechos nacional e internacional disponen que tales formas de organización y autogobierno deben ser respetadas por todos los individuos. Además, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta los rasgos distintivos de las Comunidades Originarias afectadas, lo que permitirá comprender los motivos que llevaron al fracaso del proyecto minero en Mallku Khota.

2.2.1 Organización y gobierno de las Comunidades Originarias

44. *In genere*, las Comunidades Originarias constituyen territorios indígena originario campesinos (“**TIOC**”). Los TIOCs corresponden a una de las formas de organización territorial reconocidas en Bolivia bajo el principio de la “*preexistencia*”

³⁰ Demanda, párr. 45; Mallory, párr. 6, **CWS-3**.

³¹ La Constitución Política del Estado define a la nación y pueblo indígena originario como “*toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española*”, Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 30 (I), **RLA-3**. Concretamente, la ley los define como “*pueblos y naciones que existen con anterioridad a la invasión o colonización, constituyen una unidad sociopolítica, históricamente desarrollada, con organización, cultura, instituciones, derecho, ritualidad, religión, idioma y otras características comunes e integradas*”, Ley Marco de Autonomías No. 031 del 19 de julio de 2010, artículo 6 (III), **R-7**. En Bolivia se reconocen constitucionalmente (**RLA-3**) sus derechos a, entre otros, la libre determinación y territorialidad (artículo 30.4), a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado (artículo 30.5), a la protección de sus lugares sagrados (artículo 30.7), a vivir en un medio ambiente sano (artículo 30.10) y a la consulta previa (artículo 30.15).

³² Ver sección 4, *infra*.

*de las naciones y pueblos indígena originario campesinos*³³, junto con los departamentos, las provincias y los municipios³⁴.

45. Los TIOCs pueden estar compuestos por comunidades³⁵ y se definen como “*el territorio ancestral sobre el cual se constituyeron las tierras colectivas o comunitarias de origen*”³⁶.
46. Los TIOCs gozan de una “*autonomía indígena originaria campesina consiste[nte] en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos*”³⁷. Este autogobierno se ejerce “*de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley*”³⁸.
47. En suma, a los TIOCs se les reconoce su “*integralidad*”, la cual incluye:

*[e]l derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza*³⁹.

48. Las Comunidades Originarias, como TIOCs, tienen dos métodos de organización territorial con sistemas de poder y toma de decisiones propios⁴⁰: la estructura de tipo ancestral (la “**Organización Ancestral**”) y la estructura de tipo sindical (la “**Organización Sindical**”).

³³ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 270, **RLA-3**.

³⁴ *Id.*, artículo 269.

³⁵ *Id.*, artículo 403.

³⁶ Ley Marco de Autonomías No. 031 del 19 de julio de 2010, artículo 6 (I) (2), **R-7**.

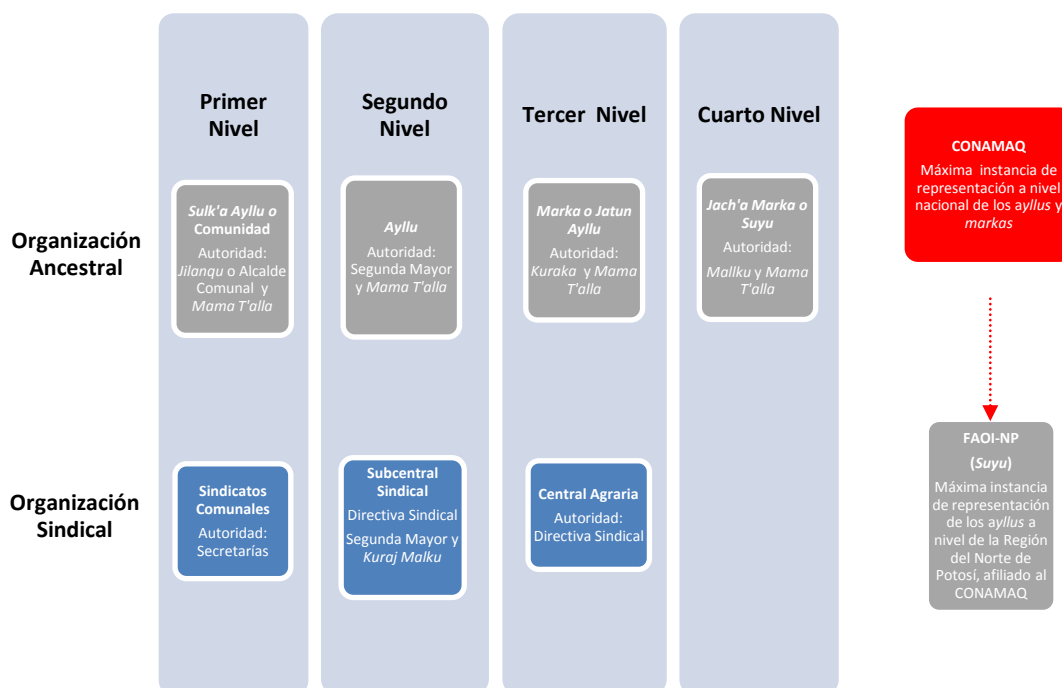
³⁷ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 289 y 291, **RLA-3**.

³⁸ *Id.*, artículo 290.

³⁹ *Id.*, artículo 403.

⁴⁰ Declaración Testimonial de Mallory, párr. 6, **CWS-3**.

Organización de las Comunidades Originarias del Antigo Territorio de la Nación Charkas-Qhara Qhara



49. El tipo de estructura varía de una comunidad a otra. Particularmente, en el área global del Proyecto, existe una superposición de las estructuras de Organización Ancestral y Sindical.

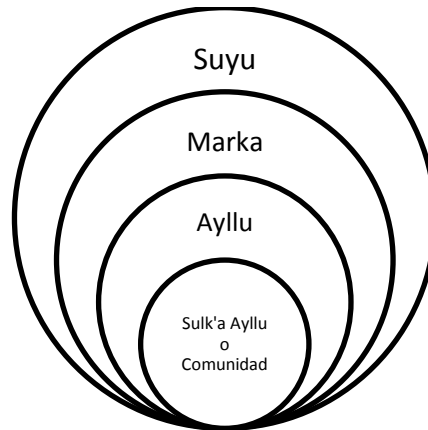
2.2.1.1 Organización Ancestral

50. Desde el Estado del Tahuantinsuyu⁴¹, la Organización Ancestral en las “tierras altas” se ha dividido en (i) *sullk'a ayllus*, (ii) *ayllus*, (iii) *markas* y (iv) *suyus*⁴². El *sullk'a ayllu* es la comunidad de base en las naciones *Aymaras* y *Quechuas* y está conformado por varias familias. A su vez, la unión de varios *sullk'a ayllus*

⁴¹ Como explica el Dr. Uño, “El Tahuantinsuyo era una tetrafederación de cuatro suyus o macroestados conformado por el Chinchasuyu al norte, el Qollasuyu al sur, el Antisuyu al este y Contisuyu al oeste, con su centro y capital en Cuzco. El Tahuantinsuyo ocupaba los territorios actuales desde el norte de Ecuador hasta el norte argentino y desde las selvas del Amazonas hasta las costas del Pacífico”, Uño, nota al pie 1, **RER-1**.

⁴² Las “Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos” se definen como “pueblos y naciones que existen con anterioridad a la invasión o colonización, constituyen una unidad sociopolítica, históricamente desarrollada, con organización, cultura, instituciones, derecho, ritualidad, religión, idioma y otras características comunes e integradas. Se encuentran asentados en un territorio ancestral determinado y mediante sus instituciones propias, en tierras altas son los Suyos conformados por Markas, Ayllus y otras formas de organización, y en tierras bajas con las características propias de cada pueblo indígena, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2, el Parágrafo I del Artículo 30 y el Artículo 32 de la Constitución Política del Estado”, Ley Marco de Autonomías No. 031 del 19 de julio de 2010, artículo 6 (III), **R-7**.

conforman un *ayllu*, la unión de varios *ayllus* conforma una *marka*, y la unión de varias *markas* conforma un *suyu*⁴³.



51. Cada nivel de organización tiene una autoridad máxima, según se muestra en el cuadro del párrafo 48 *supra*⁴⁴, caracterizada por la dualidad en la que existe una figura masculina y una femenina, la *Mama T'alla*⁴⁵. Sus funciones abarcan la administración política y jurídica de la unidad territorial (*e.g.*, la tenencia de la tierra y los ritos), así como la mediación o intermediación con el Estado e instituciones privadas⁴⁶.
52. Cuando el líder de un nivel de organización menor no puede resolver algún conflicto, por ejemplo, por involucrar otra unidad territorial, le debe remitir el caso a la autoridad del siguiente nivel. La autoridad de nivel mayor debe buscar una solución en consenso con los líderes de los niveles menores, pero no podrá imponer su voluntad a las autoridades de nivel menor⁴⁷.
53. Así, por ejemplo, si el *Jilanqu* de una comunidad tiene un problema que involucra a otra comunidad, éste debe remitir el asunto al Segunda Mayor, máxima autoridad del *ayllu*, quien deberá buscar un consenso entre los *Jilanqus* de las comunidades

⁴³ Uño, párr. 52-64, **RER-1**.

⁴⁴ *Id.* Estos son cargos no remunerados, que se prestan como una forma de cumplir la obligación de la tierra y que generalmente se asume por rotación de las cabezas de familia, según un orden de ocupación de las parcelas familiares.

⁴⁵ *Id.*, párr. 53.

⁴⁶ *Id.*, párr. 51.

⁴⁷ *Id.*, párr. 53.

involucradas, pero no podrá imponer su voluntad. Si el problema no se soluciona, podría requerirse que sea sometido a la instancia de toma de decisiones colectivas.

54. El lugar de debate y toma de decisiones colectivas en cada nivel de la Organización Ancestral es el “*Tantachawi*”, “*la Asamblea*” o “*Cabildo*”⁴⁸, siendo esta la máxima instancia de decisión⁴⁹.
55. Las asambleas se rigen por el principio de consenso o unanimidad, alejándose de criterios de mayoría y minoría que conocemos en las sociedades modernas⁵⁰. Las decisiones así adoptadas se reflejan en actas firmadas por sus asistentes y marcadas con un sello que denota legalidad⁵¹. Dichas decisiones deben ser acatadas no sólo por los miembros de la Comunidad Originaria, sino por cualquier individuo, aun cuando no sea miembro⁵².
56. En caso de no estar presentes todos los individuos que deben participar en una decisión específica o de no alcanzarse el consenso, la decisión no podrá ser tomada y deberá postergarse para una nueva oportunidad⁵³. Por otra parte, está estrictamente prohibida la asistencia no autorizada de miembros ajenos a los cabildos⁵⁴, craso error que, como mencionaremos más adelante, cometió CMMK.
57. Las asambleas o cabildos pueden organizarse a nivel de la comunidad, del *ayllu*, de la *marka*, del *suyu* y a nivel nacional. Su competencia variará según el nivel de unidad territorial para el cual fue organizado⁵⁵.

2.2.1.2 *Organización Sindical*

⁴⁸ *Id.*, párr. 55.

⁴⁹ *Id.*, párr. 56.

⁵⁰ *Id. Ver*, también, Nota de Prensa, Eju Noticias, *Hay 298 territorios indígenas titulados en Bolivia; originarios de tierras bajas deciden por consenso* del 9 de abril de 2012, **R-26**; Capítulo de Derechos Humanos Democracia y Desarrollo, *En usos y costumbres pesa la aclamación* del 1 de febrero de 2010, **R-27**.

⁵¹ Uño, párr. 56, **RER-1**.

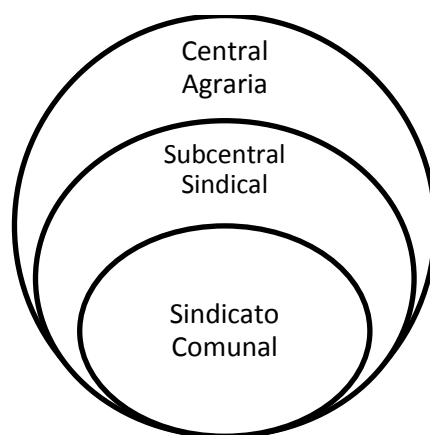
⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, párr. 55.

⁵⁵ *Id.*, párr. 59.

58. La Organización Sindical se instauró en las zonas de ex hacienda a partir de la reforma agraria de 1953, en virtud de la cual los hacendatarios tuvieron que devolver sus tierras a los originarios y, a la manera del sindicato obrero occidental, se formó para la defensa y promoción de sus intereses laborales⁵⁶.
59. La Organización Sindical tiene tres niveles, cada uno con una autoridad máxima, según se muestra en el cuadro del párrafo 48 *supra*. En un primer nivel, las comunidades se organizan en sindicatos comunales con cargos denominados “secretarías”. En un segundo nivel, se forma la Subcentral Sindical como asociación de comunidades de base que, en lo cultural y territorial, siguen el modelo del *ayllu*. En un tercer nivel, por encima de las Subcentrales Sindicales, se encuentra la Central Agraria⁵⁷.



60. En todos los niveles de la Organización Sindical, la *Asamblea* es la máxima instancia de decisión para recomendar y solucionar problemas entre sus miembros y supervisar el desempeño del directorio⁵⁸. El proceso de toma de decisiones colectivas en la Organización Sindical también se basa fundamentalmente en el consenso, aunque en algunos casos las decisiones se toman por mayoría de votos⁵⁹.

⁵⁶ *Id.*, párr. 52.

⁵⁷ *Id.*, párr. 52-64.

⁵⁸ *Id.*, párr. 57.

⁵⁹ *Id.*

2.2.1.3 Organizaciones Indígenas

61. Adicionalmente, deben mencionarse dos organizaciones indígenas cuya participación en los hechos que dan lugar a esta controversia fue crucial y que representan los intereses de las Comunidades Originarias:
62. En *primer lugar*, el Consejo de Ayllus y Markas del Qullasuyu (“**CONAMAQ**”) ⁶⁰ que es la máxima instancia de representación política a nivel nacional de los *ayllus* y *markas* existentes en la región de las “*tierras altas*” de Bolivia.
63. El CONAMAQ es uno de los actores políticos fundamentales del proceso de reivindicación de los derechos indígenas en Bolivia ⁶¹. Conformado por la representación de varios *suyus*, las decisiones que se toman a su interior son vinculantes para sus miembros ⁶².
64. En *segundo lugar*, la Federación de Ayllus Originarios Indígenas de Norte Potosí (“**FAOI-NP**”) ⁶³ es un *suyu* conformado por más de 40 *ayllus* y es la máxima representación de los *ayllus* de la región del Norte de Potosí ⁶⁴. FAOI-NP pertenece al CONAMAQ y, desde 1993, ha venido impulsando un proceso de reconstrucción y recuperación de las autoridades originarias de los *ayllus* debilitadas a partir de la aparición de los sindicatos agrarios ⁶⁵.

⁶⁰ El CONAMAQ es una organización indígena, identificada con personería jurídica No. 0342 del 28 de septiembre de 1998. Prefectura del Departamento de la Paz, Resolución Prefectural No. 0342 del 28 de septiembre de 1998, **R-28**.

⁶¹ Uño, párr. 20, **RER-1**.

⁶² *Id.* El CONAMAQ agrupa 19 *suyus*: Jach’a Carangas (Oruro), Jatun Killakas Asanajaquis (Oruro), Ayllus Originarios de los Suyus Charka Qhara Qhara “FAOI-NP” (Norte Potosí), CAOP (Consejo de Ayllus Originarios de Potosí), Qhara Qhara Suyu (Chuquisaca), Ayllus de Cochabamba (Cochabamba), Jach’a Pakajaqui (La Paz), Urus (Oruro y La Paz), Kallawayas (La Paz), Qullas (La Paz), Qhapac Omasuyu (La Paz), Suras (Oruro), Chuwis (Cochabamba), Chichas (Sud Potosí), Yampara Suyu (Chuquisaca), Yapacaní (Santa Cruz), Suyus Larecaja (Norte La Paz), Afrobolivianos y comunidades Indígena Originarias de Tarija. La representación del CONAMAQ tiene presencia en las tierras altas de Bolivia, en siete departamentos: La Paz, Oruro, Potosí, Cochabamba, Tarija, Sucre y Santa Cruz.

⁶³ FAOI-NP es un *suyu* y una organización indígena con personalidad jurídica No 06/2000 del 16 de agosto del año 2000. Prefectura del Departamento de Potosí, Resolución Prefectural No. 06/2000 del 16 de agosto de 2000, **R-29**.

⁶⁴ Uño, párr. 67, **RER-1**.

⁶⁵ *Id.*

65. Como se explicará con mayor detalle más adelante, durante la operación de CMMK en el Proyecto, ésta promovió la supuesta creación de una tercera entidad paralela llamada COTOA-6A. Dicha organización, sin embargo, no tiene ninguna legitimidad dentro de la organización ancestral o sindical de las Comunidades Originarias y sirvió como plataforma para diluir las protestas de las Comunidades y *ayllus* que se oponían al Proyecto.

* * *

66. En suma, las Comunidades Originarias tienen una institucionalidad propia inherente a la realidad social y cultural de un Estado Plurinacional. Cualquier decisión que afecte sus intereses, especialmente en cuanto a medidas que se tomen dentro de su territorio, debe ser tomada con respeto estricto de esta institucionalidad de manera que no se produzcan fragmentaciones en su interior que pongan en peligro su propia existencia.

2.2.2 La idiosincrasia de las Comunidades Originarias del Norte de Potosí

67. SAS reconoce que las Concesiones se ubican en la intersección de cinco *ayllus* en el Norte de Potosí⁶⁶. En efecto, el Decreto de Reversión indica que:

Las diez Autorizaciones Transitorias Especiales [...] se encuentran en los territorios de los ayllus; Takahuani, Sulk'a Jilatikani, Urinsaya, Jatun Urinsaya y Samca, de las Provincias de Alonso Ibañez y Charcas del Departamento del Potosí. Los ayllus mencionados, con excepción del ayllu Samca, cuentan con Título de Tierra Comunitaria de Origen (TCO)⁶⁷.

68. Entre de los cinco *ayllus* mencionados, la comunidad de Mallku Khota era la comunidad más afectada por las actividades de CMMK, como se explicará en mayor detalle en la siguiente sección.

Identificación de las Comunidades Originarias del área del Proyecto

Marka o Jatun Ayllu	Ayllu	Comunidad o Sulk'a Ayllu
Sacaca	Sulk'a Jilatikani	Colpani Carpakani Pampa
		Janta Palka
		Ovejería
		Wuarimarka Pampajasi (Totorojo)

⁶⁶ Demanda, párrs. 45 y 46; Mallory, párr. 6, CWS-3.

⁶⁷ Decreto de Reversión, pág. 2, C-4.

		Kari Kari – Mallku Khota
Chayanta	Tacahuani	Tacahuani
		Poetira
		Molle Molle
		Paqueri
		Vilacala
		Jancoyo
		Larkeri
		Calachaca
Sacaca	Urinsaya	Alpayaque
		Escoma
		Toracari
		Alcalaca
		Jach' acalla
		Huaylloma
		Winqaylla
		Pumiri
		Sikiri
		Condor Khasa
		Ulleria
Sacaca	Jatun Urinsaya	Jach' u uyu
		Wich' u K'uru
		Chiku Iturata
		Ch' amakuma
		Sirqi
		Lakhata
		Chuñuna
		Ñiqiwinki
		Qaymani
		Vilapampa
		Tujuta
		Huancarani
		Jayuma
		Sut' awaña Chico
		Qu' chini
		Ch' aphikass
		Kjuruyo
		Pichakani
		Hiskawani
		Keñuma
		Porta
		Patapani
		Q' ara Yapu
		Sak' ani Alto Lege
		Uma Ch' iwiri
		Cayara
		Jank' u Willki
		Leke
		Mesekune y Qaymak' ucho
		Wallquire
		Nuñumayani
Vaqueria		
Tayara		
Churiqala		

		Tekaña
		Vitora
		Jist'añani
		Sakani Chico
		Chayaqueña Grande –Chico- Wakhanchuru
		Wisqu
		Tuntani
		Awjila Pampa
		Turki
		Uma Chiwiri
Sacaca	Samca	Kisivillque
		Kayastia
		Acomarca
		Alta Tica Noma II
		Wakamachura
		Chivirita
		Cantuyo
		Mallcuchapi
		Taipiloma

69. La comunidad de Mallku Khota se encuentra en una zona de extrema pobreza⁶⁸. Compuesta por aproximadamente 50 familias, la comunidad de Mallku Khota adopta la Organización Ancestral y hace parte del *ayllu* Sullk'a Jilatikani que, a su vez, forma parte de la *marka* Sacaca, capital de la nación originaria de los Charkas-Qhara Qhara.
70. Sobre el área de Mallku Khota deben hacerse dos observaciones que permiten comprender las particularidades del comportamiento de sus pobladores frente a las actividades de CMMK:
71. En *primer lugar*, debe tenerse en cuenta que el cerro Mallku Khota fue objeto de explotación desde la colonia española⁶⁹. Para las Comunidades Originarias, ello quedó registrado en la memoria colectiva como un saqueo de sus minerales, un sinónimo de esclavitud, y un antecedente que las empobreció mediante el cobro de tributos exorbitantes⁷⁰. El Dr. Uño explica que:

[L]a memoria y la conciencia oral de las comunidades de Mallku Khota llevan esta experiencia del saqueo colonial de los minerales del cerro

⁶⁸ Uño, párr. 78, **RER-1**.

⁶⁹ *Id.* párr. 75.

⁷⁰ *Id.*

*sagrado o Tío de Mallku Khota y de la explotación a otras comunidades indígenas que, dueñas de los recursos, los ven extintos, sin obtener ningún beneficio a cambio. De allí vienen, entre otros hechos, las reivindicaciones más profundas sobre los minerales que están contenidos en las montañas sagradas de la región de Mallku Khota*⁷¹.

72. Las Comunidades Originarias se consideran propietarias ancestrales de los minerales de las montañas andinas⁷². En su cosmovisión, el rol de estos minerales difiere de la visión occidental que se ha tenido desde la colonia. Como explica el Dr. Uño:

*Desde los tiempos del Estado del Tahuantinsuyo, el oro y la plata fueron considerados por los Pueblos Originarios como una reproducción mineral del padre Sol y de la madre Luna [...] En la concepción de la propiedad de los minerales en el mundo andino existe la cosmovisión de que los minerales son parte de la entraña de las montañas y, por ello, no pueden ser explotados sin rituales imprescindibles a favor de los Tíos o cuerpos sagrados de los dioses andinos. Sin los pagos al Tío por sus minerales, no es posible la explotación de los metales andinos [...] Contrastando con lo anterior, para el mercantilismo colonial europeo, el oro y la plata fueron considerados simplemente como la expresión fundamental de la riqueza. La mayoría de los españoles que venían a América y a Potosí tenían el sueño de enriquecerse lo más rápido posible para retornar a España y vivir una vida señorial y nobiliaria, por lo que sobreexplotaron a los pobladores originarios*⁷³.

73. En segundo lugar, debe resaltarse que la comunidad de Mallku Khota y las comunidades aledañas rigen su conducta a través de principios ancestrales como el *ama quilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso, ni seas ladrón), principios de tradición quechua aymara elevados hoy día a rango constitucional como principios de la sociedad boliviana para determinar el contenido de las normas jurídicas y como máximas que debe respetar todo boliviano y extranjero en territorio nacional⁷⁴.
74. En vista de lo anterior, el Tribunal Arbitral podrá concluir que el desarrollo de cualquier actividad minera en el área de Mallku Khota es un asunto particularmente sensible desde el punto de vista social y que, para su desarrollo, se requiere un nivel

⁷¹ *Id.* párr. 80.

⁷² *Id.* párr. 69.

⁷³ *Id.* párr. 71, 72 y 74.

⁷⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 951/2012 del 22 de agosto de 2012, **RLA-5**.

especial de transparencia y diligencia por parte del inversionista privado. Como se describe a continuación, esto no ocurrió con CMMK.

3. LOS HECHOS DEMUESTRAN QUE SAS PROVOCÓ – ATENTANDO CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS – UN ENFRENTAMIENTO VIOLENTO ENTRE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS QUE OBLIGÓ AL ESTADO A REVERTIR LAS CONCESIONES MINERAS

75. Como se demostrará a continuación, los hechos que rodearon la supuesta inversión de SAS en Bolivia son muy distintos a los descritos en la Demanda.

76. Ante la imprecisión de la descripción de los hechos de la Demanda, Bolivia se ve obligada a describir en detalle el verdadero relato de lo que ocurrió durante los dos años y medio en que CMMK desarrolló el Proyecto. Este relato incluye acciones de CMMK violatorias de los derechos humanos y los derechos sociales y colectivos de las Comunidades Originarias. [REDACTED]

77. Al respecto, es llamativo que la Demanda de SAS contenga una descripción incompleta o parcializada de algunos de los hechos que ocurrieron durante la explotación del Proyecto. Pero si hay algo más llamativo que una descripción incompleta o parcializada de un hecho, esto es la omisión intencional de mencionar hechos de suma gravedad. En su lectura de la Demanda, el Tribunal Arbitral deberá ver con cautela los periodos de tiempo en que, según SAS, “nada ocurrió”.

78. Consciente de las particularidades sociales y culturales que caracterizan a las Comunidades Originarias del Norte de Potosí y de la inminente oposición que éstas habían manifestado en el pasado a proyectos de explotación de recursos naturales a gran escala, CMMK decidió adquirir unas Concesiones Mineras ubicadas en una zona con un delicado equilibrio socio-ambiental (3.1).

79. A diferencia de lo que pretende afirmar SAS, la adquisición de las Concesiones Mineras se llevó a cabo en un periodo de importantes cambios políticos en Bolivia tendientes a garantizar los derechos de las Comunidades Originarias. Dichos cambios políticos, que SAS conocía o debía conocer, permitían anticipar la oposición de las Comunidades Originarias a una explotación en gran escala del cerro de Mallku Khota (3.2).

80. Por ello, no fue extraño que el Proyecto de CMMK tuviera una oposición radical y generalizada desde sus inicios. A diferencia de la impresión que SAS busca crear en su Demanda, esta oposición no provino de “*un puñado de mineros ilegales*” sino de las Comunidades Originarias vecinas al Proyecto que veían en él una violación a sus creencias ancestrales y un riesgo inminente al medio ambiente del que dependía su supervivencia. A diferencia de otros proyectos mineros en la región que supieron ganarse la aceptación de las Comunidades Originarias gracias a esfuerzos de socialización y obras sociales para mejorar su condición de vida, CMMK no socializó adecuadamente el Proyecto y realizó irrisorias obras sociales que aumentaron el descontento de la población local.
81. Ante esta oposición, CMMK inició una campaña de mal llamadas “*relaciones públicas*” que en realidad buscaba crear intrigas y divisiones entre las Comunidades Originarias. Dicha estrategia, como se describirá, llegó al punto de “*comprar voluntades*” de Comunidades ajenas al Proyecto e incluso facilitar la creación de una supuesta organización de pueblos indígenas que, según SAS, apoyaba el Proyecto, aunque se trataba en realidad de una organización ilegal e ilegítima (3.3).
82. El inexorable riesgo que corría el orden público de la región no escapó a la atención de la Gobernación de Potosí. Consciente de la tenacidad de las Comunidades Originarias, el Gobierno departamental realizó sus mejores oficios para prevenir el agravamiento de un conflicto que parecía inminente y encontrar una solución pacífica (3.4).
83. Sin embargo, estas labores de mediación se vieron afectadas una vez más por la conducta de CMMK. A principios de 2012, y ante la creciente oposición comunaria y la necesidad de alcanzar un consenso en una población dividida, la Compañía inició una campaña de amenazas (físicas y jurídicas) e instigación a la violencia entre las Comunidades Originarias que apoyaban el y se oponían al Proyecto. La Compañía llegó al punto de criminalizar a las Autoridades Originarias que manifestaban su oposición al Proyecto. Para principios de 2012, la situación de orden público era tan grave e insostenible que la integridad física de las propias autoridades gubernamentales, encabezadas por el Gobernador, se vio comprometida (3.5).
84. Para mayo de 2012, la situación era incontrolable. Mientras la Gobernación insistía en buscar un acuerdo con los comunarios que permitiese a CMMK continuar con el Proyecto, la Compañía persistía en sus esfuerzos por acallar a los líderes

comunitarios que lo rechazaban. En un hecho sin precedentes, CMMK organizó la movilización de Comunidades Originarias lejanas a la zona y que apoyaban el Proyecto a cambio de promesas irrisorias para enfrentarse con piedras y palos con las Comunidades de Mallku Khota y Calachaca (comunidades vecinas directamente afectadas por el Proyecto). A principios de junio de 2012, más de 4000 comunarios marcharon a La Paz para manifestar su oposición al Proyecto, intentaron tomarse la sede de la Vicepresidencia, y advirtieron no irse hasta que se revocaran las Concesiones Mineras. Paralelamente, las fuerzas del orden público intentaban calmar los disturbios. Hubo varios comunarios heridos, policías retenidos y hasta un habitante de la comunidad Mallku Khota, el Sr. José Mamani (de 45 años de edad), perdió la vida, todo lo cual mereció un pronunciamiento que fue reportado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia. Ante esta incontrolable situación, el Gobierno boliviano no tuvo otra alternativa que declarar la Reversión para restablecer el orden público (3.6).

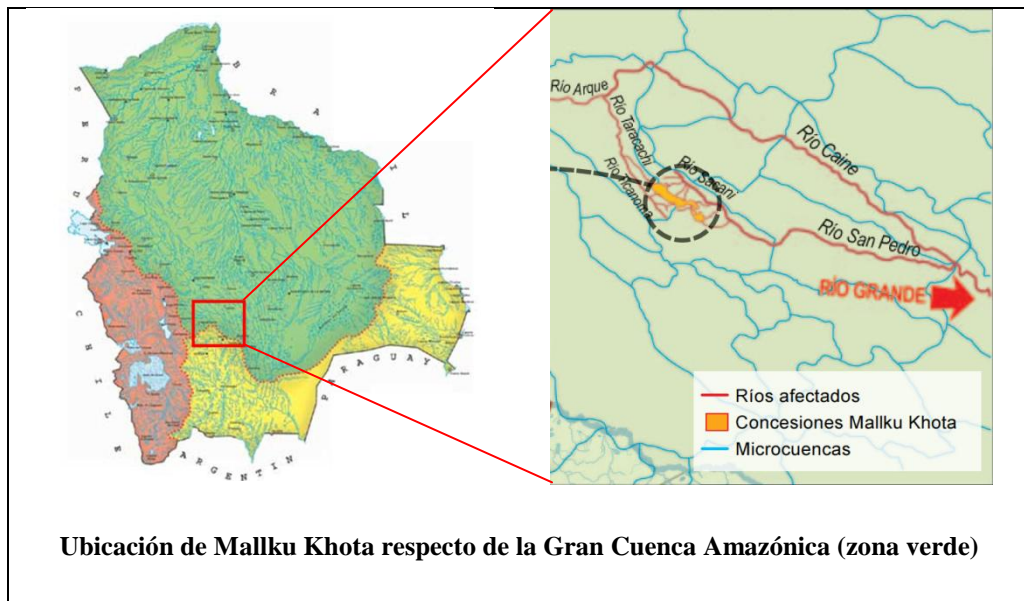
85. Desde entonces, y en cumplimiento del Decreto de Reversión, el Estado inició la administración de la zona del Proyecto y encargó una valuación independiente para determinar la indemnización que correspondía a CMMK (3.7). A la fecha, no ha sido posible alcanzar un acuerdo con la Compañía, lo que motivó el presente arbitraje.

3.1 La zona de Mallku Khota y su delicado equilibrio socio-ambiental

86. La zona de Mallku Khota, en el norte del Departamento de Potosí, hace parte de la Gran Cuenca Amazónica. Concretamente, la zona del Proyecto se encuentra ubicada en la cabecera de la Cuenca del Río Grande, región de delicado equilibrio ambiental en la cual cualquier intervención que implique la modificación de las formaciones montañosas compromete el equilibrio natural de varias sub-cuencas hidrográficas. En un estudio publicado en el año 2010 por el Centro Andino para la Gestión y Uso del Agua, se constató que el sistema hidrográfico al que pertenece la zona de Mallku Khota, “*por sus características geológicas, fisiográficas, pendiente y uso del suelo, presenta más del 80% de su área con riesgos de erosión entre moderado a alto*”⁷⁵, por lo cual constituye “*una Cuenca muy susceptible a los cambios de uso que el*

⁷⁵ Centro Andino para la Gestión y Uso del Agua, *Caracterización de la Cuenca Alta del Río Grande y Chaco Cruceño* de 2010 de 2010, pág. 40, **R-30**.

hombre pueda implementar”⁷⁶ con las graves consecuencias ambientales que ello conlleva.



Ubicación de Mallku Khota respecto de la Gran Cuenca Amazónica (zona verde)

87. En una publicación reciente, el Centro de Documentación e Información Bolivia (“CEDIB”) denunció los potenciales riesgos que representaba el Proyecto para el equilibrio ambiental y el abastecimiento de agua en la zona:

La concesión de 5.475 Has, en sus 3 zonas proyectos de extracción en las zonas Limosna, Wara Wara y Sucre, en 3 tajos característicos de la minería a cielo abierto y las técnicas de lixiviación por ácido clorhídrico, afectarían directamente a 42 TCOs, el asentamiento de la comunidad y cuatro lagos glaciares. Y al referirnos a afectación directa nos referimos a que los tajos a cielo abierto se realizarían en el lugar del poblado y de una de las lagunas. La producción programada nos da un mejor panorama de la situación que está por venir: 410,57 ton. de plata por año en los primero cinco años, y durante los siguientes 15 años de la explotación un promedio anual de alrededor de 326.59 ton, 158 millones de onzas de plata; 1.184 ton. de indio; 191 millones de libras de plomo; 135 millones de libras de zinc; 88 millones de libras de cobre y 212 toneladas de galio. Esto consumiría un estimado de 4.800 m³/día (para tener una parámetro esta cantidad abastecería casi 74 mil personas en la ciudad del El Alto) de agua proveniente de fuentes superficiales y subterráneas afectando una de las más importantes cabeceras de cuenca de la macrocuenca amazónica⁷⁷.

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ Centro de Documentación e Información Bolivia, *El Agua. Entre los conflictos mineros y las propuestas normativas*, Revista Petropress No. 29, julio – septiembre de 2012, págs. 10 y 11 (el resaltado es nuestro), **R-31**.

88. En ese sentido, “una modificación en esas crestas”, como las perforaciones y movimientos de tierra previstas por CMMK para adelantar el Proyecto, “puede provocar un desequilibrio del sistema hidrográfico, provocando que el agua escurra hacia otro sitio (es decir, vaya a ser parte de otro sistema (otra cuenca))”⁷⁸.
89. Si bien CMMK nunca realizó un estudio que permitiera determinar con certeza el impacto en las cuencas fluviales de una mina a cielo abierto como la que pretendía desarrollar con el Proyecto, de los distintos *Preliminary Economic Assessments* (“PEA”) ya se concluía que el impacto ambiental era un factor que incidiría seguramente en su desarrollo. En efecto, desde el PEA del año 2009, se sabía que “[i]n the areas possibly impacted by any future mining activity are several high elevation alpine lakes, which may constitute sensitive environmental ecosystems, and the potential impact to these lakes will require careful study”⁷⁹.
90. Estas lagunas no son únicamente un ecosistema frágil de la zona. Como se explicó anteriormente, para las Comunidades Originarias, estas lagunas son sagradas y representan la principal fuente de aprovisionamiento de agua potable de la zona. En el año 2012, el Kuraka de la Marka Sacaca (Nación Charkas Qhara Qhara), Cancio Rojas, máxima autoridad de cuatro de los cinco Ayllus involucrados en el conflicto⁸⁰, le manifestó a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia que:
- Mallku quta es una cordillera a 4500 m.s.n.m. considerado lugar sagrado, fuentes de agua, criadero de truchas, existen varias lagunas, de estas 3 lagunas permanentes distribuyen agua a más de 30 comunidades en las faldas de la cordillera, al lado de las habitan más de 70 familias Mallku quta y Qalachaka, algunas comunidades están a 3, 4, y 5 Km. de distancia*⁸¹.
91. La zona del Proyecto constituye entonces un área de complejas relaciones sociales y culturales ubicada en una región particularmente sensible a una intervención industrial como una mina a cielo abierto.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Preliminary Economic Assessment Technical Report for the Malku Khota Project, 13 de marzo de 2009, pág. 18.2, **C-13**.

⁸⁰ Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011, **R-32**.

⁸¹ Carta de Cancio Rojas al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia del 16 de abril de 2012 (el resaltado es nuestro), **R-33**.

3.2 La supuesta adquisición de las Concesiones Mineras por CMMK coincidió con un periodo de importantes cambios políticos para garantizar los derechos de las Comunidades Originarias

92. Como lo reconoce SAS⁸², la adquisición de las diez Concesiones Mineras que conforman el área del Proyecto fue realizada por CMMK entre los años 2003 y 2008. De hecho, el ejercicio de la opción de compra de la concesión Norma el 22 de abril de 2008 marcó el inicio de los trabajos de exploración a los que se refiere el relato contenido en la Demanda⁸³.
93. Para el momento en que CMMK consolidó definitivamente su propiedad sobre el Proyecto y decidió emprender su programa en la zona de Mallku Khota, Bolivia estaba viviendo uno de los cambios más importantes de su historia. En efecto, la elección del presidente Evo Morales Ayma el 22 de enero de 2006 marcó el inicio de un proceso de ampliación y reconocimiento jurídico de los derechos sociales y colectivos de las Comunidades Originarias, sus instituciones y tradiciones ancestrales de vida.
94. Sin embargo, Bolivia debe precisar que este fenómeno sólo significó una *ampliación* del marco jurídico de protección de derechos existente y que cualquier inversor extranjero podía y debía conocer. Precisamente, en 1991, Bolivia ya había aprobado y ratificado el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales (el “**Convenio 169 de la OIT**”), por virtud del cual contrajo obligaciones en materia de protección, garantía y respeto de las costumbres, instituciones y derecho a la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas⁸⁴.
95. Concretamente, la Ley 1777 del 17 de marzo de 1997 (el “**Código Minero de 1997**”), parte integral de los elementos que, según SAS, constituían “*el compromiso de Bolivia de atraer y proteger inversiones extranjeras*”⁸⁵, preveía desde su promulgación que “*los preceptos del artículo 171º de la Constitución Política del Estado y las disposiciones pertinentes del convenio No 169 de la Organización del*

⁸² Demanda, párr. 35.

⁸³ *Id.*, párr. 39.

⁸⁴ Ver Uño, párr. 27-31, **RER-1**. Debe agregarse que Bolivia es Estado signatario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoce, desde el 27 de junio de 1993, la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de conformidad con dicho instrumento (**R-34**).

⁸⁵ Demanda, párr. 18.

*Trabajo ratificado por Ley 1257 de II de julio de 1991 son aplicables al sector minero*⁸⁶.

96. Por ello, la elección del Presidente Morales y la promulgación de una nueva Constitución marcó un avance en materia legislativa. La tendencia al reconocimiento de las formas locales y ancestrales de gobierno de las Comunidades Originarias se manifestó de varias formas:
97. Por una parte, el Plan Nacional de Desarrollo para el período 2006 a 2010 fijó como objetivo del Estado el reconocimiento de las Comunidades Originarias como núcleos esenciales de la sociedad y actores principales del gobierno a nivel local⁸⁷.
98. Por otra parte, la Constitución Política del Estado, promulgada el 7 de febrero de 2009, incorporó nuevas disposiciones relativas a los derechos y prerrogativas de los pueblos indígenas, tales como (i) la representación parlamentaria; (ii) el reconocimiento de sistemas de administración de justicia originaria campesina en el mismo nivel que la justicia ordinaria; (iii) la representación en el Tribunal Constitucional Plurinacional; (iv) el derecho al aprovechamiento de los recursos naturales e hídricos de la comunidad; (v) el derecho a la propiedad exclusiva de los recursos forestales; y (vi) el derecho a la tierra comunitaria e indígena.
99. Estos importantes cambios en la institucionalidad y vida política del Estado son determinantes para comprender el papel de las autoridades del Departamento de Potosí y del Gobierno Nacional en los eventos que ocurrieron desde la llegada de CMMK hasta la Reversión de las Concesiones. Como señalaremos más adelante, la mediación y posterior intervención de los Gobiernos departamental y nacional estuvieron siempre guiados por el respeto a los derechos de las Comunidades Originarias y la autonomía de sus decisiones⁸⁸. La aplicación de este marco jurídico no obedece a ningún cambio abrupto ni desconocido para la Compañía.

⁸⁶ Código Minero de 1997, artículo 15, **C-30**.

⁸⁷ Ver, por ejemplo, Plan Nacional de Desarrollo para el período 2006-2010, pág. 134 (*“Afianzamiento del ejercicio de derechos de los Pueblos Indígenas y Originarios. Propone construir colectivamente e implementar un marco normativo e institucional favorable al ejercicio pleno de los derechos indígenas y originarios. Esta estrategia se orienta a construir el soporte institucional en el Estado que permita facilitar y promover la vigencia de los derechos territoriales en particular y de los derechos indígenas y originarios en general”*), **R-35**.

⁸⁸ Gob. Gonzales, párr. 10, **RWS-1**.

3.3 Al contrario de lo que afirma SAS, CMMK nunca tuvo una buena relación con las Comunidades Originarias ni logró obtener su apoyo para el desarrollo del Proyecto

100. A medida que CMMK comenzó a realizar actividades menores en la zona del Proyecto y antes de consolidar su titularidad sobre todas las Concesiones Mineras, la Compañía emprendió un programa de apoyo comunitario con un impacto irrisorio en las Comunidades Originarias, quienes, por el contrario, se vieron sometidas a graves vejámenes y agresiones como consecuencia de la presencia de la Compañía (3.3.1). Ello explica que, a diferencia de lo que afirma SAS, para el año 2010, existiera un rechazo generalizado a la presencia de CMMK en la zona de Mallku Khota (3.3.2). Esto haría que, en el año 2011, CMMK cambiara de estrategia en sus relaciones comunitarias, e implementara una estrategia tendiente a crear divisiones internas entre las Comunidades Originarias para obtener así el apoyo de algunas de ellas (3.3.3).

3.3.1 Desde el inicio de sus actividades en el año 2010, y en lugar de generar beneficios para las Comunidades Originarias, CMMK cometió agresiones y actos de violencia en contra de los comunarios

101. En su Demanda, SAS afirma que la presencia de CMMK en la zona del Proyecto vino acompañada de un programa de desarrollo comunitario “*in a manner that promotes sustainable development, improves the social welfare of the regio[n] in which it operates, and contributes to the country’s economic growth*”⁸⁹. No obstante, los compromisos firmados por CMMK con las Comunidades Originarias – a los que hacen expresa referencia los testigos de SAS⁹⁰ – prueban que la Compañía nunca tuvo la intención de invertir seriamente en el bienestar de las Comunidades y que, por el contrario, buscaba ganar el apoyo de los comunarios con proyectos cuyo costo e impacto social resultaban irrisorios.

102. Los supuestos “proyectos de alto impacto social” que CMMK alega haber realizado, como demuestran estos compromisos, incluían, *inter alia*:

- a. La provisión de “*cemento, calamina, vigas listones, alambre y traslado de adove (sic) y arena en el sector*” para que la Comunidad de Chalachaca (una de las Comunidades más cercanas a la zona de perforaciones) construyera una

⁸⁹ Mallory, párr. 7, CWS-3. Ver, también, Demanda, párr. 48.

⁹⁰ Gonzales Yutronic, párr. 5, CWS-4.

iglesia de 6 x 4 metros⁹¹. No es cierto, como insinúa el Sr. Gonzales Yutronic, que CMMK haya realizado la construcción de este edificio⁹²;

- b. La provisión de hojas de zinc (“calamina”) “para el techo de una iglesia de 8 x 4 m”⁹³ como una actividad de beneficio para tres comunidades del Ayllu Urinsaya, así como otro material de la misma naturaleza en la Comunidad de Kisiwill⁹⁴. Estos últimos materiales costaron a la Compañía 4.324 Bolivianos (cerca de US\$ 625)⁹⁵;
- c. Mejorías en ciertos caminos de la zona. Dichas obras, mencionadas por el Sr. Gonzales Yutronic⁹⁶, fueron en efecto prometidas por CMMK. Sin embargo, debían ser realizadas por las mismas Comunidades Originarias⁹⁷ o, en el mejor de los casos, fueron ofrecidas a cambio de que las Comunidades Originarias cedieran terrenos para realizar actividades relacionadas con el Proyecto⁹⁸; y
- d. Por último, otras contribuciones de CMMK demuestran el poco interés que tuvo la compañía en desarrollar un programa serio que representara verdaderos beneficios para las Comunidades Originarias, tales como

⁹¹ Acta de compromiso del 1 de mayo de 2007 (“Comunidad de Chalachaca se compromete: a-Aportar con la mano de obra de la construcción de la capilla, fabricación de adoves (sic) necesarios por su cuentas”), **R-36**.

⁹² Gonzales Yutronic, párr. 5 (“Some of the projects included [...] building the church in Calachaca”), **CWS-4**.

⁹³ Acta de compromiso del 4 de julio del 2009, **R-37**.

⁹⁴ En esta comunidad, CMMK se comprometió a “donar una cantidad de calamina para una superficie de 9x4 metros que sera (sic) utilizado en la Escuela” y a la provisión de tubería galvanizada. Acta de compromiso del 24 de abril de 2007, **R-38**.

⁹⁵ Acta de cumplimiento del acuerdo firmado el 24 de abril de 2007 (sin fecha), **R-39**.

⁹⁶ Gonzalez Yutronic, párr. 5 (“Some of the projects included widening the road to Kari Kari...”), **CWS-4**.

⁹⁷ Acta de compromiso del 7 de octubre de 2007 (“[L]a Empresa se compromete apoyar (sic) al ayllu Tacahuani con el mejoramiento de camino con la participacion (sic) de las comunidades”), **R-40**.

⁹⁸ Acta de compromiso del 26 de septiembre de 2007 (“La comunidad se compromete a proporcionar un espacio de terreno para la construcción de un dique de agua para depositar los residuos de perforación (agua) [...]. La empresa en compensación de este acuerdo acepta realizar un camino carretero desde el rio Challuastiri hasta la Comunidad de Kayestia”), **R-41**.

uniformes deportivos⁹⁹, libros de actas¹⁰⁰, un tubo para riego¹⁰¹ o una ducha¹⁰².

103. Por ende, la presencia de CMMK nunca se tradujo en beneficios reales (o en el mejor de los casos significativos) para las Comunidades Originarias cercanas al Proyecto. De hecho, las irrisorias promesas de CMMK en estas fechas no se cumplieron, por lo cual las Comunidades Originarias denunciaron a la Compañía por haberse instalado en la zona a través de “*engaños de propuestas de proyectos*”¹⁰³, particularmente, comentaron las promesas incumplidas de dar trabajo a los comunarios. Como señala el Gobernador del Departamento de Potosí, Sr. Félix Gonzales, la inversión social en las primeras etapas de desarrollo había sido esencial en el pasado para desarrollar proyecto mineros cuando estos afectaban a las Comunidades Originarias cercanas. Este había sido el caso, por ejemplo, del proyecto minero de la Compañía Minera San Cristóbal, empresa que tuvo que desarrollar un importante programa de desarrollo comunitario antes de poder iniciar actividades en la zona¹⁰⁴.
104. Por el contrario, el incremento de personal de CMMK en la zona del Proyecto vino acompañado de un temor generalizado por parte de las Comunidades Originarias quienes vieron amenazadas sus formas tradicionales de vida. De los documentos técnicos elaborados por SASC, se puede apreciar que, durante el año 2010, “*drilling [progressed] to bring the total drilled at Mallku Khota to over 40,000 m*”¹⁰⁵. También en su Demanda, SAS señala que, durante esta época, “*CCMK perforó 26 sondajes adicionales y recolectó más de 10.000 metros de muestras*”¹⁰⁶. Lo anterior

⁹⁹ Acta de compromiso del 16 de abril de 2007, **R-42**.

¹⁰⁰ Acta de compromiso del 20 de abril de 2008 (“*La Empresa minera Malku Khota Realizo (sic) la entrega de 10 libros de acta para cada comunidad del ayllu, de acuerdo a los compromisos*”), **R-43**.

¹⁰¹ Acta de compromiso del 1 de septiembre de 2007, **R-44**.

¹⁰² Acta de compromiso del 16 de abril de 2007 (Comunidad Cayastia), **R-45**.

¹⁰³ Voto resolutivo de los Ayllus Sullka Jilaticani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010, **R-46**.

¹⁰⁴ Gob. Gonzales, párrs. 15-16, **RWS-1**. Ver, también, Programa de Relaciones Comunitarias de la Minera San Cristóbal, **R-47**.

¹⁰⁵ *Preliminary Economic Assessment Update, Technical Report for the Malku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, pág. 12, **C-14**.

¹⁰⁶ Demanda, párr. 42.

supuso (i) una mayor presencia de empleados y personas extrañas a las Comunidades Originarias y, con esto, (ii) denuncias de abusos en contra de sus miembros y de (iii) actividades de la Compañía que ponían en riesgo sus formas ancestrales de vida.

105. A diferencia de lo que afirma SAS, los problemas con las Comunidades Originarias no estaban “claramente en línea de lo que se podía esperar de un proyecto de esta magnitud”¹⁰⁷. Por el contrario, las Comunidades Originarias denunciaron desde un inicio vejámenes en contra de sus miembros y un rechazo generalizado a la presencia de CMMK, lo cual ya era evidente en febrero de 2010¹⁰⁸. Dada su gravedad, Bolivia debe relatar las clases de abusos más significativos que resultan inaceptables, máxime cuando la compañía se había comprometido a respetar los usos y costumbres de las Comunidades Originarias¹⁰⁹.

106. La primera y más grave clase de hechos denunciados se refiere [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

¹⁰⁷ *Id.* párr. 49.

¹⁰⁸ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

¹⁰⁹ Ver, por ejemplo, Acta de compromiso del 16 de abril de 2007 (Comunidad Cayastia) (“la empresa se compromete a respetar los usos y costumbre (sic) de la comunidad, sin afectar el medio ambiente del sector del proyecto”), **R-45**; Acta de compromiso del 20 de julio de 2007 (“la empresa se compromete a mantener su Compromiso Social de respeto a sus usos y Costumbres de la Comunidad”), **R-48**; Acta de compromiso del 1 de septiembre del 2007 (“la Cia. Minera se compromete a respetar los usos y costumbres de la comunidad y el medio ambiente”), **R-44**; Acta de compromiso del 7 de octubre de 2007, **R-40**; Acta de compromiso del 24 de abril de 2007, **R-38**; Acta de compromiso del 1 de mayo de 2007, **R-36**.

110 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

111 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

██████████. A pesar de la gravedad de los actos perpetrados por sus empleados, CMMK nunca tomó acciones contra ellos, quienes siguieron no solamente vinculados a la Compañía, sino presentes en la zona. Esto, naturalmente, exacerbó los ánimos de las Comunidades Originarias en contra de la Compañía.

107. La segunda clase de hechos denunciados se refiere a la contaminación ambiental de lugares sagrados para las Comunidades de los cuales dependía su subsistencia. Desde febrero de 2010, una Organización Sindical a la que pertenecían miembros de las Comunidades Originarias de la zona del Proyecto ¹¹³ denunciaba, refiriéndose a la actividad minera de la zona, que *“la minería es la que mas (sic) contamina a la pacha mama las concesiones mineras [...] los empresarios mineros contaminan los ríos con los productos químicos que usan y el agua que es la sangre de la tierra ya no sirven para regar y producir nuestros alimentos, no solo para nosotros como humanos sino también afecta la supervivencia de nuestros animales de toda especie”*¹¹⁴. Denuncias más amplias, como la realizada por FAOI-NP el 28 de febrero de 2011, reflejaban un descontento por las amenazas al medio ambiente que suponía la presencia de CMMK en la zona¹¹⁵. En conclusión, las actividades de la Compañía en la zona durante el año 2010 dejaron claro que, (i) por una parte, CMMK no estaba desarrollando con seriedad el proyecto, puesto que no cumplía con los compromisos adquiridos con anterioridad (que, por lo demás, eran irrisorios), y que, por otra parte, (ii) la inobservancia de los usos y costumbres – e incluso variados abusos contra miembros de dichas Comunidades – por parte del personal de CMMK (cuya agravación en el futuro con el avance del Proyecto era previsible) representaba una amenaza a las formas tradicionales de existencia y sus derechos colectivos.
109. Por estos motivos, como señalaremos a continuación, fueron las Comunidades Originarias, especialmente aquellas que se encontraban cerca del área de impacto

¹¹² Carta de Cancio Rojas al Ministerio de Justicia del 16 de abril de 2012; **R-53** Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011, **R-51**.

¹¹³ La Primera Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro de Buenavista de Potosí está conformada, entre otros, por miembros de la Comunidad Tacahuani asentada en la misma zona donde se encuentran las Concesiones Mineras.

¹¹⁴ Resolución de la Primera Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro de Buenavista de Potosí del 6 de febrero de 2010, **R-54**.

¹¹⁵ Resolución de FAOI-NP del 28 de febrero de 2011, **R-52**. Ver, también, Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011, **R-51**.

del Proyecto, quienes se opusieron firme y continuamente a las actividades de CMMK.

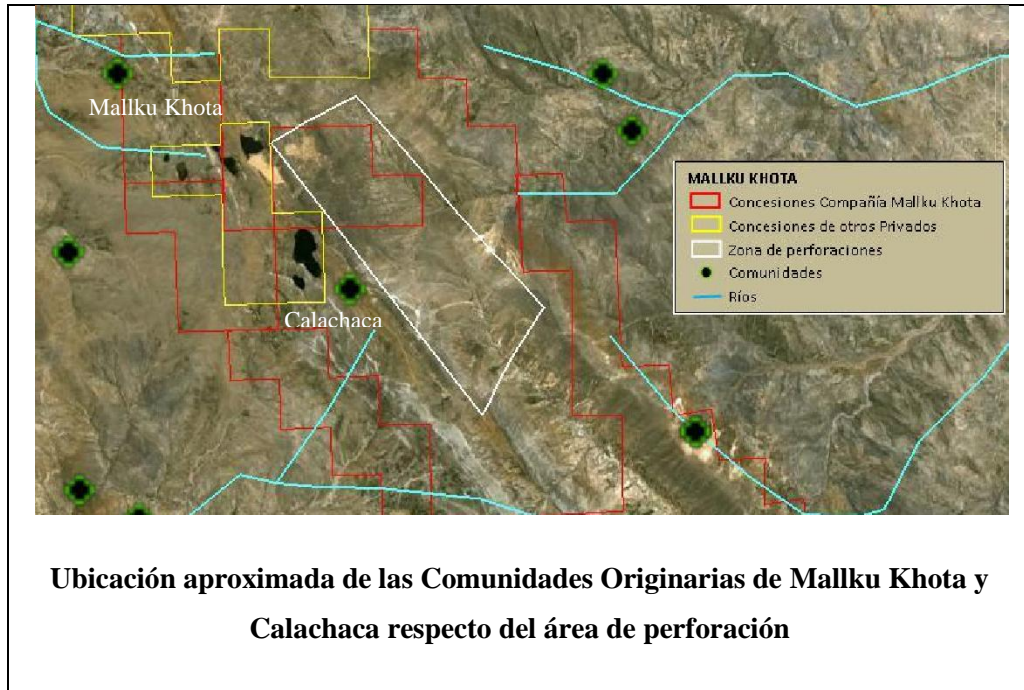
3.3.2 A diferencia de lo que afirma SAS, la oposición al Proyecto no vino de un “puñado de mineros ilegales” sino de las Comunidades Originarias cercanas a Mallku Khota

110. SAS reconoce que el año 2010 marcó el inicio de una actividad más intensa en la zona del Proyecto pero se limita a afirmar (como lo hacen sus testigos¹¹⁶) que, “[h]asta mediados de 2011, los problemas con las comunidades eran limitados”¹¹⁷. De hecho, SAS no ha presentado ningún acuerdo que demuestre algún tipo de apoyo de las Comunidades Originarias anterior al 25 de septiembre de 2011¹¹⁸.
111. Lo cierto es que los documentos anteriores a septiembre de 2011 confirman que CMMK enfrentó un rechazo generalizado por parte de las Comunidades Originarias. En efecto, durante el año 2010, las Comunidades Originarias manifestaron en múltiples ocasiones su rechazo absoluto al desarrollo del Proyecto. En particular, una férrea oposición a las actividades de la Compañía provino de las Comunidades de Mallku Khota (perteneciente al Ayllu Sullka Jilatikani) y Calachaca (perteneciente al Ayllu Tacahuani) ubicadas a pocos kilómetros del área de perforaciones del Proyecto. La oposición de estas Comunidades – que por su ubicación se veían afectadas directamente por el desarrollo del Proyecto – se mantendría a lo largo de 2011 y 2012.

¹¹⁶ Gonzales Yutronic, párr. 4, **CWS-4**.

¹¹⁷ Demanda, párr. 49.

¹¹⁸ Voto resolutivo del 25 de septiembre de 2011, **C-44**.



112. Durante el año 2010, el rechazo también provino de otras Comunidades. El 11 de diciembre de 2010, los Ayllus Sullka Jilaticani, Takahuani, Urinsaya y Samka y, en particular, las Comunidades más Cercanas al Proyecto ¹¹⁹, denunciaron las actuaciones de CMMK como abusivas y contrarias a las creencias y costumbres de las Comunidades Originarias. Concretamente, la oposición de las Comunidades provenía de los *“abusos, contaminación, falta de respeto a las autoridades originarias y bases en general, engaños de propuestas de proyectos, amenazas de desminocion (sic) de aguas de los vertientes y la destrucción de nuestros cultivos,* [REDACTED] ¹²⁰.

113. Posteriormente, el 19 de diciembre de 2010, los mismos 4 ayllus exigieron *“la inmediata paralización y suspensión de todas las actividades mineras”*¹²¹ en sus territorios como consecuencia de que *“la presencia ilegal de la Empresa ‘Minera Mallqu Qota S.A.’ ha vulnerado los derechos colectivos”*¹²², entre otras razones,

¹¹⁹ CMMK inició su programa de apoyo comunitario en ciertas Comunidades de estos Ayllus, como Alpayaque, Alcalaca, Cayastia, Kisiwill, Calachaca, Ovejería, Janta Palka, Mallku Khota, entre otras. Ver párrs. 102-103 *supra*.

¹²⁰ [REDACTED]

¹²¹ [REDACTED]

¹²² *Id.*

como consecuencia del “[a]buso de autoridad, contaminación al Medio Ambiente, violación a la estructura del Gobierno propio como abuso de confianza, intimidación, amenaza, [REDACTED], intromisión (sic) y división que genera a la Estructura del Ayllu”¹²³.

114. A pesar de que el relato de SAS pretende deslegitimar estos pronunciamientos, las pruebas contemporáneas demuestran que en el año 2010 CMMK comunicó su preocupación sobre la oposición generalizada al Proyecto. En una carta del 21 de diciembre de 2010, el Sr. Gonzales Yutronic solicitó al Gobernador de Potosí “*que tenga a bien mediar en este impase surgido con los Ayllus Sullka-Jilatikani, Tacawani, Urinsaya y Samca y [FAOI-NP] para evitar un conflicto mayor*”¹²⁴.
115. Si bien el Sr. Gonzales Yutronic negaba para ese entonces – sin ninguna razón¹²⁵ – que los reclamos de estas Comunidades tuvieran fundamento, lo relevante es que aceptaba la existencia de una oposición generalizada en la zona del Proyecto. Por ello, no es cierto, como afirma en su declaración testimonial, que “[b]oth the Government and the vast majority of the local communities, and corresponding ayllus, repeatedly demonstrated their strong support to the Company and the Malku Khota project until mid-2011”¹²⁶.
116. El interés de las Comunidades (en todo caso, de los *ayllus* verdaderamente afectados por el desarrollo del Proyecto) no era, por lo tanto, el de explotar artesanalmente los recursos mineros en el área de las Concesiones ni la oposición al Proyecto provenía de un puñado de mineros ilegales. Por el contrario, demostraba la preocupación legítima de dichas Comunidades por los abusos cometidos en contra de ellas y un desconocimiento total de su estilo de vida tradicional.

3.3.3 Ante la falta de apoyo, en 2011, CMMK inició una campaña para crear intrigas y divisiones entre las Comunidades Originarias

117. CMMK estaba al tanto que ganar el visto bueno de un Proyecto que virtualmente podría hacer desaparecer las formas tradicionales de vida y el respeto por los usos y

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2012, **R-55**. Ver Gob. Gonzales, párr. 17, **RWS-1**.

¹²⁵ Gob. Gonzales, párr. 18, **RWS-1**.

¹²⁶ Gonzales Yutronic, párr. 4, **CWS-4**.

costumbres de las Comunidades Originarias no sería fácil. Esto explica el giro en la estrategia de la Compañía en el 2011. En palabras de SAS, “[a] principios de 2011, South American Silver decidió formalizar su programa comunitario y trajo personal adicional de relaciones comunitarias”¹²⁷. Lo que SAS llama una “formalización” del programa de CMMK fue, en realidad, el inicio de una estrategia que tuvo como efecto promover divisiones entre las Comunidades Originarias y ganar adeptos por medio de compra de voluntades y amenazas.

118. Una vez estuvo claro para CMMK que la totalidad de las Comunidades directamente afectadas por la ejecución del Proyecto no permitirían su avance, la Compañía optó, en el año 2011, por cambiar de interlocutores y establecer conversaciones con seis ayllus (segundo nivel de gobierno comunitario por encima de las Comunidades¹²⁸) escogidos arbitrariamente. SAS reconoce que, “[d]esde el año 2008 hasta comienzos del año 2011, South American Silver trabajó estrechamente con las comunidades locales para educarlas respecto al Proyecto Minero Malku Khota e integrarlas al mismo”¹²⁹.

119. El Sr. Mallory sería contratado para diseñar una nueva estrategia tendiente a ganar la voluntad de las comunidades locales. Dicha estrategia requería, en un primer momento, aumentar el Área de Influencia del Proyecto (área donde se concentraban sus esfuerzos sociales) para incluir ayllus y Comunidades lejanas que fuesen más fácilmente persuadidas al no tener un impacto directo por el Proyecto. En sus propias palabras, ésta consistió en lo siguiente:

The Company focused its community relations efforts not only on the communities within the actual concession area, but also within a certain distance from the Project which we called the Area of Influence (the “AoI”). Prior to me joining the company, the AoI was determined by allocating a 2.5 kilometer line around the area of the concession, as suggested by the Ministry of Mining. We subsequently expanded this AoI to not just those communities that touched the line of demarcation, but also to all of the communities that were part of the ayllus potentially impacted by the Project¹³⁰.

¹²⁷ Demanda, párr. 47.

¹²⁸ Ver párr. 48, *supra*.

¹²⁹ Demanda, párr. 47.

¹³⁰ Mallory, párr. 11 (el resaltado es nuestro), CWS-3.

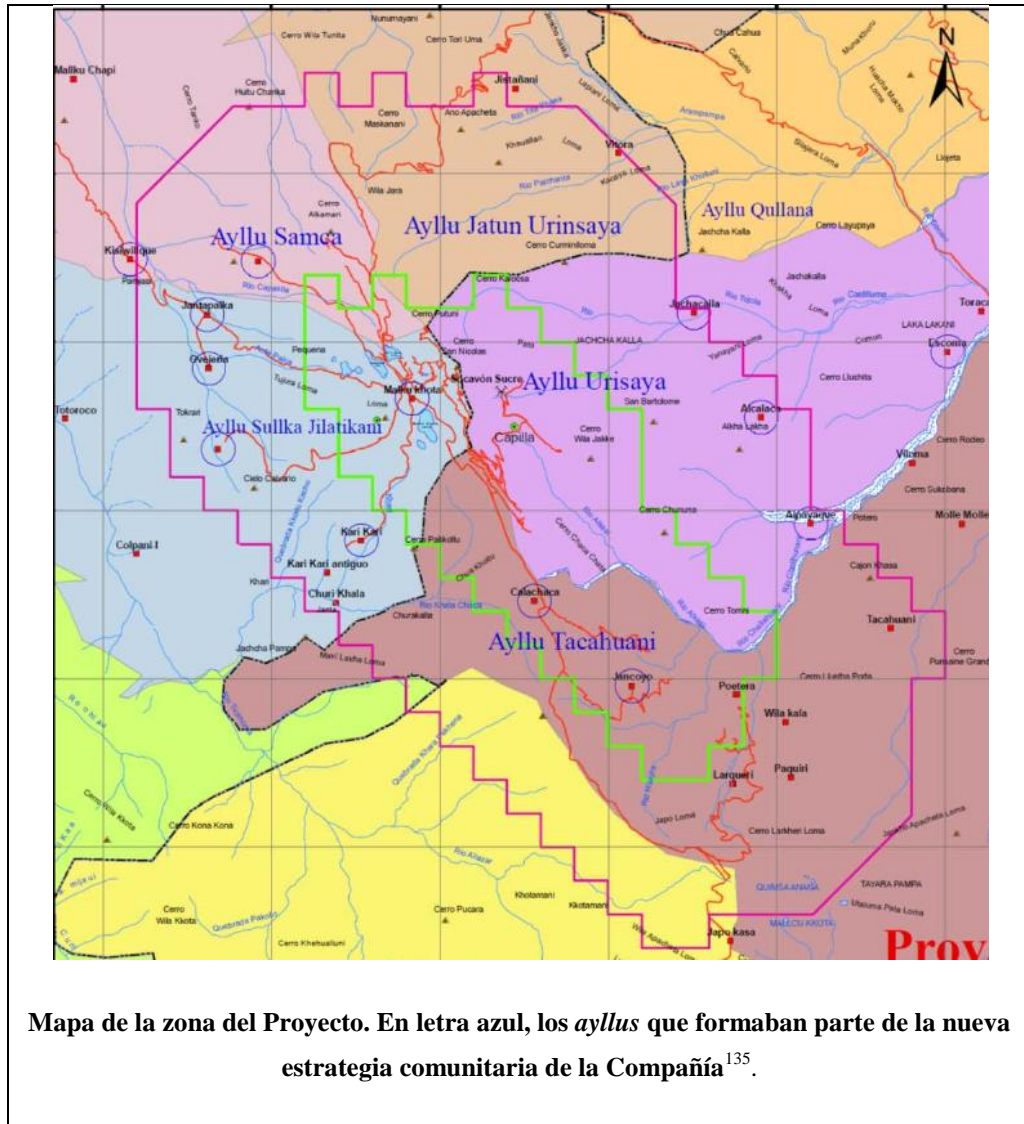
120. En términos prácticos, el paso de CMMK de manejar sus relaciones comunitarias directamente con cada una de las Comunidades a intentar establecer como interlocutor directo a seis *ayllus*¹³¹ le presentaba a la Compañía dos beneficios (ambos en desmedro de los intereses de las Comunidades verdaderamente afectadas por el Proyecto):
- a. Por una parte, el nuevo programa comunitario le permitía diluir la oposición de las comunidades cercanas en un número mayor de comunarios, representados en instancias comunitarias superiores, como los *ayllus*. Los números presentados por SAS hablan por sí solos: las relaciones que la Compañía había mantenido con alrededor de una decena de Comunidades fue reemplazada de la noche a la mañana por un foro de más de 43 (es decir 381 familias según el Sr. Mallory¹³² u 800 según el Sr. Gonzales Yutronic¹³³); y
 - b. Por otra parte, y en directa relación con lo anterior, la implementación de un atractivo programa de beneficios, ofertas de trabajos y oportunidades en el año 2011¹³⁴ se extendió a comunidades que en poco o nada se veían afectadas por el desarrollo del Proyecto.
121. La estrategia del Sr. Mallory tenía un efecto perverso para la defensa de los intereses de las Comunidades Originarias afectadas: *ayllus* lejanos que sólo recibirían beneficios del Proyecto entraron en directa confrontación con las comunidades cercanas. Los casos de dos de los seis *ayllus* con los que CMMK entabló un trato directo son especialmente representativos de esta circunstancia, según se observa en el mapa presentado por el Sr. Mallory en su declaración:

¹³¹ *Id.*, párr. 14 (“Prior to my joining, the Company had entered into multiple individual agreements with communities within the AoI. We then decided to pursue more formal negotiations setting out the respective responsibilities of the Company and the ayllus, which we referred to as Reciprocal Cooperation Agreement”).

¹³² *Id.*, párr. 13.

¹³³ Gonzales Yutronic, párr. 22, **CWS-4**.

¹³⁴ Mallory, párr. 12, **CWS-3**.



122. En efecto, antes del 2011, los pronunciamientos en contra del Proyecto por parte de las Comunidades habían coincidido en ciertas ocasiones con manifestaciones de rechazo de los ayllus Tacahuani, Sullka Jilatikani, Urisaya y Samca. En estos 4 ayllus se encuentran la mayoría de Comunidades directamente afectadas (y comprendidas en el Área de Influencia)¹³⁶. No obstante, a partir del 2011, CMMK buscó involucrar también a los ayllus Jatun Urinsaya y Qullana a pesar de que:

¹³⁵ *Id.*, pág. 8. La línea verde corresponde al área de las Concesiones y la línea roja al Área de Influencia inicialmente establecida. Comunidades mucho más lejanas por fuera de la línea roja se involucraron paulatinamente en detrimento de las verdaderamente afectadas.

¹³⁶ *Ver*, por ejemplo, Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacawani, Urisaya y Samka del 19 de diciembre de 2010, **R-49** y párrs. 112-113, *supra*.

- a. Las Comunidades del Ayllu Jatun Urinsaya (salvo Vitora) no se encontraban dentro del Área de Influencia originalmente prevista; y
 - b. El Ayllu Qullana incluso se encuentra por fuera del Área de Influencia.
123. CMMK no eligió sus interlocutores al azar. Pudiendo involucrar, por ejemplo, al Ayllu Chiro, al sur del Ayllu Tanchuani, no lo hizo, puesto que las Autoridades Originarias de este *ayllu*, más cercano al Proyecto, se oponían a su desarrollo¹³⁷.
124. El paso final en la consolidación de esta estrategia fue promover la creación de una supuesta asociación indígena paralela cuyo objetivo último sería desafiar las decisiones y la autoridad originaria de la Organización Ancestral, Sindical y las asociaciones indígenas reconocidas como CONAMAQ y FAOI-NP. A sabiendas de que los *comités ad hoc* no existen y entran en disonancia con la organización social y cultural de las Comunidades de Origen¹³⁸, CMMK promovió la creación de la Coordinadora Territorial Originaria Autónoma de los Seis Ayllus (“COTOA-6A”), descrita por SAS como un “*comité formado por los seis ayllus que conforman el Área de Influencia expandida para comunicarse con la Compañía y las Agencias Gubernamentales*”¹³⁹.
125. A pesar de que ni SAS ni sus testigos analizan la legitimidad de dicho comité, dicha forma asociativa carece de representatividad y legitimidad respecto de las formas ancestrales y sindicales de organización indígena¹⁴⁰. COTOA-6A es una organización que no está registrada¹⁴¹, carece de reconocimiento como TCO, TIOC, no obedece a una agrupación territorial de *ayllus* ni puede reclamar la legitimidad de FAOI-NP o CONAMAQ que, como hemos señalado anteriormente¹⁴², tienen una

¹³⁷ Ver, por ejemplo, Voto resolutivo del Ayllu Chiro del 11 de abril de 2012, **R-56**.

¹³⁸ Certificación expedida por CONAMAQ del 3 de marzo de 2015, (“*Damos respuesta a su nota [...] donde hacemos conocer a su distinguida autoridad el Ayllu COTOA-6A no es un representación (sic) existente por lo que no puede ser reconocida y afiliada a nuestra Organización denominada Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu*”), **R-57**.

¹³⁹ Demanda, Glosario, pág. iii.

¹⁴⁰ Uño, párr. 68, **RER-1**.

¹⁴¹ Certificación de la Dirección Jurídica Departamental del Departamento de Potosí del 10 de febrero de 2015 (“*Debemos informar que de la búsqueda en el sistema informático y documental de la unidad de Ventanilla Única de trámites del Gobierno Autónomo del Departamento de Potosí desde la gestión 1996 hasta el presente no se pudo encontrar ningún tipo registro (sic) de Personería Jurídica que cuente con el denominativo COORDINADORA TERRITORIAL ORIGINARIA DE LOS SEIS AYLLUS (COTOA-6A)*”), **R-58**.

¹⁴² Ver párrs. 62-64, *supra*.

personería jurídica reconocida por el Estado y constituyen actores políticos de primer nivel en la historia reciente de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

126. Como demuestran los acontecimientos de los años 2011 y 2012¹⁴³, COTOA-6A fue creada con el propósito específico de servir como plataforma para que CMMK pudiera desplazar a las Comunidades Originarias opositoras al Proyecto, desinformar a las autoridades de alto nivel de La Paz que no se encontraban al tanto de la situación concreta del Norte de Potosí (en especial, al Ministro de Minería de la época, Sr. Mario Virreira), y deslegitimar la intervención de asociaciones indígenas y Autoridades legítimas (como el Kuraka Cancio Rojas, máxima Autoridad de la Marka Sacaca). CMMK siempre fue consciente de la existencia de una fuerte oposición al Proyecto por sus potenciales daños en el medio ambiente y la afectación a las formas de vida tradicional, con consecuencias irreversibles. Crear una asociación indígena paralela era la solución para reemplazar y ocultar la voluntad de las Comunidades Originarias.
127. La estrategia de CMMK probó desde muy temprano ser muy efectiva para enfrentar a las Comunidades Originarias. La voz unánime de rechazo de las Autoridades Originarias que se había expresado hasta principios de 2011¹⁴⁴ se vería lentamente diluida en los meses siguientes (conforme nuevos actores de *ayllus* y Comunidades lejanas fueron involucrados por la Compañía) hasta causar eventos violentos y una situación de orden público insostenible en la zona del Proyecto. Como lo recuerda el Gobernador Gonzales, en las primeras reuniones de socialización, la Gobernación de Potosí (la “**Gobernación**”) notó con sorpresa la existencia de estas divisiones, puesto que, a finales de 2010, era claro que la oposición al Proyecto era – como lo reconocía CMMK¹⁴⁵ – unánime.
128. Mientras tanto, las Comunidades Originarias de la zona del Proyecto entrarían, a su turno, en una dinámica de enfrentamientos y creciente división. Por solicitud de la Compañía, la Gobernación encabezaría una serie de reuniones e intentos de acercamiento con las Comunidades Originarias con el fin de hacer viable el proyecto y mantener la presencia de CMMK en la zona.

¹⁴³ Ver párrs. 124 y 142, *infra*.

¹⁴⁴ Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011, **R-50**.

¹⁴⁵ Carta de Xavier Gonzales Yutronic al Gobernador de Potosí del 21 de diciembre de 2010, **R-55**. Ver, también, Gob. Gonzales, párr. 27, **RWS-1**.

3.4 **Ante la división existente entre las Comunidades Originarias, y para prevenir el agravamiento del conflicto, el Gobierno de Potosí intervino como mediador**

129. Como explica el Sr. Félix Gonzales, Gobernador del Departamento de Potosí y testigo de Bolivia, la intervención de la Gobernación no se vio alentada por un afán de obtener una participación en el Proyecto. Al contrario, la mediación de la Gobernación obedeció a un pedido expreso de CMMK ante la necesidad de crear un escenario de diálogo en el que hubiera una participación activa de autoridades gubernamentales. La intervención de la Gobernación permitiría viabilizar el Proyecto ante la existencia de una oposición generalizada por parte de las Comunidades Originarias¹⁴⁶.
130. Por solicitudes de CMMK, funcionarios de la Gobernación comenzaron a visitar la zona a principios de 2011 donde la oposición al Proyecto (principalmente por parte de la Comunidad Mallku Khota¹⁴⁷) era evidente. Además, las Comunidades Originarias del Ayllu Sullka Jilatikani habían manifestado a los miembros del Gobierno nacional su inconformidad con la presencia de CMMK en la zona, e incluso amenazaron con ejercer vías de hecho en caso de que la Compañía no abandonase el Proyecto. Refiriéndose a su presencia en Mallku Khota, el Ayllu Sullka Jilatikani escribió al Presidente Evo Morales en mayo de 2011:

*[L]os pobladores del mencionado Ayllu [Sullka Jilaticani], cansados y sorprendidos por esa forma de actividades violatorias a nuestro derechos colectivos [...] en consecuencia las bases conjuntamente las autoridades originarias de forma consensuada ejercitando su derechos (sic) a la libredeterminación (sic) determinamos DE MANERA CONTUNDENTE NO PERMITIR NUNCA MAS EL INGRESO DE EMPRESAS MINERAS BAJO NINGÚN TÍTULO a desarrollar actividades mineras a nuestro territorio ancestral del Ayllu Sullka Jilaticani, caso concreto estamos dispuestos a defender hasta con nuestra vida la vida de nuestra madre tierra [...]*¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Gob. Gonzales, párr. 26, (“No es cierto que yo haya hecho declaraciones negativas contra el proyecto o sugerido su expulsión durante la reunión del 23 de julio de 2011, como menciona el Sr. Gonzales Yutronic. Al contrario, públicamente anunciamos a los medios que esta reunión tendría por objeto darle viabilidad al Proyecto de Mallku Khota y permitir la presencia de la CMMK en la zona”), **RWS-1**.

¹⁴⁷ Acta de visita de la Secretaría Departamental de la Madre Tierra a la Comunidad de Mallku Khota del 10 de mayo de 2011, (“Actividades Realizadas: Reunión con los Comunarios de Mallkukota quienes declaran que no se admitirá (sic) a la Empresa Minera Mallkukota S.A. (sic)”), **R-59**.

¹⁴⁸ Carta del Ayllu Sullka Jilatikani al Presidente de la República del 1 de mayo de 2011, **R-60**. Ver, también, Carta del Ayllu Sullka Jilatikani al Ministro de Minería y Metalurgia del 1 de mayo de 2011, **R-61**.

131. Como puede verse en el tono de esta misiva, la mediación para proseguir con la exploración minera era necesaria. Por ello, en concertación con la Compañía, el Gobernador Gonzales convocó a una primera reunión de socialización en la localidad de Toro Toro el 23 de julio de 2012. El propósito de esta reunión era darle viabilidad al Proyecto, que CMMK hiciera una presentación a las Comunidades Originarias, y buscar un acuerdo con las Comunidades Originarias que se oponían¹⁴⁹. No es cierto, por lo tanto, que el objeto de esta reunión fuera “*abordar las actividades de un puñado de mineros de oro ilegales en el Área del Proyecto*”¹⁵⁰, como erróneamente señala SAS.
132. Las declaraciones a la prensa realizadas por el Gobernador Gonzales dan cuenta del apoyo a la presencia de la Compañía. Como reportó en ese entonces un periódico local:
- La Gobernación convocó a una reunión en el municipio de Toro Toro con la finalidad de buscar la viabilidad del proyecto Mallku Khota [...]. El proyecto de explotación de plata podría ser encarado por [CMMK] en la zona de Toracari, lugar donde existe una alta concentración del mineral y se tiene previsto instalar una planta de última tecnología para su recuperación [...]. Hoy el gobernador quiere salvar el proyecto que, de concretarse, será uno de los más grandes del mundo y otorgará beneficios a la comunidad, el municipio y el Departamento de Potosí a través de las regalías mineras*¹⁵¹.
133. La reunión convocada por el Gobernador Gonzales se llevó a cabo, según lo acordado, el 23 de julio de 2011 en la localidad de Toro Toro, Norte de Potosí. Como explica el Gobernador Gonzales, durante la primera parte de la reunión, representantes de CMMK expusieron a los miembros de las Comunidades las distintas fases de desarrollo del Proyecto y los distintos beneficios que, según ellos, traería la presencia de la Compañía en la zona¹⁵².
134. Al finalizar la exposición de CMMK, fue evidente para las autoridades gubernamentales que existía una clara oposición proveniente de varias Comunidades y una división frente a la presencia de CMMK en la zona. En efecto, algunos miembros presentes denunciaron que el Proyecto “*no es beneficioso para nosotros*”¹⁵³, “*roba el agua*”¹⁵⁴ y “*existe pelea en*

¹⁴⁹ Gob. Gonzales, párr. 25, **RWS-1**.

¹⁵⁰ Demanda, párr. 58.

¹⁵¹ Nota de prensa, El Potosí, *Gobernación impulsará mega proyecto minero* del 21 de julio de 2011, **R-62**.

¹⁵² Gob. Gonzales, párr. 29, **RWS-1**.

¹⁵³ Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011, **R-32**.

¹⁵⁴ *Id.*

*el sector entre Comunarios, otros que apoyan y otros que están en contra*¹⁵⁵. Como recuerda el Gobernador Gonzales, era poco probable que CMMK lograra desarrollar el Proyecto en estas condiciones¹⁵⁶.

135. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo y las opiniones divergentes de distintas Comunidades, se plantearon propuestas y temas de debate, con la finalidad de garantizar la presencia de CMMK. Como recuerda el Gobernador Gonzales¹⁵⁷, hubo dos propuestas concretas que se discutieron durante la reunión:

a. La primera propuesta consistió en la conformación de una comisión interinstitucional que contara con una amplia participación de las Comunidades Originarias afectadas, las instancias de gobierno municipal, departamental y nacional, y la Compañía. No es cierto, como afirma el Sr. Mallory, que se tratara de *“a small committee to meet again and reach consensus on whether or not to allow the Company to continue activities”*¹⁵⁸. Parece, por decir lo menos, sorprendente que el Sr. Mallory afirme esto cuando durante la reunión manifestó su apoyo a la propuesta, notando que, *“[e]n coordinación entre autoridades departamentales, municipales y autoridades originarias, pueden promover la continuidad del proyecto”* y afirmar *“que ayuden las autoridades originarias, para caminar juntos y levantar el proyecto con protección a desarrollo integral (sic)”*¹⁵⁹.

b. La segunda propuesta consistió en someter a consideración una forma de participación – en la etapa de explotación – de los gobiernos nacional, departamental o local que permitiera generar recursos económicos adicionales (como quedó registrado en el acta, *“antes de poner en la bolsa de valores, consultar al gobierno para ver la posibilidad de ser accionista, el gobierno nacional, departamental y municipal para generar recursos económicos”*¹⁶⁰). Como señala el Gobernador Gonzales, *“que esta idea surgió después de que los*

¹⁵⁵ *Id.*

¹⁵⁶ Gob. Gonzales, párr. 30, **RWS-1**.

¹⁵⁷ *Id.*, párr. 31.

¹⁵⁸ Mallory, parr. 21, **CWS-3**.

¹⁵⁹ Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011, pág. 8, **R-32**. Ver, también, Gob. Gonzales, párr. 32, **RWS-1**.

¹⁶⁰ Acta de la reunión de socialización del proyecto del 23 de julio de 2011, pág. 5, **R-32**.

*representantes de la CMMK mencionaran la emisión de acciones en la bolsa de valores de Toronto*¹⁶¹ y *“fue la única propuesta que contó con una aceptación parcial de las Comunidades de Calachaca y Mallku Khota”*¹⁶².

136. No obstante, SAS y sus testigos han utilizado los buenos oficios de la Gobernación de forma oportunista para intentar mostrar una falta de colaboración y una intención de privar a CMMK del Proyecto. Es llamativo que el Sr. Mallory y SAS interpreten la afirmación del Gobernador Gonzales de que no quería *“un segundo San Cristóbal”*¹⁶³ en el sentido de que rechazaba la presencia de inversores extranjeros. Como explica el Gobernador Gonzales, San Cristóbal (una mina actualmente operada por inversionistas extranjeros en el Departamento de Potosí) fue un proyecto duramente criticado por las consecuencias que trajo para las Comunidades Originarias cercanas a ese sector en el Departamento de Potosí y solamente logró restablecerse con el apoyo de todas las Comunidades afectadas gracias a una sólida política de apoyos sociales y socialización¹⁶⁴.
137. Con el acuerdo de la Compañía, se convocó a una segunda reunión de socialización que se llevó a cabo en Toro Toro el 31 de agosto de 2011. No es cierto, como afirman SAS y el Sr. Gonzales Yutronic¹⁶⁵, que *“el Gobierno continuó socavando los esfuerzos comunitarios de la Compañía al no asistir a reuniones de seguimiento clave”*¹⁶⁶, por ejemplo, *“enviando [...] dos funcionarios gubernamentales de rango menor”*¹⁶⁷. Como explica el Gobernador Gonzales, los dos funcionarios enviados a esta reunión eran altos funcionarios estrechamente involucrados en el seguimiento al Proyecto¹⁶⁸.
138. Al igual que ocurrió en la primera reunión, los representantes de CMMK realizaron una presentación de su programa comunitario que, al no convencer a las Comunidades cercanas al Proyecto, generó un acalorado debate. La Comunidad de

¹⁶¹ Gob. Gonzales, párr. 32, **RWS-1**.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ Demanda, párr. 59. Mallory, párr. 19, **CWS-3**.

¹⁶⁴ Gob. Gonzales, párrs. 15-16, **RWS-1**; Programa de Relaciones Comunitarias de la Minera San Cristóbal, **R-47**.

¹⁶⁵ Gonzales Yutronic, párr. 12, **CWS-4**.

¹⁶⁶ Demanda, párr. 62.

¹⁶⁷ *Id.*

¹⁶⁸ Gob. Gonzales, párr. 36, **RWS-1**.

Mallku Khota incluso abandonó el recinto antes de que la reunión llegara a su fin¹⁶⁹. Para la Gobernación, era claro que, a pesar de existir un “*avance en la socialización*”, todavía hacía falta lograr un acuerdo con ciertos grupos que se oponían al Proyecto¹⁷⁰. Según explica el Gobernador Gonzales¹⁷¹ (y lo confirma el Sr. Gonzales Yutronic¹⁷²), los funcionarios de la Gobernación propusieron – puesto que esto era lo que más convenía a la Compañía – tener una reunión con delegaciones más pequeñas entre las Comunidades Originarias que rechazaban la presencia de CMMK en la zona y aquellas que la apoyaban.

139. Sin embargo, antes de que dicha reunión pudiera llevarse a cabo, FAOI-NP convocó a un cabildo en la zona con el objetivo de discutir posibles alternativas ante las divisiones generadas por la presencia de CMMK¹⁷³. Resulta increíble que SAS insinúe (al igual que sus testigos¹⁷⁴) que la Gobernación planeó una especie de emboscada¹⁷⁵ en contra de CMMK. Como explica el Gobernador Gonzales, el cabildo del 25 de septiembre de 2011, convocado por FAOI-NP, no corresponde a la reunión de socialización que la Gobernación planeaba llevar a cabo¹⁷⁶.
140. En dicho cabildo, y en presencia de las más altas Autoridades de las Comunidades del Norte de Potosí y de CONAMAQ, las Comunidades Originarias denunciaron que la Compañía estaba generando divisiones y que no había cumplido con los compromisos que había adquirido con las Comunidades. Algunos comunarios también denunciaron que la Compañía había “*pagado la contratación de buses para el traslado*” de personas de Comunidades lejanas afines al Proyecto y que CMMK “[hacía] *pelear a la gente dando plata a unos y ofrec[iendo] lotes en Cochabamba para que la apoyen*”¹⁷⁷. El Sr. Mallory reconoció incluso, en relación con el trabajo comunitario de la Compañía,

¹⁶⁹ Informe de la segunda reunión de socialización del Proyecto Mallku Khota del 6 septiembre de 2011, **R-63**.

¹⁷⁰ Acta de la reunión de socialización del 31 de agosto de 2011, **C-43**.

¹⁷¹ Gob. Gonzales, párr. 39, **RWS-1**.

¹⁷² Gonzales Yutronic, párr. 13, **CWS-4**.

¹⁷³ Convocatoria al Cabildo del 25 de septiembre de 2011, **R-64**.

¹⁷⁴ Gonzales Yutronic, párr. 13, **CWS-3**; Mallory, párr. 22, **CWS-3**.

¹⁷⁵ Demanda, párr. 63.

¹⁷⁶ Gob. Gonzales, párrs. 39-40, **RWS-1**.

¹⁷⁷ Acta e informe sobre el Cabildo del 25 de septiembre de 2011, **R-65**.

que “en el pasado no hubo coordinación entre la Comunidad y la empresa minera”¹⁷⁸. La división entre Comunidades como consecuencia del Proyecto era más que evidente y el tono cada vez más agresivo tornó imposible establecer un escenario de diálogo¹⁷⁹.

141. Al ver que las Comunidades Originarias no cederían a sus condiciones, la Compañía y facciones afines a sus intereses reunidos como el comité COTOA-6A (creado en 2011 con el apoyo de CMMK¹⁸⁰) establecieron una agenda propia y paralela. El objetivo era sencillo: acentuar la falsa impresión de que las Comunidades que se oponían al Proyecto eran, como afirma SAS en su Demanda, un “*puñado de mineros ilegales*”, y desinformar a las autoridades de La Paz (especialmente a funcionarios del Ministerio de Minería) sobre lo acontecido en las reuniones en presencia del Sr. Gobernador.
142. Varios hechos de finales de 2011 y principios de 2012 demuestran la existencia de esta agenda paralela:
- a. El primer acto de la agenda paralela consistió en levantar un acta (en coordinación con CMMK¹⁸¹) tras la reunión del Cabildo realizado por FAOI-NP, pero firmada sólo por algunos de los asistentes al cabildo. En dicha acta, miembros de COTOA-6A con el apoyo de la Compañía realizaban acusaciones tendenciosas, como que el Kuraka de la Marka Sacaca era una persona extraña al territorio de la zona de Mallku Khota (a pesar de que la Comunidad de Mallku Khota está comprendida dentro de esa Marka)¹⁸². A la par, y de forma insólita, el comité solicitaba que FAOI-NP y CONAMAQ, quienes habían hecho visibles los reclamos de las Comunidades que se oponían al Proyecto en el pasado, no se involucraran en los asuntos de los *ayllus* del Norte de Potosí¹⁸³. Este pedido equivaldría a imponer una caótica anarquía (como de hecho quería hacerlo COTOA-6A) en la toma de decisiones dentro de la Organización Ancestral;

¹⁷⁸ *Id.*, pág. 2.

¹⁷⁹ Gob. Gonzales, párr. 44, **RWS-1**.

¹⁸⁰ Mallory, párr. 15, **CWS-3**.

¹⁸¹ Mallory, párr. 23, **CWS-3**.

¹⁸² Voto resolutivo del 25 de septiembre de 2011 (“*Comunicar y hacer conocer a las autoridades de la Federación de Ayllus Originarios Indígenas de Norte Potosí y CONAMAQ, el desconocimiento de aquellas personas que no pertenecen ayllus [...] como ser los señores Cancio Rojas*”) (el resaltado es nuestro), **C-44**.

¹⁸³ *Id. Ver.*, también, Gob. Gonzales, párr. 48, **RWS-1**.

- b. El segundo acto de la agenda paralela fue la campaña emprendida por COTOA-6A para ganar el apoyo del Gobierno nacional en detrimento de las Comunidades Originarias directamente afectadas (especialmente Mallku Khota y Calachaca), quienes continuaban oponiéndose al Proyecto. Así, este comité lograría que representantes del Ministerio de Minería y Metalurgia asistieran a una reunión el 17 de noviembre de 2011 en Mallku Khota (sin invitar a la Gobernación) a pesar de la oposición persistente y casi violenta de la Comunidad¹⁸⁴. Al fin de cuentas, para COTOA-6A (y la Compañía) era muy importante que el acta se suscribiera en la misma zona del Proyecto, donde había oposición (maniobra oportunista que se repetiría el 8 de junio de 2012 en un supuesto “Gran Cabildo Histórico”¹⁸⁵). COTOA-6A insistió por todos los medios en la continuidad del Proyecto a pesar del “*antecedente de la no participación de la comunidad de Mallkucota y Calachaca*”¹⁸⁶;
- c. Igualmente, y como tercer acto de la agenda paralela, COTOA-6A se reuniría en la ciudad de La Paz con los Viceministros de la Presidencia y Minería, César Navarro e Hilarión Bustos, respectivamente. El propósito de esta reunión, una vez más, sería hacer creer a estos funcionarios que los reclamos de CONAMAQ, FAOI-NP y la Comunidad de Mallku Khota eran ilegítimos y que, al contrario, existía un apoyo cuasi unánime en la zona del Proyecto¹⁸⁷;

De hecho, el adelantar reuniones sin la presencia de las Comunidades Originarias opositoras al Proyecto sería una táctica que repetidamente utilizaría COTOA-6A hasta poco antes de los trágicos acontecimientos que conllevarían a la reversión de las Concesiones Mineras (la “**Reversión**”)¹⁸⁸. Esta circunstancia siempre preocupó a la Gobernación, ya que este tipo de información parcializada entregada a altos funcionarios del Gobierno nacional que no habían realizado un seguimiento pormenorizado a la

¹⁸⁴ Gob. Gonzales, párr. 47, **RWS-1**.

¹⁸⁵ Ver párr. 163, *infra*.

¹⁸⁶ Acta de reunión en gran comisión con carácter de cabildo del 17 de noviembre de 2011, **C- 68**. Gob. Gonzales, párr. 47, **RWS-1**.

¹⁸⁷ Acta de reunión en el Palacio de Gobierno de La Paz con COTOA-6 del 24 de noviembre de 2011, **R-66**.

¹⁸⁸ Ver párrs. 162-164, *infra*.

socialización del Proyecto era contraproducente para los intereses de las Comunidades Originarias¹⁸⁹; y

- d. Como cuarto acto de la agenda paralela, CMMK se reunió con funcionarios del Ministerio de Minería el 26 de enero de 2012 (y en fechas posteriores¹⁹⁰) sin dar aviso a la Gobernación. Si bien no hubo ningún resultado de este encuentro (puesto que el Gobierno central mantuvo una posición neutra, como en ocasiones anteriores¹⁹¹), este tipo de reuniones tenían por objetivo ganar la simpatía de funcionarios que no estaban al tanto (en nivel de detalle) de los acontecimientos de la zona del Proyecto. Como señala el Gobernador Gonzales, durante los primeros meses del año 2012, no hubo reuniones de socialización en la zona. La mesa de trabajo a la que hace referencia SAS¹⁹² corresponde a un registro de las actividades realizadas por funcionarios de la Gobernación en ejercicio de sus funciones

143. Como reconoce el Sr. Mallory¹⁹³, los buenos oficios de la Gobernación permitieron a CMMK pudo continuar sus labores durante el año 2011 y principios del 2012. Sin embargo, esta mediación se vería frustrada ante la escalada de violencia causada por las acciones de CMMK, que llevarían finalmente a una situación de orden público insostenible a partir de mayo de 2012.

3.5 CMMK agudizó las divisiones entre las Comunidades Originaras e intentó criminalizar a las Autoridades Originarias que se oponían al Proyecto

144. Las tensiones entre las distintas Comunidades Originarias se mantuvieron durante el año 2011, y algunos hechos en concreto comenzaron a agravar la situación. Desde mayo de ese año, distintas Autoridades mencionaron la existencia de sujetos que, pretendiendo representar a las Comunidades Originarias, abogaban por la continuidad del Proyecto. Por ejemplo, el Cabildo Chirimira del Ayllu Tacahuani

¹⁸⁹ Gob. Gonzales, párr. 47, **RWS-1**.

¹⁹⁰ Carta de CMMK al Ministro de Minería y Metalurgia del 17 de mayo de 2012, **R-67**.

¹⁹¹ Carta del Viceministro de Coordinación de Movimientos Sociales al Gobernador de Potosí del 28 de noviembre de 2011, **R-68**. Ver Gob. Gonzales, párr. 53, **RWS-1**.

¹⁹² Demanda, párr. 66.

¹⁹³ Mallory, sección II, **CWS-3**.

denunció las actuaciones de ciertas de sus Autoridades afines a los intereses de la empresa, y solicitó la intervención de FAOI-NP y CONAMAQ¹⁹⁴.

145. Producto de estas divisiones, la situación entre las Comunidades fue volviéndose más conflictiva. [REDACTED]

[REDACTED]

146. En gran parte motivado por las decisiones que los comunarios favorables a la Compañía tomaron en el año 2011, el CONAMAQ intervendría para denunciar y exigir “*deponer las acciones divisionistas a la empresa Mallku Qota*”¹⁹⁷. En palabras de esta asociación:

*[S]e evidencia la presencia de la empresa minera Mallku Qota; cuya empresa esta en afán de copta (sic) líderes, autoridades originarias y dividir la estructura orgánica y política propia de los Ayllus, hasta el extremo que causar enfrentamientos entre ellos y ha generado zozobra y conflicto*¹⁹⁸.

147. El 2012 marcó el inicio de una nueva dinámica en el conflicto creado por CMMK entre las Comunidades Originarias. El 1 de febrero de 2012, las Autoridades del Ayllu Sullka Julatikani solicitaron a CONAMAQ y a FAOI-NP su intervención para determinar la existencia de falsas autoridades que, por instrucción de CMMK,

¹⁹⁴ Resolución del Ayllu Tacahuani del 28 de agosto de 2011, **R-69**.

¹⁹⁵ [REDACTED]

¹⁹⁶ [REDACTED]

¹⁹⁷ Resolución del Consejo de Gobierno de CONAMAQ del 13 de diciembre de 2011, **R-71**.

¹⁹⁸ *Id.*

habrían creado la impresión de un apoyo generalizado (e inexistente) a la continuidad del Proyecto¹⁹⁹.

148. Por su parte, miembros de las Comunidades opositoras denunciarían ante varios organismos nacionales e internacionales los métodos que CMMK había utilizado y la manera como pretendía ganar un apoyo para continuar la actividad minera a cualquier costo. Como se lo manifestó el Kuraka Cancio Rojas al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia el 2 de abril de 2012:

El 11 de enero 2011 todos firmamos como un acuerdo en consenso para no permitir la presencia de esta empresa extranjera [CMMK], pero, como tienen mucho dinero ha empezado a comprar conciencias de la gente tan pobre que es los indígenas originarios de la zona, además el Estado nunca se acordó de nosotros pero sí autorizan a la empresa para que se consee (sic) propiedades mineras en los territorios indígenas originarios y eso está causando problemas serios de división de sus organizaciones, detenciones indebidas de líderes y desconocimiento de autoridades originarias legalmente y legítimamente elegidos, claro está motivados y apoyados económicamente por la empresa transnacional Canadiense²⁰⁰.

149. Al no poder amedrentar a sus opositores, CMMK decidió iniciar acciones legales para su criminalización.
150. SAS guarda silencio sobre la temeridad de estas denuncias. Por el contrario, se limita a afirmar que, “[e]l 1º de abril de 2012, uno de los coordinadores de relaciones comunitarias de CMMK, Saúl Reque, fue secuestrado por la fuerza por algunos habitantes de Malku Khota”²⁰¹. Así, SAS se limita a replicar en su Demanda la denuncia penal que el señor Xavier Gonzales Yutronic presentó el 11 de abril de 2012 en contra de, entre otros, 5 autoridades de la comunidad de Mallku Khota²⁰² (incluido al Sr. Andrés Chajmi, actual líder de la Comunidad). Resulta curioso que, a pesar de haber presentado esta denuncia, el Sr. Gonzales Yutronic guarde silencio al respecto en su declaración testimonial.

¹⁹⁹ Carta del Ayllu Sullka Jilatikani a FAOI-NP del 1 de febrero de 2012, **R-72**.

²⁰⁰ Carta de Cancio Rojas al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia del 2 de abril de 2012, **R-73**. Ver, también, Carta de Cancio Rojas al Ministerio de Justicia del 2 de abril de 2012, **R-74**.

²⁰¹ Demanda, párr. 67. Mallory, párr. 28, **CWS-3**.

²⁰² Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014, pág. 3 (antecedentes), **R-75**.

151. Sin embargo, la Fiscalía determinó la temeridad de las acusaciones de CMMK y archivó el caso al constatar que los testigos presentados por CMMK estaban en La Paz y no en Mallku Khota. La Fiscal a cargo del caso mencionó en su resolución de archivo:

Que no existen elementos que posibiliten la identificación de los autores o partícipes del hecho, toda vez que solo se cuenta con el nombre de los mismos, que el hecho se lo ha realizado dentro de un lugar despoblado, razón por la cual hasta la fecha no se ha podido encontrar a un testigo presencial de hecho, ya que los testigos Edmundo Coronel y Eulogio Mendoza manifiestan que ellos vieron que bajaron del vehículo al Ing. a punta de patadas, sin embargo, por la declaración de los testigos Juan de la Cruz Mamani y Nelson Gabriel, se establece que Edmundo Coronel y Eulogio Mendoza estaban con ellos en la ciudad de La Paz, y que no estaban en el lugar de los hechos existiendo serias contradicciones en sus declaraciones informativas²⁰³.

152. A pesar de la evidente temeridad, la gravedad de las acusaciones implicó que la autoridad penal emitiera una orden de captura contra los sindicados, lo que se tradujo en una abrupta intervención de la policía en la zona de Mallku Khota con fines de cumplir la orden de la Fiscalía. Esto contribuiría a agravar la delicada situación de violencia que terminaría saliéndose de control.

153. En efecto, en la madrugada del 5 de mayo de 2012, la policía desplegó un operativo de captura que, según denunciaron las Comunidades, involucró a 50 miembros de la fuerza pública²⁰⁴. Este hecho sería confirmado por la prensa local el 6 de mayo de 2012, día en el que se reportó que “[l]os efectivos policiales actuaron bajo orden judicial debido a que los empresarios de la empresa norteamericana South American Silver iniciaron un proceso judicial contra los comunarios que se oponen a la actividad minera en su territorio”²⁰⁵.

154. Como habían anticipado, los miembros de las Comunidades se opusieron violentamente a la intervención policial desatando un enfrentamiento que terminó

²⁰³ Resolución de archivo de la denuncia de Xavier Gonzales contra miembros de las Comunidades Originarias del 28 de febrero de 2014, pág. 8 (el resaltado es nuestro), **R-75**.

²⁰⁴ Denuncia de las Comunidades Originarias de la intervención policial del 8 de mayo de 2012, **R-76**.

²⁰⁵ Nota de Prensa, El Potosí, *Comunarios se enfrentan por un megayacimiento de plata* del 6 de mayo de 2012 (el resaltado es nuestro), **R-77**. Ver, también, Nota de prensa, El Potosí, *Confirman que hay un rehén en Mallku Khota* del 5 de mayo de 2012, (“[l]a representante del Ministerio Público tenía la orden judicial de detener al principal cabecilla de la comunidad quien presuntamente se opone al proyecto minero que pretenden implementar la empresa norteamericana South American Silver”, **R-78**).

con la retención de dos efectivos policiales entre el 5 y el 8 de mayo. La intervención del Gobernador de Potosí hizo posible (i) la liberación de ambos policías el 9 de mayo de 2012 y, finalmente, (ii) la suscripción de un acta de pacificación. Como señala el Gobernador Gonzales, a pesar de los ánimos caldeados, logró reunirse el 9 de mayo en la población de Acasio con quienes causaron los disturbios²⁰⁶. El acta demuestra que las partes se comprometieron a cesar todo acto violento y empezar un proceso de diálogo la semana siguiente en esa población²⁰⁷.

155. Como señala el Gobernador Gonzales, el acuerdo con las Comunidades Originarias consistió concretamente en la organización de una ronda de negociaciones con la participación de 60 comunarios (30 a favor del Proyecto y 30 en contra) en la localidad de Acasio en los días subsiguientes²⁰⁸. La reunión en Acasio se programó para el 18 de mayo de 2012.
156. CMMK, sin embargo, hizo lo que estuvo a su alcance para impedir que esta reunión tuviese lugar. A pesar de que este encuentro debía darse entre los delegados propuestos con el Gobernador de Potosí, CMMK – en un hecho sin precedentes – dispuso 25.000 Bolivianos (aproximadamente US\$ 3.600) para la movilización de miembros de las Comunidades Originarias favorables al Proyecto²⁰⁹. Ante esta circunstancia, y habiendo sido víctimas de varios acosos y presiones con posterioridad a la firma del acta de pacificación, los comunarios opositores al Proyecto decidieron acompañar también a sus delegados a Acasio, lo cual fue completamente inesperado, como explica el Gobernador²¹⁰.
157. La movilización de simpatizantes a Acasio generó una ola de enfrentamientos que se extendieron a lo largo del día y pusieron en riesgo incluso la vida del Gobernador Gonzales, quien tuvo que salir de la cabecera municipal huyendo por los tejados²¹¹. Las maniobras de la Compañía fueron denunciadas por miembros de las

²⁰⁶ Gob. Gonzales, párrs. 58-59, **RWS-1**.

²⁰⁷ Acta de pacificación entre las comunidades del 9 de mayo de 2012, **C-51**.

²⁰⁸ Gob. Gonzales, párr. 59, **RWS-1**.

²⁰⁹ Recibos de pago para la movilización de comunidades a la reunión de Acasio del 9 y 10 de mayo de 2012, **R-79**.

²¹⁰ Gob. Gonzales, párr. 60, **RWS-1**.

²¹¹ Nota de prensa, *Pelea por Mallku Khota deja 10 heridos y 12 desaparecidos* del 19 de mayo de 2012, **R-80**. Gob. Gonzales, párr. 61, **RWS-1**.

Comunidades en Acasio el mismo día²¹². En un intento por lograr un acercamiento entre las partes enfrentadas, tan sólo tres días después de los sucesos de Acasio, la Gobernación de Potosí y el Ministerio de Minería y Metalurgia convocaron a una nueva reunión el 28 de mayo, esta vez en la ciudad de La Paz²¹³.

158. Entre tanto, la desinformación promovida por la Compañía suscitó nuevas denuncias contra Autoridades Originarias que se oponían al Proyecto. Concretamente, una denuncia penal fue presentada contra el Kuraka Cancio Rojas y otros líderes de la comunidad por los eventos violentos acaecidos en Mallku Khota. La Fiscalía emitió una orden de captura contra el líder indígena el 18 de mayo de 2012.
159. Según reportó la prensa, mientras se encontraba en La Paz el 21 de mayo de 2012 en preparativos para las reuniones con representantes del Gobierno, el Sr. Cancio Rojas fue agredido por seguidores de CMMK. La policía intervino para frenar estas agresiones y, una vez en instalaciones policiales, fue finalmente detenido y trasladado a Potosí²¹⁴.
160. Como ya había ocurrido con la denuncia presentada por Xavier Gonzales, la Fiscalía resolvió dejar en libertad a Cancio Rojas semanas después al constatar que el Kuraka no se encontraba en Mallku Khota el 5 de mayo, cuando los policías fueron retenidos²¹⁵. En paralelo, otros miembros de las Comunidades patrocinadas por CMMK presentaron una segunda denuncia penal en contra del Kuraca por los hechos violentos de Acasio, que también fue hallada sin fundamento por la Fiscalía²¹⁶. Sin embargo, estas denuncias temerarias le valdrían al Sr. Rojas varias semanas de prisión y precipitaría una nueva escalada en los hechos violentos entre las Comunidades Originarias que se habían confrontado. Efectivamente, la

²¹² Resolución de las Comunidades Originarias del 18 de mayo de 2012, **R-81**.

²¹³ Carta del Gobernador de Potosí a las Comunidades de Mallku Khota y Calachaca del 23 de mayo de 2012, **R-82**. Ver Gob. Gonzales, párr. 63, **RWS-1**. No es cierto, por lo tanto, lo afirmado por el Sr. Angulo, según el cual se llevó a cabo una reunión con ciertos Ayllus el 23 de mayo de 2012. Ver Angulo, párr. 10, **CWS-5**.

²¹⁴ Nota de prensa, El Potosí, *Acusan a líder indígena por ocho delitos por el caso Mallku Khota* del 23 de mayo de 2012, **R-83**.

²¹⁵ Centro de Documentación e Información de Bolivia, *Mallku Khota: Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 3, **R-17**.

²¹⁶ Resolución de sobreseimiento de la denuncia presentada contra Cancio Rojas del 13 de junio de 2014, **R-84**.

infundada detención del Kuraka caldeó los ánimos de las Comunidades Originarias y de CONAMAQ.

161. El 25 de mayo de 2012, CONAMAQ convocó a una masiva marcha hacia la ciudad de La Paz para exigir la protección de los recursos naturales de la región de Mallku Khota y la expulsión de de CMMK. Según declaró el Mallku de los *suyus* Charka Qhara Qhara, la marcha persistiría hasta que el gobierno revirtiera las Concesiones Mineras²¹⁷. Los ánimos de la marcha, que tuvo inicio el 28 de mayo de 2012, se vieron claramente influenciados por la injusta captura del Kuraka, como relataron las Autoridades Originarias²¹⁸. Una movilización de más de 4.000 personas (300 de las cuales habían salido de Mallku Khota) llegó el 7 de junio a la ciudad de La Paz.
162. Estas circunstancias explican por qué a la reunión llevada a cabo el 28 de mayo de 2012, convocada por la Gobernación y el Ministerio de Minería y Metalurgia y descrita por SAS y sus testigos como un apoyo incondicional al Proyecto sólo asistieron aquellas facciones de *ayllus* que se encontraban a favor del mismo. Como la prensa observó, mientras los opositores marchaban a La Paz, otros comunarios adelantaban reuniones con el Gobierno:



Notas de prensa del 29 de mayo de 2012²¹⁹

²¹⁷ Artículo de prensa, Boris Bernal Mansilla, *La marcha de Mallku Khota llega este jueves a La Paz y no se irán hasta que atiendan sus demandas* del 7 de junio de 2012 (“El mallku de los *Suyus Charka Qhara Qhara* del norte de Potosí, *Damián Colque*, informó este miércoles que los *marchistas de Mallku Khota* llegarán a la ciudad de La Paz este jueves y aseguró que no se irán hasta que el gobierno revierta la concesión minera de esta población al Estado boliviano”), **R-85**.

²¹⁸ Entrevista a Félix Becerra, miembro de CONAMAQ, video, mayo de 2012, **R-86**.

²¹⁹ Nota de prensa, El Potosí, *Comunarios piden que continúe exploración en zona de Mallku Khota* del 29 de mayo de 2012, **R-87**.

163. Es, por ello, que el acta presentada por SAS para mostrar la supuesta falta de oposición no contó con la participación de los opositores que se hallaban marchando a La Paz²²⁰. El lapso transcurrido entre el inicio de la movilización el 28 de mayo de 2012 y su arribo a la ciudad de La Paz fue aprovechado en paralelo por COTOA-6A y CMMK para convocar un supuesto “Gran Cabildo”. Con la misma pretensión de desacreditar el papel de CONAMAQ y FAOI-NP, COTOA-6A
- a. calificó este Cabildo de “histórico” por el simple hecho de que “45 comunidades de más de 500 familias”²²¹ se harían presentes en Mallku Khota; y
 - b. le informó al Gobernador Gonzales que “*observamos que está llegando a La Paz, una marcha ilegítima e ilegal*”²²².
164. Una vez arribada la marcha a La Paz, el alto número de participantes y algunos hechos de violencia impidieron que el Gobierno recibiera a las Autoridades Originarias²²³. Molestos, los comunarios intentaron tomarse por la fuerza la sede de la Vicepresidencia de Bolivia²²⁴. Tras ello, los representantes de FAOI-NP (y de la Comunidad de Mallku Khota) rechazaron cualquier alternativa de diálogo y solicitaron a las autoridades la liberación de los líderes detenidos y dispusieron la toma física de “*los yacimientos mineros*” de Mallku Khota²²⁵.
165. Ante el tono desafiante de la resolución adoptada en La Paz, el Gobernador dispuso la militarización de las zonas aledañas a Mallku Khota, incluidos los campamentos de la Compañía²²⁶. Sin embargo, la Comunidad de Mallku Khota impidió el ingreso

²²⁰ Acta de la reunión con el Ministro de Minería y el Gobernador Gonzales del 28 de mayo de 2012, **C-76**.

²²¹ Invitación de COTOA-6A al Gobernador de Potosí a Cabildo del 6 de junio de 2012, **R-88**.

²²² *Id.*

²²³ Gob. Gonzales, párr. 68, **RWS-1**.

²²⁴ CF Noticias, *Comunarios de Mallku Khota agredieron a policías en La Paz* del 8 de junio de 2012, video, **R-89**.

²²⁵ Resolución de Cabildo del 8 de junio de 2012, **R-90**.

²²⁶ Gob Gonzales, párr. 71, **RWS-1**.

de la fuerza pública o miembros de la Compañía²²⁷. SAS describe este hecho como una declaratoria de “zona roja”²²⁸ pero omite mencionar que esta zona había sido fuertemente militarizada con el fin de evitar conflictos y proteger a la Compañía²²⁹.

166. Ante una situación prácticamente insostenible, los Gobiernos nacional y departamental propusieron, en un último intento por lograr un escenario de diálogo, repetir la fórmula inicialmente prevista para la reunión de Acasio (convocar a 15 comunarios a favor del Proyecto y 15 en contra).
167. El 27 de junio de 2012, el Ministro de Minería y Metalurgia convocó a una reunión en Cochabamba para el 2 de julio siguiente²³⁰. Sin embargo, antes de que se produjera esta reunión, nuevos hechos auspiciados por la Compañía impedirían que ésta se llevara a cabo como se había planeado y obligaron al Estado a decretar la Reversión.

3.6 Ante la insostenible situación de violencia generada por CMMK, el Gobierno se vio obligado a revertir las Concesiones Mineras

168. El 28 de junio de 2012, mientras las Autoridades de la Comunidad de Mallku Khota se encontraban decidiendo quiénes asistirían a la reunión de Cochabamba, dos funcionarios de CMMK se infiltraron vistiendo atuendos propios de las Autoridades Originarias²³¹. Lo anterior constituía una violación gravísima a los usos y costumbres de las Comunidades, en tanto (i) los funcionarios de la Compañía ingresaron sin autorización a interferir en una instancia de decisión donde sólo participaban a miembros de dichas Comunidades, y (ii) portaron vestimentas que sólo están permitidas a las Autoridades Originarias, afrenta que tiene la misma connotación que la usurpación de una autoridad civil del Estado.
169. La infiltración de estos dos funcionarios implicó una terminante agudización en la posición de las Comunidades Originarias, quienes, como consecuencia de este acto,

²²⁷ *Id.*, párr. 72.

²²⁸ Ver Demanda, párr. 76; Nota de prensa, Diario Opinión online, *Comunarios de Mallku Khota toman un campamento minero* del 13 de junio de 2012, **C-55**.

²²⁹ Nota de prensa, El Potosí, *Presencia policial genera calma en Mallku Khota* del 14 de junio de 2012, **R-91**. Ver, también, Gob. Gonzales, párr. 71, **RWS-1**.

²³⁰ Convocatoria del Ministro de Minería y Metalurgia del 27 de junio de 2012, **R-92**. Gob. Gonzales, párr. 73, **RWS-1**.

²³¹ Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota: Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 4, **R-17**. Gob Gonzales, párr. 74, **RWS-1**.

rechazaron asistir a la reunión de Cochabamba y requirieron la intervención directa del Presidente Evo Morales y el inicio de diálogos en la zona de Mallku Khota²³².

170. En la reunión del 2 de julio de 2012 con el Ministro de Minería y Metalurgia y el Gobernador de Potosí, COTOA-6A presionó por una intervención policial en Mallku Khota. A pesar de los antecedentes violentos que venían presentándose, el mencionado comité, patrocinado por CMMK, solicitó la intervención “*de 1000 (mil) efectivos policiales y patrullas en todos los sectores de la región*”²³³. Los informes de la Gobernación de Potosí dan cuenta de que, a pesar de que el Gobierno de Potosí intentó calmar los ánimos, los comunarios a favor del proyecto insistieron en la militarización²³⁴.
171. Mientras las autoridades gubernamentales se encontraban decidiendo la manera de abordar el problema de la retención de los dos funcionarios de la Compañía, la prensa reportó que, en hechos no del todo esclarecidos, las Comunidades Originarias opositoras al Proyecto retuvieron a tres funcionarios más de CMMK. A pesar de ello, y en un último esfuerzo por liberar a los retenidos, una comisión del Ministerio de Trabajo y el Viceministro de Minería se instaló en la Comunidad de Chiro Q’hasa durante la noche del 4 de julio de 2012²³⁵. Una comisión de funcionarios de la Gobernación, encabezada por el Secretario General, Sr. René Navarro, se dirigió directamente a Mallku Khota en la madrugada²³⁶.
172. La situación se saldría finalmente de control. Como recuerda el Gobernador Gonzales:

Mientras los funcionarios de la Gobernación intentaban acceder a la zona por una de las laderas del cerro, la policía incursionó por la ladera opuesta. Según esclarecimos días más tarde, miembros de la CMMK incitaron a la policía a entrar a Mallku Khota para liberar a sus funcionarios aprovechando la reunión con la Gobernación (lo que

²³² Respuesta de las Comunidades Originarias al Ministro de Minería y Metalurgia y al Gobernador de Potosí del 1 de julio de 2012, **R-93**.

²³³ Acta de la Reunión en la ciudad de Cochabamba del 2 de julio de 2012, **C-75**.

²³⁴ Informe de la Gobernación de Potosí sobre la visita a la ciudad de Cochabamba del 4 de julio de 2012, **R-94**.

²³⁵ Nota de prensa, El Potosí, *Comisión gubernamental instalará diálogo en la zona de Chiro Khasa* del 5 de julio de 2012, **R-95**.

²³⁶ Gob. Gonzales, párr. 76, **RWS-1**.

*previsiblemente dejaría el campo abierto para ingresar por la ladera opuesta)*²³⁷.

173. Durante los violentos enfrentamientos entre comunarios y policías que se prolongarían hasta el 6 de julio, un miembro de las Comunidades enfrentadas, el señor José Mamani (de 45 años de edad), falleció²³⁸. Los hechos del 5 y 6 de julio de 2012 fueron tan violentos que la Oficina de Bolivia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos llamó su atención en su Informe anual para el 2012:

*En julio, en Mallku Khota (Potosí), incidentes violentos entre personas indígenas que reclamaban el derecho de explotación y propiedad de una mina y policías desplegados en la zona provocaron la muerte por heridas de arma de fuego de un manifestante, José Mamani, y dejaron heridas a 13 personas. Tres policías fueron secuestrados y agredidos físicamente por los manifestantes*²³⁹.

174. Tras la pérdida de una vida humana y en un contexto inusualmente pacífico producto de la pérdida, luego de un gran cúmulo de sucesos violentos, funcionarios de la Gobernación de Potosí, de la Defensoría del Pueblo y otras instancias del Gobierno, lograrían alcanzar un acuerdo con las Comunidades Originarias de Mallku Khota que sería vertido en un acta de entendimiento suscrita el 7 de julio de 2012 (el “**Acta de Entendimiento**”²⁴⁰).
175. En dicho Acta de Entendimiento, los Gobiernos departamental y local lograron un acuerdo sobre (i) la indemnización a la familia del Sr. Mamani, (ii) la investigación de la oleada de violencia producida por la incursión policial, (iii) el sometimiento de los dos empleados retenidos en Mallku Khota a la justicia comunitaria y, finalmente, como última medida para conjurar las divisiones entre las comunidades, (iv) la Reversión de las Concesiones de CMMK a favor del Estado²⁴¹.
176. El Acta de Entendimiento sería posteriormente refrendada en un acuerdo suscrito por las Comunidades Originarias y el Presidente de la República el 10 de julio de

²³⁷ Gob. Gonzales, párr. 77, **RWS-1**.

²³⁸ Noticias PAT, *1 muerto y 8 heridos tras enfrentamiento en Mallku Khota*, video, **R-96**.

²³⁹ Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia para el 2012, párr. 67, **R-97**.

²⁴⁰ Acta de entendimiento del 7 de julio de 2012, **C-16**. Ver, también, Gob. Gonzales, párr. 82, **RWS-1**.

²⁴¹ Gob. Gonzales, párrs. 81-82, **RWS-1**.

2012. En dicho acuerdo se dispuso, entre otros, la conformación de una comisión técnica para la elaboración del Decreto de Reversión y el mantenimiento de la paz social como condición esencial para el desarrollo de cualquier proyecto en la región del Norte de Potosí²⁴². El Decreto de Reversión se promulgó el 1 de agosto de 2012. Este Decreto dispondría la reversión de las Concesiones Mineras a favor de CMMK, teniendo en cuenta:

Que las actividades de prospección y exploración de la Compañía Minera Mallku Khota S.A. en el sector de Mallku Khota y la conducción del proceso de socialización del proyecto minero con las comunidades y los ayllus han enfrentado dificultades desembocando en los últimos meses en una escalada de conflictos sociales, poniendo en riesgo la vida de la población del lugar y del personal de la empresa.

Que el derecho que detenta la Compañía Minera Mallku Khota S.A. en las 219 cuadrículas se enmarca en la normativa vigente anterior al año 2009, por lo que ante la extrema situación social en el sector de Mallku Khota, y a fin de preservar la paz social y garantizar el retorno a la normalidad en la misma, se hace necesaria la intervención del Gobierno en el marco de lo establecido en la Nueva Constitución Política del Estado²⁴³.

177. En función de las atribuciones otorgadas por el Decreto de Reversión, COMIBOL se hizo al control de la zona del Proyecto e inició los trámites para el estudio de los costos incurridos por CMMK hasta la fecha.

3.7 En cumplimiento del Decreto de Reversión, COMIBOL encargó una valuación de los gastos incurridos por CMMK y asumió la administración de la zona del Proyecto

178. De conformidad con el Decreto de Reversión, COMIBOL encargó una valuación independiente de los gastos incurridos por CMMK dentro del plazo previsto por el Decreto. El resultado de dicha valuación, sin embargo, se vio retrasado principalmente por la falta de información disponible de CMMK (3.7.1). A diferencia de los que afirma SAS, COMIBOL no ha iniciado actividades de explotación en la zona del Proyecto (3.7.2).

3.7.1 COMIBOL contrató los servicios de una empresa independiente que calculó los gastos incurridos por CMMK

179. El Decreto de Reversión dispuso, *inter alia*, que la Corporación Minera de Bolivia (“COMIBOL”) “contratará una empresa independiente que realice un proceso de

²⁴² Acuerdo del 10 de julio de 2012, C-17.

²⁴³ Decreto de Reversión, pág. 3 (el resaltado es nuestro), C-4.

valuación de las inversiones realizadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A y Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. – EMICRUZ LTDA, en el plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles”²⁴⁴. Una vez efectuada dicha valuación, COMIBOL establecería “el monto y condiciones bajo las cuales el gobierno boliviano reconocerá las inversiones”²⁴⁵ realizadas por dichas compañías. Como explicaremos más adelante²⁴⁶, y a diferencia de lo que sostiene SAS, en caso de que el Tribunal Arbitral considere que tiene jurisdicción sobre los reclamos de SAS y que el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales (*quod non*), el estándar de compensación (de existir algún daño) establecido por el Decreto de Reversión se ajusta a lo dispuesto por el Tratado²⁴⁷.

180. A pesar de haber invitado a CMMK y a SASC a una reunión con el fin de contar con los insumos necesarios para efectuar la valuación de los costos incurridos por CMMK²⁴⁸, COMIBOL no recibió respuesta de la Compañía. Por el contrario, recibió una respuesta de SAS en la que señalaba su imposibilidad inmediata de asistir a reuniones en La Paz²⁴⁹. Antes de que COMIBOL decidiera qué curso de acción tomar ante la aparición de SAS (una compañía de las Bermudas hasta entonces desconocida), SAS notificó la presente disputa al Estado el 22 de octubre de 2012²⁵⁰.
181. COMIBOL, de conformidad con el Decreto de Reversión, inició el procedimiento de contratación de una empresa valuadora independiente. Para tal fin, realizó dos publicaciones en la prensa local el 9 de diciembre de 2012²⁵¹ y, entre el 10 y 12 de

²⁴⁴ Decreto de Reversión, artículo 4 (I), **C-4**.

²⁴⁵ *Id.*

²⁴⁶ Demanda, párr. 102.

²⁴⁷ *Ver* sección 7.3, *infra*.

²⁴⁸ Carta de COMIBOL a CMMK del 24 de agosto de 2012, **C-20**.

²⁴⁹ Carta de SAS a COMIBOL del 4 de septiembre de 2012, **C-21**.

²⁵⁰ Notificación de disputa de SAS a Bolivia del 22 de octubre de 2012, **C-22**.

²⁵¹ Invitación a presentar manifestaciones de interés publicadas por COMIBOL en la prensa el 9 de diciembre de 2012, **R-98**.

diciembre de 2012, envió invitaciones especiales a nueve compañías para que manifestaran su interés²⁵².

182. La única compañía que respondió fue la sociedad BDO Berthin Amengual & Asociados²⁵³. Sin embargo, su propuesta contenía una importante cantidad de condicionamientos técnicos e interrogantes (que se explicaban principalmente a raíz de la falta de información provista por CMMK y SASC sobre las inversiones realizadas). Por este motivo, COMIBOL consideró que “*la respuesta de BDO antes que una propuesta constituye un requisitorio de ampliación a los Términos de Referencia presentados*”²⁵⁴. En esa misma fecha, los técnicos a cargo de la recepción de las ofertas recomendaron la conformación de una comisión para reformular los términos de referencia del proceso de selección de conformidad con las observaciones formuladas por la única compañía participante²⁵⁵.
183. El 14 de febrero de 2013, la Gerencia Técnica y de Operaciones de COMIBOL recibió una nueva versión de los términos de referencia²⁵⁶. Teniendo en cuenta el antecedente de la única compañía participante, y antes de enviar invitaciones a distintas compañías, COMIBOL encargó a funcionarios de su seccional en Oruro que realizaran un inventario propio de los activos que CMMK había dejado en la zona y que se encontraban en varias localidades cercanas al Proyecto con miras a facilitar la labor de la empresa valuadora independiente²⁵⁷. Con posterioridad a la realización de este inventario, COMIBOL realizó una nueva invitación para recibir ofertas que tuvo que ser anulada el 31 de marzo de 2014 como consecuencia de errores técnicos identificados durante el procedimiento de reformulación de los términos de referencia²⁵⁸.

²⁵² Invitaciones a presentar expresiones de interés enviadas por COMIBOL en diciembre de 2012, **R-99**.

²⁵³ Acta de recepción de propuestas del 14 de diciembre de 2012, **R-100**.

²⁵⁴ Informe interno de COMIBOL sobre el cierre de recepción de ofertas del 14 de diciembre de 2012, **R-101**.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ Informe de remisión de los términos de referencia corregidos del 14 de febrero de 2013, **R-102**.

²⁵⁷ Inventario realizado por COMIBOL en la zona de Mallku Khota entre el 19 y el 28 febrero de 2013, **R-103**.

²⁵⁸ Resolución de anulación del procedimiento de contratación del 31 de marzo de 2014, **R-104**.

184. Con posterioridad a la declaratoria de nulidad de este procedimiento de contratación, y con miras a agilizar la contratación de una firma valuadora, los nuevos términos de referencia fueron enviados directamente a las compañías Mineral Processing S.R.L. y Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L, quienes presentaron sus propuestas el 7 de abril de 2014²⁵⁹. Tras el análisis del comité de evaluación de propuestas²⁶⁰, el 23 de abril de 2014, COMIBOL adjudicó la realización de la valuación independiente de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. a la compañía Quality Audit Consultores y Contadores Públicos S.R.L (“**Quality**”)²⁶¹. Tras la ejecución de formalidades requeridas por la legislación boliviana²⁶², Quality y COMIBOL celebraron el Contrato para “*el Estudio y Valuación de las Inversiones Efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Santa Cruz LTDA. – EMICRUZ LTDA.*” el 8 de mayo de 2014²⁶³.
185. El 27 de junio de 2014²⁶⁴, de conformidad con los términos del contrato adjudicado y lo estipulado en el Decreto de Reversión, Quality presentó su informe de valuación de los gastos incurridos por CMMK y EMICRUZ Ltda. hasta la fecha de la Reversión (el “**Informe de Quality**”²⁶⁵).

3.7.2 Al contrario de lo que afirma SAS, COMIBOL no ha iniciado la explotación en la región de Mallku Khota

186. El Decreto de Reversión previó que COMIBOL asumiera “*las actividades de prospección y exploración*”²⁶⁶ en la zona del Proyecto bajo la premisa fundamental de que cualquier actividad minera desarrollada allí no causase una alteración al orden público. Bajo este supuesto, desde la Reversión, el Servicio Nacional de

²⁵⁹ Acta de recepción de ofertas del 7 de abril de 2014, **R-105**.

²⁶⁰ Análisis del comité de evaluación de propuestas del 8 de abril de 2014, **R-106**.

²⁶¹ Resolución de autorización de la contratación de Quality del 23 de abril de 2014, **R-107**.

²⁶² Orden de servicio para la contratación de una consultoría dirigida a Quality del 25 de abril de 2014, **R-108**.

²⁶³ Contrato de prestación de servicios para la valuación de las inversiones de CMMK y EMICRUZ Ltda. del 8 de mayo de 2014, **R-109**.

²⁶⁴ Carta de Quality a COMIBOL del 27 de junio de 2014, **R-110**.

²⁶⁵ Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. de junio de 2014, **R-111**.

²⁶⁶ Decreto de Reversión, artículo 3 (I), **C-4**.

Geología y Minería (“**SERGEOMIN**”), ente descentralizado encargado de generar la información geológica base del país, ha desarrollado ciertos estudios geológicos de prospección y exploración en la zona del Proyecto con la cooperación de la Gobernación²⁶⁷. A diferencia de lo que pretende SAS, SERGEOMIN no tiene funciones de explotación sino únicamente de elaboración de la carta geológica nacional e identificación de áreas mineras.

187. Por su parte, COMIBOL ha desarrollado algunos programas de exploración en la zona sin mayor oposición de las Comunidades Originarias²⁶⁸. Estas actividades se limitan únicamente a la rehabilitación de un antiguo socavón en la zona, el establecimiento de un campamento, levantamientos topográficos, así como la rehabilitación de algunos de los caminos²⁶⁹.
188. En vista de todo lo anterior, no queda duda de la ligereza con que SAS ha descrito los hechos anteriores y posteriores a la Reversión. Como se demostró, la conducta de CMMK y sus representantes fue el hecho generador de los conflictos sociales en la zona del Proyecto que escalaron a un nivel de conmoción social obligando al Estado a revertir las Concesiones.

4. EL DERECHO APLICABLE AL TRATADO EXIGE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES ORIGINARIAS

189. El Tratado no contiene una cláusula de derecho aplicable y no existe acuerdo entre las Partes sobre el particular. En consecuencia, el Tribunal Arbitral goza de amplia discrecionalidad para determinar las normas de derecho aplicables dadas las circunstancias del caso.
190. El artículo 35(1) del Reglamento CNUDMI dispone que, “[s]i las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada”²⁷⁰. De manera similar, el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos, sede de este arbitraje, dispone que el Tribunal Arbitral debe dictar el laudo de conformidad con la ley escogida por las Partes y, a falta de acuerdo, de

²⁶⁷ *Proyecto Prospección y Exploración Geológica Minera del Depósito Metalífero Mallku Khota*, página web SERGEOMIN, **R-112**.

²⁶⁸ *Revista Bocamina, Mallku Khota se prepara para dar los primeros pasos en minería* de febrero de 2013, **R-113**.

²⁶⁹ Presentaciones de COMIBOL sobre trabajos efectuados en la zona de Mallku Khota, **R-114**.

²⁷⁰ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 35(1).

conformidad con las normas que considere apropiadas, teniendo en cuenta cualquier uso mercantil aplicable²⁷¹.

191. La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (la “CDI”) reconoce esta discrecionalidad al explicar que:

*La competencia de la mayoría de los tribunales internacionales se limita a determinados tipos de controversias o controversias que surgen respecto de tratados particulares. Una competencia limitada, sin embargo, no significa una limitación del alcance del derecho aplicable en la interpretación y aplicación de esos tratados*²⁷².

192. Así pues, en ejercicio de su amplia discrecionalidad, el Tribunal Arbitral deberá concluir que, dadas las extraordinarias circunstancias fácticas descritas en la sección anterior, no sólo será apropiado sino también necesario interpretar el Tratado a la luz de las fuentes de derecho internacional e interno que garantizan la protección de los derechos de las Comunidades Originarias que habitan el área del Proyecto.

4.1 El derecho internacional exige la “interpretación sistémica” del Tratado y, en caso de conflicto, la primacía de los derechos humanos

193. No está en disputa que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (la “Convención de Viena”) resulta apropiada para determinar la ley aplicable al Tratado²⁷³, pues constituye una declaración del derecho consuetudinario sobre la interpretación de tratados²⁷⁴. Según la Convención de Viena, el texto de los tratados internacionales debe interpretarse de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y

²⁷¹ Ley de Arbitraje de los Países Bajos del 1 de diciembre de 1986, artículo 104 (“*Rules applicable to the substance of the dispute* 1. The arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law. 2. If a choice of law is made by the parties, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law chosen by the parties. Failing such choice of law, the arbitral tribunal shall make its award in accordance with the rules of law which it considers appropriate. 3. The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur if the parties by agreement have authorised it to do so. 4. In all cases the arbitral tribunal shall take into account any applicable trade usages”), **RLA-6**.

²⁷² Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional* (A/CN.4/L.682), 13 de abril de 2006, párr. 45, **RLA-7**.

²⁷³ Demanda, párrs. 116 y 117.

²⁷⁴ Ver, por ejemplo, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 293, **RLA-8**; *Kasikili/Sedudu Island (Botsuana/Namibia)*, caso CIJ, sentencia del 13 de diciembre de 1999, párr. 18, **RLA-9**; *Territorial Dispute (Gran Yamahiriya Árabe Libia Popular Socialista/República de Chad)*, caso CIJ, sentencia del 3 de febrero de 1994, párr. 41, **RLA-10**.

fin²⁷⁵. Además, debe atenderse a su contexto, el cual incluye, según el artículo 31(3)(c), “*toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”²⁷⁶.

194. Según la CDI, el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena consagra la llamada “*interpretación sistémica*” del derecho internacional, según la cual, “*independiente de la materia que constituya su objeto, los tratados son una creación del sistema jurídico internacional, y su funcionamiento se basa en ese hecho*”²⁷⁷. Por ello, la doctrina advierte consistentemente que “[u]n tratado no puede considerarse aisladamente [pues] no sólo está enraizado en las realidades sociales, sino que sus disposiciones deben confrontarse con otras normas jurídicas con las que pueda competir”²⁷⁸.
195. En *Oil Platforms*, la Corte Internacional de Justicia (la “**CIJ**”), al realizar una interpretación sistémica de un tratado, exigió que se completara el contenido de un término del mismo, no determinado o vago, con otras disposiciones de derecho internacional²⁷⁹. En este caso, Irán demandó a EE.UU. por la destrucción de plataformas petroleras. En su defensa, EE.UU. invocó una cláusula del tratado bilateral de amistad en cuestión que permitía, a pesar de obligaciones en contrario en el mismo tratado, la realización de aquellos actos que fueran necesarios para

²⁷⁵ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 31 (1), **RLA-11**.

²⁷⁶ *Id.*, artículo 31 (3)(c).

²⁷⁷ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.702)*, 18 de julio de 2006, párr. 17, **RLA-12**.

²⁷⁸ P. Daillier & A. Pellet, *Droit international public*, 7^o ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, pág. 266. Citado por Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.682)*, 13 de abril de 2006, párr. 418, **RLA-7**. Ver, también, C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 280 (“*it is submitted that the principle is not to be dismissed as a mere truism. Rather, it has the status of a constitutional norm within the international legal system*”), **RLA-8**; D. French, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, págs. 300-301, **RLA-13**.

²⁷⁹ C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 311 (“*even when it is not made express, the principle of systematic interpretation will apply, and may be articulated as a presumption [...] that the parties are taken ‘to refer to general principles of international law for all questions which [the treaty] does not itself resolve in express terms or in a different way’*”), **RLA-8**.

garantizar la seguridad. La CIJ interpretó esta cláusula de manera sistémica, basada en el derecho internacional sobre el uso de la fuerza²⁸⁰ y “*Article 31(3)(c) was thus used to introduce [in its] entirety the law of jus ad bellum*” en la cláusula²⁸¹.

196. Esta “*interpretación sistémica*” pretende, *inter alia*, evitar la fragmentación del derecho internacional, en parte causada por el surgimiento de ciertos conjuntos de normas e instituciones especializadas que, como el derecho de las inversiones, pretenden perfilarse como regímenes “autónomos” (“*self-contained regimes*”)²⁸².
197. La interpretación sistémica no solo exige el uso de otras normas para remediar lagunas o vaguedades sino también la aplicación de una presunción contra el conflicto de normas²⁸³. Debe suponerse que un tratado no puede violar obligaciones internacionales de las partes, y, por eso, es necesario interpretarlo de forma consistente con aquellas.
198. La fragmentación del derecho internacional preocupa a la comunidad internacional²⁸⁴. El Profesor Bruno Simma, ex juez de la Corte Internacional de

²⁸⁰ *Oil Platforms (Republica Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)*, caso CIJ, sentencia del 6 de noviembre de 2003, párr. 41, **RLA-14**.

²⁸¹ R. Higgins, *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench*, 55 *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, pág. 802, **RLA-15**.

²⁸² Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.682)*, 13 de abril de 2006, párrs. 8 y 152 (“*la noción de régimen ‘autónomo’ es simplemente engañosa. Si bien es variable el grado en que un régimen de responsabilidad, un conjunto de normas sobre un problema o una rama del derecho internacional debe complementarse con normas generales, no hay apoyo para la opinión de que se pueda prescindir plenamente de las normas generales en momento alguno*”), **RLA-7**.

²⁸³ C. McLachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, 54 *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pág. 311 (“*even when it is not made express, the principle of systematic interpretation will apply, and may be articulated as a presumption [...] that, in entering into treaty obligations, the parties intend not to act inconsistently with generally recognized principles of international law or with previous treaty obligations toward third states*”), **RLA-8**; M. Jacob, *International Investment Agreements and Human Rights*, INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development, Institute for Development and Peace, University of Duisburg-Essen, 2010, pág. 28, **RLA-16**; *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 50 (“*the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispense with, in the absence of any words making clear an intention to do so*”), **RLA-17**.

²⁸⁴ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.682)*, 13 de abril de 2006, párr. 9 (“*algunos comentaristas han criticado acerbamente lo que consideran como la erosión del derecho internacional general, la aparición de jurisprudencia contradictoria, la búsqueda del foro más favorable [forum shopping] y la pérdida de la seguridad jurídica*”), **RLA-7**.

Justicia y ex presidente de la CDI, explica que la fragmentación del derecho internacional, a propósito del derecho de las inversiones, podría resultar en una violación de los derechos humanos:

*Scenarios under which an investor's rights may be affected by human rights-motivated government policy are easy to imagine: a government intervenes in an enterprise to prevent human rights abuses perpetrated by the enterprise itself [...]. The tendency towards considering international investment law in a vacuum is perhaps most disturbing with regard to humans rights law [...] the failure of investment tribunals to take international human rights law into account could potentially undermine a State's ability to fulfill its human rights obligations*²⁸⁵.

199. En aras de una interpretación sistémica del derecho internacional, el Tribunal Arbitral deberá acudir a las fuentes de derecho que propenden por la protección de los derechos de las Comunidades Originarias para dar contenido a ciertos conceptos que se encuentran en constante evolución como el trato justo y equitativo, la plena protección y seguridad, la arbitrariedad y la licitud o ilicitud de una expropiación²⁸⁶.
200. Según lo previsto en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (el “**Estatuto**”), estas fuentes incluyen las convenciones internacionales generales o particulares, la costumbre internacional y los principios generales de derecho, sin que exista jerarquía entre ellas²⁸⁷.
201. El Tribunal Arbitral deberá, además, dar una interpretación amplia a la expresión “*toda norma de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*” contenida en el artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena. Como indica el Juez Simma:

²⁸⁵ B. Simma y T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, en “International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer”, Oxford University Press, 2009, págs. 678 y 679, **RLA-18**.

²⁸⁶ *Id.*, pág. 704. Ver, también, *Id.*, págs. 704 y 705, (“*while BITs commemorate a promise of fairness and equity running from the host-State to the investor, consideration of fairness and equity under the totality of circumstances demands that a tribunal take into account not only a State's human rights obligations, but indeed the citizens' human rights in determining whether an investor has been treated equitably [...] Another channel through which considerations of human rights may inform the interpretation of the fair and equitable treatment standard is by informing the concept of investor expectations. An investor's 'legitimate expectations' form the 'dominant element' in the fair and equitable treatment standard. Therefore a tribunal in interpreting what is and what is not a legitimate expectation should have reference also to the host State's obligations under international human rights law. Whatever expectations an investor might have had, these must have included an expectation that the State would honour its international human rights obligations*”).

²⁸⁷ Corte Internacional de Justicia, *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*, artículo 38, **RLA-19**.

[E]quating the concept of 'applicability' with the concept of 'bindingness' has undesirable consequences as concerns international human rights law. If we assume that a rule is applicable only if it is legally binding, then certain rules of human rights law may only be applicable for purposes of the Vienna Convention as between two States that are both parties to the relevant treaties. This dynamic could produce results which appear to be in contradiction with the object and purpose of international human rights treaties. [...] This could also lead to BIT forum shopping, whereby investors might structure their deals through enterprises incorporated in States that have failed to ratify the most relevant human rights treaties²⁸⁸.

202. Por otra parte, en casos de “conflicto” cuando la interpretación sistémica no puede asegurar la armonía entre normas²⁸⁹, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que, bajo el derecho internacional público, prevalecen las obligaciones relativas a los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias y no las obligaciones en materia de protección a la inversión extranjera.

203. Al respecto, resulta ilustrativo el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la “CIDH”) en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*. En dicho caso, la CIDH examinó la responsabilidad del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad Sawhoyamaxa y sus miembros. El Estado presentó como una de sus defensas el hecho de que las tierras en cuestión estaban siendo explotadas por un individuo protegido por un tratado de protección de inversión entre Paraguay y Alemania²⁹⁰. La CIDH encontró infundada la defensa del Estado y concluyó que:

[L]a aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados²⁹¹.

²⁸⁸ B. Simma y T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, en “International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer”, Oxford University Press, 2009, pág. 700, **RLA-18**.

²⁸⁹ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.682)*, 13 de abril de 2006, párr. 24 (“[e]sta es la situación básica de la incompatibilidad: cuando una obligación sólo puede cumplirse dejando de cumplir otra obligación. Sin embargo, existen otras formas más laxas de entender la noción de conflicto. Un tratado puede a veces frustrar los fines de otro tratado sin que haya ninguna incompatibilidad estricta entre sus disposiciones”), **RLA-7**.

²⁹⁰ *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 137, **RLA-20**.

²⁹¹ *Id.*, párr. 140.

204. Lo anterior tiene sentido si se tiene en cuenta que, como lo ha reconocido la CDI, aunque no exista jerarquía entre las fuentes de derecho internacional, existen ciertas normas que “*gozan de un rango superior o de una situación especial en el ordenamiento jurídico internacional*”²⁹². La CDI ha identificado dos factores que confirman la primacía de los derechos humanos y colectivos:
205. En *primer lugar*, se encuentra la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 103 dispone la primacía de las obligaciones allí previstas sobre cualquier otra obligación adquirida por sus miembros²⁹³. Bajo el artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, sus miembros se comprometen a tomar medidas para la realización de los propósitos allí establecidos²⁹⁴. Uno de estos propósitos es, precisamente, el respeto a los derechos humanos²⁹⁵.
206. En *segundo lugar*, están las obligaciones *erga omnes*, que son aquellas que adquiere un “*Estado para con la comunidad internacional en su conjunto [pues] todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección [de los derechos de que se trata]*”²⁹⁶. Este es el caso, por ejemplo, de “*los principios y normas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana*”²⁹⁷.

²⁹² Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.702)*, 18 de julio de 2006, párr. 31, **RLA-12**.

²⁹³ Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, 26 de junio de 1945, artículo 103 (“[e]n caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”), **RLA-21**.

²⁹⁴ *Id.*, artículo 56 (“[t]odos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”).

²⁹⁵ *Id.*, artículo 1(3) y artículo 55 (c) (“[l]os Propósitos de las Naciones Unidas son [...] el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Statement on Globalization*, 11 de mayo de 1998, párr. 3 (“*globalization risks downgrading the central place accorded to human rights by the Charter of the United Nations in general and the International Bill of Human Rights in particular*”), **RLA-22**.

²⁹⁶ *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España) (Second Phase)*, I.C.J. Reports 1970, párrs. 33-34. Citado por Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.682)*, 13 de abril de 2006, párr. 387, **RLA-7**.

²⁹⁷ *Id.* El ex juez de la Corte Internacional de Justicia, Bruno Simma, considera que “*State’s obligations with regard to the basic welfare of its citizens has unquestionably become a matter*

207. En reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, 171 Estados adoptaron la Declaración de Viena, la cual establece en su primer artículo que “[l]os derechos humanos y las libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos; su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos”²⁹⁸. Esta afirmación puede considerarse indicativa de que el derecho consuetudinario exige la prevalencia de las normas de derechos humanos²⁹⁹.
208. Cabe resaltar que el respeto a los derechos humanos implica también el respeto a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Así lo reconoció la CIDH en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, en el cual se encontró que el Estado no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la comunidad indígena *Yakye Axa* y sus miembros:

En otras oportunidades, tanto este Tribunal como la Corte Europea de Derechos Humanos han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁰⁰ [...] En el presente caso, al analizar los alcances del citado artículo 21 de la Convención, el Tribunal considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana, tales como el Convenio No. 169 de la OIT [sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes], para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano,

for community interest. Since these norms have taken the first steps away from bilateralism, it is possible that norms relating to economic, social and cultural rights could also constitute ‘rules applicable in the relations’ among States, even if there is no independent treaty obligation running between the States in question, an even if we assume that such obligations are not owed erga omnes. In close cases, the fact that the Vienna Convention’s preamble proclaims the State Parties ‘universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all’ may tip the scale towards a broader conception of applicability”. B. Simma y T. Kill, *Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First Steps Towards a Methodology*, en “International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer”, Oxford University Press, 2009, pág. 702, **RLA-18**.

²⁹⁸ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y Programa de Acción de Viena* (A/CONF.157/23), 12 de julio de 1993, artículo 1, **RLA-23**.

²⁹⁹ Ver, también, por ejemplo, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de las Naciones Unidas, *Resolución 1998/12, Los derechos humanos como objetivo primordial de la política en materia de comercio, inversión y finanzas*, E/CN.4/Sub.2/1998/45, 20 de agosto de 1998, pág. 43 (“el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales [...] es la responsabilidad y el objetivo primeros y más fundamentales de los Estados en todos los aspectos de la gestión pública y el desarrollo”), **RLA-24**.

³⁰⁰ *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 125, **RLA-25**.

*habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*³⁰¹.

209. Así pues, al interpretar el Tratado, y partiendo de lo previsto en la Convención de Viena, el Tribunal Arbitral podrá orientar su labor con el preámbulo de dicho instrumento que establece que ésta fue celebrada por los Estados “[t]eniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como [...] [el] respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades”³⁰².

4.2 El Derecho boliviano es relevante en el presente caso para la determinación de cuestiones fundamentales

210. Además del derecho internacional, el Tribunal Arbitral deberá aplicar y considerar el Derecho boliviano a la hora de interpretar el alcance de los derechos y obligaciones previstos en el Tratado.

211. En efecto, en varias ocasiones tribunales internacionales han aplicado el derecho interno del Estado receptor de la inversión para la determinación de ciertos asuntos ³⁰³, lo cual resulta particularmente apropiado cuando no existe incompatibilidad entre el derecho internacional y el derecho interno³⁰⁴.

³⁰¹ *Id.*, párr. 127.

³⁰² Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, preámbulo, **RLA-11**.

³⁰³ *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 135 (“[e]l hecho de que el TBI y el derecho internacional rijan la cuestión de la responsabilidad de la Argentina por la violación del tratado no implica que el derecho interno de la Argentina no tenga un papel que jugar también. El Tribunal coincide con la Demandante que el papel es determinar el contenido de los compromisos asumidos por la Argentina frente a la Demandante que esta última alega han sido violados. Por consiguiente, a fin de determinar qué derechos le reconoció la Argentina a la Demandante en carácter de inversor extranjero, es necesario recurrir al derecho argentino”), **RLA-26**; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párrs. 534 y 535 (“the content of Claimant’s rights and obligations within the legal framework established by the relevant municipal legislation, as in the field of mining, social rights and the protection of the environment [...] the content of commitments made by Respondent to Claimant that the latter alleges have been violated [and] establishing the rights Venezuela recognises as belonging to Claimant”), **RLA- 27**; *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Socialista de Sri Lanka*, caso CIADI No. ARB/87/3, laudo del 27 de junio de 1990, pág. 533, **RLA- 28**.

³⁰⁴ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, laudo del 22 de mayo de 2007, párrs. 206 y 209 (“[t]he Respondent is right in arguing that domestic law is not confined to the determination of factual questions [...] The Tribunal must also note that in examining the

212. En el caso que nos ocupa, el Derecho boliviano resulta relevante para la determinación de, por lo menos, tres cuestiones fundamentales:
213. En *primer lugar*, no debería estar en disputa que el contenido del Derecho boliviano resulta relevante para determinar si se ha cumplido o no con la obligación de otorgar trato justo y equitativo. En efecto, SAS ha indicado que “*se basó en el marco legal de Bolivia [formándose] legítimas expectativas sobre las protecciones clave a su inversión en Malku Khota y la estabilidad del marco legal y comercial de Bolivia [y que] Bolivia [habría dejado de] de proteger las legítimas expectativas de South American Silver y de garantizar la existencia de un marco legal y comercial estable*”³⁰⁵. SAS ofrece en su Demanda una descripción de dicho marco legal³⁰⁶ que, como se verá más adelante, es incompleta, y ha sido en todo momento respetado por Bolivia³⁰⁷.
214. En *segundo lugar*, los tribunales internacionales han reconocido el papel preponderante que juega la ley del Estado receptor de la inversión en la determinación de la existencia de motivos de utilidad pública en caso de expropiación. Así lo determinó el tribunal en el caso *Rurelec*, en aplicación del mismo Tratado que nos ocupa, encontrando que “*el contorno preciso de las causas de utilidad pública y del beneficio social yace en el ordenamiento constitucional y jurídico interno del Estado en cuestión [boliviano]*”³⁰⁸.
215. En *tercer lugar*, según se explica más adelante, el Tribunal Arbitral deberá establecer si las reclamaciones de SAS son admisibles, para lo cual deberá, *inter*

Argentine law as pertinent to various issues disputed by the parties, it finds that there is generally no inconsistency with international law as far as the basic principles governing the matter are concerned. The Tribunal will accordingly apply both Argentine law and international law to the extent pertinent and relevant to the decision of the various claims submitted”), CLA-58.

³⁰⁵ Demanda, párr. 153.

³⁰⁶ *Id.* párrs. 18,19, 147 - 150.

³⁰⁷ Sección 6 *infra*.

³⁰⁸ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 437, **RLA-29**. *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, caso CIADI No. ARB/95/3, laudo del 10 de febrero de 1999, párr. 126 (“*Una medida [expropiatoria] es internacionalmente lícita si ‘las razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional así lo requieren en casos excepcionales’. Obviamente, es bajo la ley nacional de Burundi que esta condición debe ser evaluada*”). Traducción no oficial de: “[U]ne mesure telle que celle qui a été prise à l’encontre d’AFFIMET n’est internationalement licite que si ‘des impératifs d’utilité publique, de sécurité ou d’intérêt national l’exigent exceptionnellement’. C’est de toute évidence au regard du droit national burundais que cette condition doit s’apprécier”), **RLA-30**. Ver Sección 6.1.1 *infra*.

alia, determinar si la inversión se ha desarrollado según las normas relevantes de derecho interno³⁰⁹. Como lo reconoció el tribunal en el caso *Gustav Hamester c. Ghana*, “*an investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith [...] [or] if it is made in violation of the host State’s law*”³¹⁰.

216. En definitiva, el Tribunal Arbitral deberá observar el Derecho interno boliviano cuando ello sea apropiado. Como lo reconoció el tribunal en el caso *AAPL c. Sri Lanka*:

*the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated through implied incorporation methods, or by direct reference to certain supplementary rules, whether of international law character or of domestic law nature*³¹¹.

4.3 Los instrumentos de derecho internacional y Derecho boliviano aplicables exigen la protección de las Comunidades Originarias

217. Para garantizar la protección jurídica de las Comunidades Originarias, el Tribunal Arbitral deberá interpretar el Tratado en armonía con los instrumentos que se enuncian a continuación (además de las normas que los desarrollen, las cuales se detallarán en cada sección relevante):

- a. La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 – “*Pacto de San José*”³¹², ratificada por Bolivia el 20 de enero de 1979, e incorporada al ordenamiento jurídico boliviano como ley nacional No. 1430 de 1993³¹³, la cual forma parte de su bloque de constitucionalidad³¹⁴;

³⁰⁹ Ver sección 5.2 *infra*.

³¹⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, **RLA-31** (el resaltado es nuestro).

³¹¹ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Socialista de Sri Lanka*, caso CIADI No. ARB/87/3, laudo del 27 de junio de 1990, pág. 21, **RLA- 28**.

³¹² Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 7 al 22 de noviembre de 1969, **RLA-32**.

³¹³ Ley No. 1430 del 11 de febrero de 1993, **RLA-33**.

³¹⁴ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 410 (“*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país*”), **RLA-3**. Ver, también, *Id.*, arts. 13, 256 y 257, **RLA-3**.

- b. la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer – “*Convención De Belem Do Para*” de 1994³¹⁵, ratificada por Bolivia el 12 de noviembre de 1994, e incorporada a su ordenamiento jurídico interno como ley nacional No. 1599 del 12 de junio de 1996³¹⁶;
- c. el Convenio 169 de la OIT³¹⁷, tratado internacional ratificado por Bolivia e incorporado a su ordenamiento como ley nacional No. 1257 de 1991³¹⁸, la cual también forma parte de su bloque de constitucionalidad³¹⁹ y resulta directamente aplicable al sector minero según el artículo 15 del Código Minero de 1997³²⁰;
- d. la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007³²¹, incorporada al ordenamiento jurídico boliviano como ley nacional No. 3760 de 2007³²², la cual también forma parte del bloque constitucional boliviano³²³; y

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 2003/2010-R del 25 de octubre de 2010, sección III.5 (“*a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que -como se tiene señalado- forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad a lo establecido en el art. 410 de la CPE*”), **RLA-34**.

³¹⁵ Organización de los Estados Americanos, *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, 9 de junio de 1994, **RLA-35**.

³¹⁶ Ley No. 1599 del 18 de agosto de 1994, **RLA-36**.

³¹⁷ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, **RLA-37**.

³¹⁸ Ley No. 1257 del 11 de julio de 1991, **RLA-38**.

³¹⁹ Ver, párr. 217 (a) *supra*.

³²⁰ Código Minero de 1997, artículo 15 (“[l]os preceptos del artículo 171° de la Constitución Política del Estado [de 1995] y las disposiciones pertinentes del convenio No 169 de la Organización Internacional de Trabajo ratificado por Ley No 1257 de 11 de julio de 1991 son aplicables al sector minero”), **C-30**.

³²¹ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, **RLA-39**.

³²² Ley No. 3760 del 7 de noviembre de 2007, **RLA-40**.

³²³ Ver, párr. 217 (a) *supra*.

- e. la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, *Grundnorm* del sistema jurídico boliviano³²⁴, la cual rige tanto la actividad del Estado como el accionar de actores privados³²⁵.
218. En su labor interpretativa, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta también los principios generales de derecho, incluyendo el principio de *clean hands*, el de buena fe y el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y *nullus commodum capere de sua injuria propria*. En virtud de la interpretación sistémica del derecho internacional, se entiende, *inter alia*, que, “*al asumir obligaciones en virtud de un tratado, las partes no pretenden actuar en contradicción con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos*”³²⁶. Como lo indica la CDI, la aplicación de los principios generales de derecho es particularmente importante cuando el tratado, como en este caso, no dice nada sobre el derecho aplicable³²⁷.
219. Además, el Tribunal Arbitral deberá aplicar la costumbre internacional, que también exige la protección de los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias. Así lo afirma sin ambages la *International Law Association* al reconocer que:
- the unequivocal judicial and para-judicial practice of treaty bodies, as well as the pertinent state practice at both the domestic and international level, unequivocally show that a general opinio iuris as well as consuetudo exists within the international community according to which certain basic prerogatives that are essential in order to safeguard the identity and basic rights of indigenous peoples are today crystallized in the realm of customary international law*³²⁸.
220. Por último, el Tribunal Arbitral deberá considerar, dentro de los usos comerciales aplicables y como evidencia del orden público internacional, que algunos

³²⁴ Nueva Constitución Política del Estado de 2009 del 7 de febrero de 2009, **RLA-3**.

³²⁵ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 0085/2012 del 16 de abril de 2012, sección III.1.2 (“*la aplicación horizontal de los derechos fundamentales encuentra génesis directa en la parte dogmática de la Constitución Política del Estado, en particular, en el art. 109.1 que consagra el principio de aplicación directa de la Constitución*”), **RLA-41**. Ver, también, entre otros, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 1673/2013, 4 de octubre de 2013, sección III.2, **RLA-42**; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia No. 1478/2013, 22 de agosto de 2013, sección III.2, **RLA-43**.

³²⁶ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional (A/CN.4/L.702)*, 18 de julio de 2006, párr. 19 (b), **RLA-12**.

³²⁷ *Id.*, párr. 20 (c).

³²⁸ International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, The Hague Conference, 2010, **RLA-44**.

instrumentos como los “*Principios rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos*”³²⁹ y las “*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*”³³⁰, expresamente prevén la necesidad de respetar y proteger los derechos humanos y, en particular, los de los pueblos indígenas.

221. Estas normas, como se analizará más adelante, confirman que Bolivia actuó de conformidad con el Tratado y el derecho aplicable al declarar la Reversión y que los reclamos de SAS son inadmisibles.

5. EL TRIBUNAL CARECE DE JURISDICCIÓN PARA RESOLVER LOS RECLAMOS PRESENTADOS POR SAS Y, EN CUALQUIER CASO, DEBE RECHAZARLOS POR SER INADMISIBLES

222. El Tribunal Arbitral carece de jurisdicción para pronunciarse sobre los reclamos de SAS porque la propietaria de la inversión cuya protección se reclama es una compañía canadiense a la que no le aplica el Tratado (5.1). Incluso, si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral llegara a considerar que SAS es la propietaria de dicha inversión, éste deberá rechazar los reclamos de la Demanda pues la conducta ilegal de SAS lo priva de jurisdicción y torna dichos reclamos en inadmisibles al no tener SAS “*clean hands*” (5.2).

5.1 El Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción para resolver los reclamos de SAS al no ser ésta la propietaria de la inversión cuya protección reclama

223. Para que el Tribunal Arbitral tenga jurisdicción, deben presentarse, como mínimo, tres circunstancias, *i.e.*, (i) que quien presente la reclamación sea un individuo o

³²⁹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, 16 de junio de 2011, pág. 15, principio 11 (“[l]as empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación”) y pág. 16, principio 12, comentario (“las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicos y deberán prestarles una atención especial cuando vulneren los derechos humanos de esas personas. Los instrumentos de las Naciones Unidas han detallado a tal efecto los derechos de los pueblos indígenas”), **RLA-45**.

³³⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, 25 de mayo de 2011, párr. 40 (“las empresas deben respetar los derechos humanos de las personas que pertenecen a categorías específicas o poblaciones que merecen una atención particular, cuando puedan tener un impacto negativo sobre estos derechos. En este contexto, los instrumentos de Naciones Unidas han precisado los derechos de los pueblos indígenas; las personas que pertenecen a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas; las mujeres; los niños; los discapacitados; los trabajadores inmigrantes y sus familias”), **RLA-46**.

entidad que encaje en la definición de inversionista prevista en el Tratado; (ii) que su reclamación tenga relación con bienes que encajen en la definición de inversión prevista en el Tratado; y (iii) que exista un vínculo entre el inversionista y la inversión, *i.e.*, propiedad.

224. En este caso, aunque SAS se encuadra en la definición de inversionista³³¹ y tanto las acciones en CMMK como las Concesiones Mineras se encuadran en la definición de inversión³³², SAS no es su verdadera propietaria.
225. El Tribunal Arbitral debe considerar que el vínculo de propiedad entre la inversión y el inversionista es un requisito *sine qua non* para su jurisdicción (5.1.1). A diferencia de lo que sostiene SAS, la protección del Tratado y la jurisdicción del Tribunal Arbitral sólo surgen cuando dicho vínculo es directo, lo que no ocurre en el caso concreto (5.1.2). En cualquier caso, incluso si se considerara (*quod non*) que la propiedad indirecta es suficiente, el Tribunal Arbitral deberá rechazar la reclamación de SAS al encontrar que ésta no es la propietaria en última instancia de la inversión (5.1.3).

5.1.1 El vínculo de propiedad entre SAS y la inversión es un requisito *sine qua non* para la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

226. El Tratado le otorga jurisdicción a este Tribunal Arbitral para resolver diferencias relativas a inversiones ubicadas en territorio boliviano cuando un nacional o compañía del Reino Unido es el real propietario de las mismas.
227. El artículo VIII (1) del Tratado establece claramente que solo podrán someterse a arbitraje:

³³¹ Demanda, párr. 108. Tratado, artículo I(d)(i) (“Para los fines del presente Convenio (d) el concepto ‘sociedades’ designa: (i) en relación con el Reino Unido: corporaciones, firmas, o asociaciones incorporadas o constituidas en virtud de las leyes vigentes en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que el presente Convenio se extienda conforme a las disposiciones del Artículo XF”), C-1.

³³² *Id.*, párr. 109. Tratado, artículo I(a)(ii) (“Para los fines del presente Convenio (a) el concepto ‘inversiones’ significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende: [...] (ii) acciones, títulos y obligaciones de sociedades o participación en los bienes de dichas sociedades”) y artículo I(a)(v) (“Para los fines del presente Convenio (a) el concepto ‘inversiones’ significa toda clase de bienes capaces de producir rentas y en particular, aunque no exclusivamente, comprende: [...] (v) cualesquiera concesiones de tipo comercial otorgadas por las Partes Contratantes de conformidad con sus respectivas leyes, incluidas las concesiones para la exploración, cultivación, extracción o explotación de recursos naturales”), C-1.

*Las diferencias entre un nacional o una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión de la primera*³³³.

228. Al interpretar el Tratado “conforme al sentido corriente que ha[] de atribuirse a sus términos”, según lo dispone el artículo 31 de la Convención de Viena³³⁴, el Tribunal Arbitral encontrará que un requisito fundamental para su jurisdicción es que quien presente la reclamación sea el propietario de la inversión³³⁵. En efecto, según lo define la Real Academia Española de la Lengua, “de” es una preposición que denota “pertenencia”³³⁶. La misma idea es transmitida por la versión inglesa del Tratado con la preposición “of” que, como su equivalente castellano, denota una relación de propiedad, definida como “an association between two entities, typically one of belonging”³³⁷.
229. Ahora bien, como lo sugiere SAS, jurídicamente existen dos maneras para establecer un vínculo de propiedad, la directa y la indirecta³³⁸. De manera general, mientras que en la propiedad directa el inversionista tiene el título legal sobre el bien en cuestión, en la propiedad indirecta no se considera necesario que el inversionista sea el titular inmediato del bien, por lo que “es irrelevante si un

³³³ Tratado, artículo 8.1 (el resaltado es nuestro), **C-1**.

³³⁴ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 31 (1), **RLA-11**.

³³⁵ Por lo demás, el vínculo de propiedad también determina la protección de las inversiones bajo el Tratado. Ver, por ejemplo, Tratado, artículo II(2) (“A las inversiones de capital de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante se les concederá en cada ocasión un trato justo y equitativo y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante”) y artículo 5.1 (“Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de Las Partes Contratantes, no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (en lo sucesivo se denomina “expropiación”), salvo por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante y a cambio de una junta compensación efectiva”) (el resaltado es nuestro), **C-1**.

³³⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22º ed., <http://www.rae.es>, último acceso: 29 de marzo de 2015, “de”, **RLA-47**. Ver, también, *Id.*, “pertenencia” (“pertenencia. 1. f. Relación de una cosa con quien tiene derecho a ella. 4. f. Cosa accesoria o dependiente de la principal, y que entra con ella en la propiedad. Francisco compró la hacienda con todas sus pertenencias. 5. f. Cosa que es propiedad de alguien determinado”).

³³⁷ Oxford Dictionaries, “of”, <http://www.oxforddictionaries.com>, último acceso: 29 de marzo de 2015, **RLA-48**.

³³⁸ Demanda, párr. 110.

*inversionista de un país es propietario [...] de una inversión [...] a través de una o más entidades corporativas intermediarias*³³⁹.

230. Sobre este punto, SAS afirma equivocadamente que, bajo el Tratado, el Tribunal Arbitral tendría jurisdicción no sólo cuando el vínculo de propiedad se presenta de forma directa, sino también cuando se presenta de forma indirecta³⁴⁰.

5.1.2 Sólo el vínculo directo de propiedad entre SAS y la inversión, que no existe en el presente caso, activaría la jurisdicción del Tribunal Arbitral

231. No pueden añadirse al Tratado palabras que éste no contiene. En ninguna parte en el Tratado puede encontrarse el término “indirecto” y mucho menos en relación con el vínculo de propiedad requerido. En consecuencia, el Tribunal Arbitral sólo tiene jurisdicción cuando se presenta un vínculo de propiedad directo entre el inversionista y la inversión.

232. En *primer lugar*, la anterior conclusión surge de la interpretación de la preposición “de” conforme a su sentido corriente, según lo dispone el artículo 31 de la Convención de Viena³⁴¹. La propiedad a través de sociedades intermedias, utilizando sofisticadas estructuras corporativas, es un fenómeno relativamente moderno; por ello, para alterar el sentido corriente y natural del término “propiedad”³⁴², la inclusión de una referencia a la propiedad “indirecta” sería necesaria³⁴³. Una interpretación contraria implicaría reescribir el Tratado,

³³⁹ Demanda, párr. 110 (el resaltado es nuestro).

³⁴⁰ *Id.*

³⁴¹ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 31(1), **RLA-11**.

³⁴² Por ejemplo, el Código Civil boliviano define la “propiedad” como “*un poder jurídico que permite usar, gozar y disponer de una cosa y debe ejercerse en forma compatible con el interés colectivo, dentro de los límites y con las obligaciones que establece el ordenamiento jurídico [...] El propietario puede reivindicar la cosa de manos de un tercero y ejercer otras acciones en defensa de su propiedad*”. Sólo quien tiene el título legal sobre el bien puede ejercer las acciones en defensa de la propiedad. Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 105, **RLA-49**.

³⁴³ La jurisprudencia internacional ha confirmado el efecto modificadorio del término “indirectamente”. Por ejemplo, en *Anglo Iranian Oil*, el Juez Read consideró, en cuanto al efecto de la expresión “directa e indirecta” contenida en la declaración de Irán sobre la jurisdicción del Tribunal que: “*If the words ‘directly or indirectly’ had been omitted from the Declaration, it would have been possible to assume that the jurisdiction was restricted to situations or facts which related directly to treaties or conventions accepted by Persia*”. *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*, 1952, caso CIJ, sentencia del 22 de julio de 1952, opinión disidente del juez Read, **RLA-50**.

permitiendo que puedan ser sometidas a arbitraje las diferencias “entre una sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante concernientes a una obligación de la última conforme a este Convenio y en relación con una inversión [directamente o indirectamente] de la primera”. El Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que:

*[I]t is generally to be assumed that the parties have included the terms which they wished to include and on which they were able to agree, omitting other terms which they did not wish to include and on which they were not able to agree*³⁴⁴.

233. En *segundo lugar*, si la interpretación del Tratado conforme al sentido corriente de sus términos (según lo dispone el artículo 31 de la Convención de Viena) aún dejara oscuro el sentido de la preposición “de”, el Tribunal Arbitral llegaría a la misma conclusión al recurrir al artículo 32 de la Convención de Viena, el cual le sugiere tomar en consideración las circunstancias que rodearon la celebración del Tratado³⁴⁵.
234. Las circunstancias que rodearon la celebración del Tratado indican que las partes omitieron deliberadamente la protección a la propiedad “indirecta”. El Tribunal Arbitral podrá corroborar que los tratados contemporáneos firmados por Bolivia demuestran que, cuando Bolivia acepta proteger la propiedad indirecta, lo hace de manera expresa. Si dicha mención no aparece, ello se debe a que las partes no pudieron ponerse de acuerdo sobre el particular.
235. Por ejemplo, en 1987, un año antes de la celebración del Tratado, Bolivia celebró tratados de protección de inversión con Alemania y Suiza. Mientras que el Tratado con Alemania no contiene la referencia “directa o indirectamente”, el tratado con Suiza sí incluye dicha referencia en la definición de sociedades suizas protegidas³⁴⁶.

³⁴⁴ *Brown c. Stott*, Consejo Privado del Reino Unido, fallo de Lord Bingham of Cornhill del 5 de diciembre de 2000, 1 AC 681, 2003, pág. 703 (el resaltado es nuestro), **RLA-51**.

³⁴⁵ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 32 (“[s]e podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”), **RLA-11**.

³⁴⁶ El tratado de protección de inversión entre Suiza y Bolivia protege las inversiones de propiedad de sociedades suizas, en cuyo patrimonio exista directa o indirectamente un capital suizo. En efecto, el artículo 1(b) (aa) de dicho tratado dispone que “[e]l término “sociedad” significa: (aa) con respecto a la Confederación Suiza, las personas jurídicas o sociedades de personas sin

236. Esta elección de las partes debe producir efectos jurídicos. En este sentido, el Prof. Zachary Douglas explica que:

Investment treaties generally either permit the claimant to exercise control over its investment directly or indirectly, or are silent on the question. The principle verba aliquid operari debent as a canon of treaty interpretation requires that effect be given to the expansive terms ‘directly and indirectly’ so that treaties with this stipulation can be meaningfully distinguished from treaties without it.

*[...]A great number of investment treaties do not contain a provision of the type under consideration and hence there must be a concomitant limitation upon the tribunal’s jurisdiction *ratione personae*: the claimant must exercise effective control directly over the investment³⁴⁷.*

237. Por lo demás, SAS cita casos que no prueban que la propiedad indirecta de la inversión otorga jurisdicción al Tribunal Arbitral³⁴⁸. Dichos casos, a excepción del caso *Rurelec*, no se refieren a la cuestión que se le presenta a este Tribunal Arbitral³⁴⁹ o tienen un texto distinto al del Tratado³⁵⁰.
238. En lo que respecta al caso *Rurelec*, en el que el tribunal interpretó el texto del Tratado que nos ocupa, deben hacerse dos comentarios.

personalidad jurídica, pero capaces de tener un patrimonio, en el que existe, directa o indirectamente, un interés suizo preponderante”. Tratado entre la Confederación Suiza y la República de Bolivia sobre la promoción y la protección recíprocas de inversiones, celebrado el 6 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 17 de mayo de 1991 (Traducción no oficial del original en francés: “*On entend par «sociétés»: (aa) en ce qui concerne la Confédération suisse, les personnes morales ou sociétés de personnes sans personnalité juridique mais capables de posséder un patrimoine, dans lesquelles existe, directement ou indirectement, un intérêt suisse prépondérant*”), **RLA-52**.

³⁴⁷ Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, párrs. 578 y 580 (el resaltado es nuestro), **RLA-53**.

³⁴⁸ Demanda, notas al pie 227 y 228.

³⁴⁹ SAS cita los laudos en los casos *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia* y *Siemens c. Argentina*, sin embargo, estos tribunales abordaron la discusión sobre la protección a inversiones indirectas en sus decisiones de jurisdicción. Allí, los tribunales interpretaron el término “inversión” y no la preposición “de”. Además, los tribunales no examinaron las circunstancias que rodearon la celebración de los respectivos tratados. Ver *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, decisión de jurisdicción del 6 de julio de 2007, párr. 123, **RLA-54**; *Siemens A.G. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, decisión de jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párr. 137, **RLA-55**.

³⁵⁰ En *BG Group Plc c. República Argentina*, el tratado entre Argentina y el Reino Unido contenía ciertas disposiciones que indicaban que el concepto de “inversión protegida” bajo el tratado correspondiente no requería la propiedad “directa” por parte de inversores de partes contratantes y, por ende, no es relevante. *BG Group Plc v. República de Argentina*, Laudo CNUDMI, 24 de diciembre de 2007, párr.125, **CLA-4**.

239. Primero, si bien el Tribunal Arbitral puede usar a su discreción el razonamiento del tribunal en ese caso para orientar su labor interpretativa en este caso, la interpretación que ese tribunal hizo del Tratado no le vincula³⁵¹.
240. Segundo, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta que el tribunal en *Rurelec* equivocadamente basó su decisión de proteger la propiedad indirecta en una interpretación del término “inversión” y no de la preposición “de”³⁵². Como se mostró más arriba, ambos términos obedecen y establecen dos requisitos distintos en cuanto a la jurisdicción del Tribunal Arbitral. Cuando una objeción se refiere a la definición de “inversión”, critica la forma que toma el bien que se reputa inversión (*v.gr.*, ¿es el bien en cuestión en realidad una concesión, acción, o título?), que no es el caso que nos ocupa.
241. El Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción pues no existe un vínculo directo entre SAS y la inversión. En este caso no está en disputa que quienes tienen la propiedad directa de la inversión son compañías que no son del Reino Unido y, por ende, no gozan de protección bajo el Tratado. Por una parte, las titulares de las acciones de CMMK son Malku Khota Ltd., G.M. Campana Ltd. y Productora Ltd, sociedades constituidas en las Bahamas, y no en el Reino Unido³⁵³. Por otra parte, “CMMK [quien] *adquirió el título legal pleno de las diez Concesiones Mineras*”³⁵⁴, es una compañía constituida en Bolivia que no goza de protección bajo el Tratado.

³⁵¹ *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CIADI No. ARB/06/2, decisión sobre jurisdicción del 27 de septiembre de 2012, párr. 46, **RLA-56**; *Saipem SpA. c. República Popular de Bangladesh*, caso CIADI No. ARB/05/07, decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales del 21 de marzo de 2007, párr. 67, **RLA-57**; *AES Corporation c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/17, decisión sobre jurisdicción del 26 de abril de 2005, párr. 30-32, **RLA-58**.

³⁵² *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 352, **RLA-29**.

³⁵³ Notificación de Arbitraje, párr.13-16. Demanda, párrs. 29-32. Ver Tratado, artículo V(2) (“*En el caso de que una Parte Contratante expropie los bienes de una sociedad, incorporada o constituida conforme a las leyes vigentes en cualquier parte de su territorio y en la que nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante tengan acciones, la misma asegurará la satisfacción de las disposiciones prescritas en el párrafo (1) de este Artículo, en lo que respecta a garantizar la puntual, adecuada y efectiva compensación en lo referente a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de dichas acciones*”) (el resaltado es nuestro), **C-1**.

³⁵⁴ Demanda, párr. 35.

5.1.3 Aunque la propiedad indirecta fuera suficiente para activar la jurisdicción del Tribunal Arbitral (*quod non*), en este caso el Tribunal Arbitral no tiene jurisdicción pues la propietaria indirecta de la inversión es una sociedad canadiense

242. Si, como afirma SAS, bajo la preposición “de”, las partes del Tratado extendieron su protección a inversiones cuya propiedad recae indirectamente en compañías británicas, el Tribunal Arbitral debe indagar si la compañía británica que presenta la reclamación es la verdadera propietaria de la inversión, aunque dicha propiedad se dé a través de entidades instrumentales intermedias.

243. En aras de la seguridad jurídica y dado que en ese escenario la propiedad no se acredita con un título legal, el Tribunal Arbitral deberá verificar, como mínimo, quién es la verdadera beneficiaria o propietaria en última instancia de la inversión (5.1.3.1).

244. Al hacerlo, el Tribunal Arbitral notará que SAS no es la propietaria de la inversión, sino que es uno más de los instrumentos que le otorgaba la propiedad indirecta de la inversión a una sociedad canadiense, SASC (5.1.3.2).

5.1.3.1 *El propietario en última instancia de la inversión es quien puede beneficiarse de los tratados que protegen la propiedad indirecta*

245. Para determinar quién tiene la propiedad indirecta de un bien se va más allá de la “forma” o título legal y se busca al propietario en última instancia o dueño beneficiario del mismo. Sólo por ello se justificaría que sea “irrelevante si un inversionista de un país es propietario [...] de una inversión [...] a través de una o más entidades corporativas intermediarias”³⁵⁵. En efecto, esta relación mediata de propiedad presupone la existencia de entidades intermedias meramente instrumentales y sin voluntad propia, que por ello no afectan la disposición del bien por parte del propietario indirecto.

246. A pesar de que SAS alegue ser propietaria de inversiones en Bolivia³⁵⁶, “labelling is no substitute for analysis”. Por ello, el Tribunal Arbitral debe indagar si la propiedad de la inversión radica realmente en territorio británico.

³⁵⁵ *Id.*, párr. 110.

³⁵⁶ *Id.*, párr. 112.

247. En *primer lugar*, el deber de asegurarse de que SAS sea la verdadera propietaria de la inversión le viene dado al Tribunal Arbitral de conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, según el cual el Tribunal Arbitral debe interpretar el Tratado “*de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”³⁵⁷.
248. El objeto y fin del Tratado es fomentar el flujo de capital proveniente del Reino Unido, y no de otro país, en Bolivia³⁵⁸. Así se desprende del preámbulo del Tratado en que las partes del mismo señalan que lo firman “[a]nimados del deseo de crear condiciones favorables para mayores inversiones de capital de los nacionales o sociedades de un Estado en el territorio del otro Estado”³⁵⁹.
249. En *segundo lugar*, especialmente cuando se protege la propiedad indirecta y se está pasando por alto la formalidad del título legal, dicha propiedad a través de entidades intermedias no puede ser, precisamente, meramente formal. Como lo reconoció el tribunal en el caso *Standard Chartered Bank c. Tanzania*, los tratados de protección de inversión buscan una transferencia de valor de un Estado parte del tratado al otro:

The Tribunal is not persuaded that an ‘investment of’ a company or an individual implies only the abstract possession of shares in a company that holds title to some piece of property.

*Rather, for an investment to be ‘of’ an investor in the present context, some activity of investing is needed, which implicates the claimant’s control over the investment or an action of transferring something of value (money, know-how, contacts, or expertise) from one treaty-country to the other*³⁶⁰.

³⁵⁷ Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, artículo 31, **RLA-11**.

³⁵⁸ Ver, por ejemplo, *Caratube International Oil Company LLP c. Republica de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012, párr. 351 (“*Article I(1)(a) of the BIT defines ‘investment’ from the perspective of assets, claims and rights to be protected (or accorded specific treatment, prescribed in the following provisions of the BIT). As one of the goals of the BIT is the stimulation of flow of private capital, BIT protection is not granted simply to any formally held asset, but to an asset which is the result of such a flow of capital. Thus, even though the BIT definition of ‘investment’ does not expressly qualify the contributions by way of which the investment is made, the existence of such a contribution as a prerequisite to the protection of the BIT is implied*”) (el resaltado es nuestro), **RLA-59**.

³⁵⁹ Tratado, preámbulo, **C-1**.

³⁶⁰ *Standard Chartered Bank c. República de Tanzania*, caso CIADI No. ARB/10/12, laudo del 2 de noviembre de 2012, párrs. 231-232, **RLA-60**. (el resaltado es nuestro). Ver, también, *Caratube International Oil Company LLP c. Republica de Kazakstán*, caso CIADI No. ARB/08/12, laudo del 5 de junio de 2012, párr. 435 (“*Indeed, payment of only a nominal price and lack of any other contribution by the purported investor must be seen as an indication that the investment was not*”).

250. En *tercer lugar*, los casos citados por SAS para demostrar que el Tratado supuestamente protege la propiedad indirecta³⁶¹, lo que demuestran es que un tratado, cuando protege la propiedad indirecta, protege únicamente al beneficiario o propietario en última instancia de la inversión.
251. Primero, el tribunal en *Siemens c. Argentina* encontró que el tratado de protección de inversión entre Argentina y Alemania protegía la inversión indirecta pues este “no dispone que no haya sociedades interpuestas entre la inversión y quien sea el propietario en última instancia de la sociedad”³⁶². Por ello, a pesar de existir entidades intermedias entre la inversión y SAS, el tribunal le otorgó protección a Siemens A.G., empresa de origen alemán y dueña última de la inversión.
252. Segundo, refiriéndose al caso *Siemens*, el tribunal en el caso *Rurelec* le otorgó protección bajo el mismo tratado que nos ocupa a Rurelec Plc, empresa de origen británico y dueña última de la inversión³⁶³, bajo la noción de propiedad indirecta según la cual “las inversiones pueden pertenecer a nacionales de una Parte Contratante [...] mediante la titularidad de participaciones de las sociedades que en definitiva son propietarias de la inversión en Bolivia”³⁶⁴.
253. Tercero, basado en el caso *Siemens*, en *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, el tribunal decidió otorgar protección a los demandantes, a pesar de no tener un vínculo directo con la inversión, por ser ambas personas naturales nacionales de los Estados cuya protección reclamaban y dueños últimos de la inversión³⁶⁵.
254. Cuarto, en *BG Group c. Argentina*, el tribunal también decidió otorgar protección bajo el tratado de inversión entre Argentina y el Reino Unido a BG Group Plc, una

an economic arrangement, is not covered by the term ‘investment’ as used in the BIT, and thus is an arrangement not protected by the BIT”) (el resaltado es nuestro), RLA-59; y Saba Fakes c. Turquía, caso CIADI No. ARB/07/20, laudo del 14 de julio de 2010, párr. 110, RLA-61.

³⁶¹ Demanda, notas al pie 227 y 228.

³⁶² *Siemens A.G. c. República de Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, decisión de jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párr. 137, **RLA-55**.

³⁶³ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, pág. 34, **RLA-29**.

³⁶⁴ *Id.*, párr. 360 (el resaltado es nuestro).

³⁶⁵ *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, decisión de jurisdicción del 6 de julio de 2007, párr. 123-124, **RLA-54**.

multinacional petrolera británica, pues a pesar de no tener un vínculo directo con la inversión, era su propietaria en última instancia³⁶⁶.

255. Así pues, el Tribunal Arbitral deberá determinar en dónde se ubican los beneficiarios últimos de la inversión y, si ellos se encontraran en un Estado distinto del Reino Unido, deberá declinar su jurisdicción y rechazar la reclamación que se le presenta.

5.1.3.2 *La propietaria indirecta de la inversión es una compañía canadiense y no SAS*

256. Bajo el principio *actori incumbit probatio*, confirmado por numerosos tribunales internacionales, quien afirma la jurisdicción o competencia de un tribunal internacional debe demostrar que concurren los elementos que la fundan³⁶⁷. Como se ha explicado, uno de tales elementos es la propiedad de la inversión. SAS, lejos de probar que es la propietaria de la inversión, provee los elementos necesarios para concluir que la única propietaria indirecta de la inversión es SASC, una compañía canadiense que no está protegida por el Tratado.

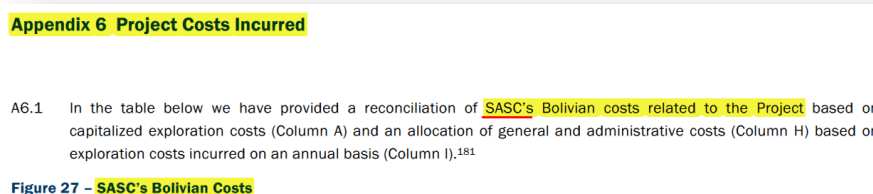
257. Una compañía de papel, como SAS, jamás podría reputarse propietaria en última instancia o dueña beneficiaria de una inversión. SAS es simplemente uno más de los eslabones de la cadena que llevan a la verdadera propietaria indirecta de la inversión. Por ejemplo, en su Demanda, SAS reconoce que “*CMMK es la filial operativa boliviana de South American Silver Corp (actualmente Trimetals Mining Inc., ‘TriMetals’)*”³⁶⁸.

³⁶⁶ *BG Group Plc c. Argentine Republic*, caso CNUDMI, laudo del 24 de diciembre de 2007, **CLA-4**.

³⁶⁷ Por ejemplo, *Limited Liability Company AMTO c. Ucrania*, caso SCC No. 80/2005, laudo de 26 de marzo de 2008, párr. 64 (“*The burden of proof of an allegation in international arbitration rests on the party advancing the allegation, in accordance with the maxim onus probandi actori incumbit. In application of this principle, a claimant has the burden to prove that it satisfies the definition of an Investor so as to be entitled to the Part III protections and the right to arbitrate disputes in Article 26. On the same basis, the claimant would be expected to have the burden of proof that it controls, directly or indirectly, an Investment for which protection is sought*”), **RLA-62**; *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A c. Jordania*, caso CIADI No. ARB/02/13, laudo del 31 de enero de 2006, párr. 71 (“[*Actori incumbit probatio*] has been recognized in international law more than one century ago by arbitral tribunals. Thus in 1872, such a Tribunal stated that ‘*On doit suivre comme règle générale de solution, le principe de jurisprudence consacré par la législation de tous les pays, qu’il appartient au réclamant de faire la preuve de sa prétention*’”), **RLA-63**; G. Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales*, Editions Bruylant – Editions de l’Université de Bruxelles, 2005, párr. 50, **RLA-64**.

³⁶⁸ Demanda, párr. 1 (el resaltado es nuestro).

258. Que SASC es la verdadera propietaria indirecta de la inversión se evidencia de diversas maneras.
259. En *primer lugar*, el propio informe de FTI Consulting Inc. (“FTI”) admite sin ambages que cualquier suma invertida en Bolivia habría sido aportada por la canadiense SASC y no por la británica SAS³⁶⁹.



260. En *segundo lugar*, Greg Johnson, Presidente y CEO de la canadiense SASC, reconoce públicamente que fueron las emisiones de acciones de SASC las que permitieron financiar las actividades de exploración en Mallku Khota³⁷⁰.
261. En *tercer lugar*, resulta elocuente que SAS haya comunicado únicamente los estados financieros interinos consolidados de SASC³⁷¹ y no los suyos. Por lo demás, estos documentos no permiten identificar si la fuente de los flujos de efectivo provienen de SAS, dado que allí se presentan los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio neto y los flujos de efectivo de la matriz y sus subsidiarias (incluida, entre otras, SAS), como si fueran los de una sola empresa.

³⁶⁹ FTI, Appendix 6, **CER-1**. Nótese también que para calcular la tasa de descuento aplicable FTI utiliza el costo de capital promedio ponderado de SASC y no de SAS. *Id.* párr. 11.7. Ver también: *Id.* párr. 5.10 (“*At the Valuation Date, SASC [...] held mining concessions for both the Malku Khota Project (through the Claimant) and the Escalones Porphyry Copper Project (“Escalones”) which is located in Chile (through a separate corporate entity)*”) (el resaltado es nuestro); *Id.* párr. 5.14 (“*In 2003 SASC entered into an option agreement to acquire the Malku Khota property*”); y *Id.* nota al pie 21 (“*As a Canadian company SASC was required to conform to CIM standards in their mineral resource reporting and thus we have focussed on the CIM/CIMVAL standards herein*”) (el resaltado es nuestro).

³⁷⁰ Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces \$28 Million Financing* del 8 de noviembre de 2010, pág.1, **R-14**. Llama la atención que en los Estados Financieros de CMMK figure que más del 80% de su deuda al 30 de septiembre de 2012 eran “Cuentas por Pagar a Canadá”. Balance General de Compañía Minera Malku Khota S.A. del 1 de octubre de 2011 al 30 de septiembre de 2012, Punto F, pág. 13, **Anexo FTI-10**.

³⁷¹ Estados Financieros de SASC, de 30 de septiembre de 2012, **Anexo FTI-10**.

262. En *cuarto lugar*, a pesar de considerar su “*patented metallurgical process to exploit the vast mineral deposits at the Project*”³⁷² como un aporte fundamental al Proyecto, SAS no aporta prueba alguna que demuestre que esta transferencia de *know-how* provendría del Reino Unido. Por el contrario, SAS admite que “*SASC inventó y patentó [el] proceso hidrometalúrgico de propiedad exclusiva*”³⁷³, que pertenece a SAS³⁷⁴.
263. En *quinto lugar*, si la dueña de la inversión es, supuestamente, una compañía del Reino Unido, sorprende que, según SAS, el Embajador de Canadá (y no el del Reino Unido) asistiera a ciertas reuniones que se sostuvieron para discutir los problemas del Proyecto. Según SAS, “*los señores Fitch, Malbran y Johnson se reunieron con el Vice Ministro de Minería y Metalurgia de Bolivia, el Sr. Héctor Córdova, y con el Embajador de Canadá, el Sr. Edgar Torrez Mosqueira*”³⁷⁵.
264. En *sexto lugar*, en sus declaraciones de prensa, SASC afirma ser ella la propietaria última de la inversión³⁷⁶. Por ello, no sorprende que, de manera general, todos los artículos de prensa relativos al conflicto en Mallku Khota y la presente disputa se

³⁷² Carta de SAS al Tribunal Arbitral del 15 de octubre de 2014.

³⁷³ Demanda, párr. 44.

³⁷⁴ United States Patent No. US8,585,991 B2, Method for Recovering Indium, Silver, Gold and Rare, Precious and Base Metals from Complex Oxide and Sulfide Ores, 19 de noviembre de 2013, **C-38**.

³⁷⁵ Demanda, párrs. 52-54 (el resaltado es nuestro).

³⁷⁶ Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Corp. Announces First Drilling Results at the Malku Khota Silver Project in Bolivia* del 28 de junio de 2007 (“*South American Silver Corp. (‘SASC’ or the ‘Company’) is please to announce the results of its first diamond drill hole at its Malku Khota silver property in Bolivia*”), **R-10**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces Intersection of New Lead-Zinc-Silver SEDEX Mineralization at Malku Khota* del 28 de agosto de 2008, **R-11**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Corp. Completes Final Tranche of \$3.25 Million Financing* del 7 de diciembre de 2009 (“*SASC is a mineral exploration company that acquires, explores and develops mineral properties, primarily silver, gold and copper in South America. The Company presently holds interests in two material properties: the flagship Malku Khota silver-indium-gold property in Bolivia and the Escalones copper-gold-molybdenum property in Chile*”), **R-12**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Corp. Provides a Metallurgical Update at Malku Khota Showing Improved Metal Recoveries* del 11 de septiembre de 2009 (“*South American Silver Corp. (‘SASC’ or the ‘Company’) announces that it has completed a series of metallurgical tests on samples from the Malku Khota silver-indium project in Bolivia*”), **R-13**; Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces \$28 Million Financing* del 8 de noviembre de 2010 (“*South American Silver Corp. is a growth focused mineral exploration company creating value through the exploration and development of the 100% owned Malku Khota Silver-Indium project in Bolivia*”), **R-14**.

refieran unánimemente a “la canadiense” para identificar al supuesto inversionista³⁷⁷.

265. En *séptimo lugar*, por lo anterior, naturalmente es SASC quién financia los costos de este arbitraje³⁷⁸.
266. En definitiva, el Tribunal Arbitral debe rechazar la reclamación presentada por SAS por falta de legitimación activa. SAS no es propietaria de la inversión cuya protección reclama: no tiene el título legal que la acreditaría como tal y tampoco es la beneficiaria de la inversión. En efecto, nada diferencia a SAS de las sociedades de las Bahamas que, por ser instrumentales, le permitían a su verdadera propietaria, la canadiense SASC, la plena disposición de sus activos en Bolivia.
267. Bolivia celebró un tratado con el Reino Unido para atraer capital de dicho país. Si este Tribunal Arbitral acepta las reclamaciones de SAS, estaría, en la práctica, instaurando un tratado de protección de inversión entre Canadá y Bolivia, lo cual es a todas luces ilegal, absurdo e injusto. Ello implicaría, además, adoptar una noción de propiedad que jurídicamente no existe, la “propiedad intermedia”, acomodada a los intereses de SASC, con absoluto desconocimiento del texto del Tratado y el espíritu de los tratados de inversión en general, creando una inadmisibles incertidumbre jurídica.

5.2 SAS no puede beneficiarse de la protección del Tratado al no tener “*clean hands*”

268. SAS no tiene “*clean hands*”. Su gestión de las Concesiones Mineras y las tormentosas relaciones con las Comunidades Originarias implicaron violaciones de los principios más elementales del Derecho boliviano y el derecho internacional. SAS, por lo tanto, no merece la protección del Tratado.

³⁷⁷ Nota de prensa, Página Siete, *Estado hará valer derecho de la minera canadiense* del 31 de mayo de 2012 (“*La Comibol anunció que el Estado hará respetar los derechos de la minera canadiense South American Silver*”), **R-115**; Artículo de prensa, Erbol, *Alertan que 14 poblados se quedarán sin agua* del 22 de mayo de 2012, (“*La laguna Mallku Qota se encuentra en las faldas del yacimiento, que se concesionó la empresa canadiense South American Silver*”), **R-116**; Nota de prensa, *Gobierno firma acuerdo con dirigentes de Malku Khota y los últimos tres rehenes son liberados*, 8 de julio de 2012, **C-62**.

³⁷⁸ Nota de prensa, Market Watch, *South American Silver Announces Arbitration Costs Funding Arrangement*, 24 de mayo de 2013 (“*South American Silver Corp. (SAC)(otcqx:SOHAF) (the ‘Company’) is pleased to announce that on May 23, 2013 the Company entered into an agreement with a third party funder (hereinafter the ‘Fund’) pursuant to which the Fund will cover South American Silver’s future costs and expenses related to the international arbitration proceedings against the Plurinational State of Bolivia for the expropriation of the Malku Khota Project*”), **R-16**.

269. Los hechos demuestran que SAS no tiene “*clean hands*” (5.2.3). Como se explicará a continuación, por ello el Tribunal Arbitral no debe analizar siquiera el fondo de sus reclamos. Bajo el derecho internacional, la conducta ilegal de un inversionista hace que sus reclamos sean inadmisibles y/o escapen a la jurisdicción del Tribunal Arbitral (5.2.1 y 5.2.2).

5.2.1 El inversionista que no tiene “*clean hands*” no puede beneficiarse de la protección del Tratado

270. El Tribunal Arbitral tiene el deber de verificar, *in limine*, que quien se presenta con una reclamación tiene “*clean hands*”. Así lo confirman los tribunales internacionales (5.2.1.1) y lo requieren los principios de derecho internacional (5.2.1.2).

5.2.1.1 *La doctrina de “clean hands” hace parte del derecho aplicable y exige que quien pretenda la protección de sus derechos no haya actuado ilegal o ilegítimamente*

271. Los principios fundamentales de derecho y justicia requieren el rechazo de reclamos basados en conductas injustas o ilegales³⁷⁹. En palabras del tribunal en *World Duty Free*, proteger las conductas ilegales de los inversionistas convertiría a los tribunales arbitrales en cómplices de sus autores³⁸⁰.

³⁷⁹ Estos principios incluyen las máximas que “ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo” y que “ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia”. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 240, **RLA-65**. De acuerdo con Kreindler, “[r]eliance on [such] maxim[s...] can and should be considered as another application of the Unclean Hands Doctrine”. R. Kreindler, *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, en “Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank”, Kaj Hobér y otros (eds.), Juris Publishing, 2010, pág. 319, **RLA-66**. Ver, también, R. Moloo y A. Khachaturian, *The Compliance with the Law Requirement in International Law*, 34 *Fordham International Law Journal*, issue 6, 2011, pág. 1485 (“[t]he approach of the Plama tribunal is consistent with the clean hands doctrine – a general principle of law that should be applicable in all cases”), **RLA-67**.

³⁸⁰ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 178 (“[I]t would be an ‘affront to public conscience’ to grant to the Claimant the relief which it seeks because this Tribunal ‘would thereby appear to assist and encourage the plaintiff in his illegal conduct’ [...] Accordingly, the Tribunal rejects the Claimant’s submissions”), **RLA-68**.

272. La doctrina de “*clean hands*” deriva de los principios fundamentales de equidad y justicia y es el corolario la máxima “*Nemo Auditor Propiam Turpitudinem Allegans*” según el cual nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo³⁸¹.
273. El requisito de contar con “*clean hands*” como condición para acceder a la justicia es un principio general del derecho internacional. En una decisión reciente, el tribunal *Al-Warraq*, con referencia a la opinión experta del Juez Crawford, señaló que “*the ‘clean hands’ principle has been invoked in the context of admissibility of claims before international courts and tribunals*” y concluyó que “*the doctrine of ‘clean hands’ renders the Claimant’s claim inadmissible*”³⁸². De manera similar, el tribunal en el caso *Fraport II* reconoció que “[i]nvestment treaty cases confirm that such treaties do not afford protection to illegal investments [...] based on rules of international law, such as the “*clean hands*” doctrine or doctrines to the same effect”³⁸³.
274. Otros tribunales de inversión, sin mencionar expresamente la doctrina de “*clean hands*”, han llegado a la misma conclusión. Por ejemplo, en *Hamester*, el tribunal explicó que:

*An investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention. It will also not be protected if it is made in violation of the host State’s law*³⁸⁴.

³⁸¹ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 240, **RLA-65**. Ver, también, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 143, **RLA-69**.

³⁸² *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014, párr. 646 (en el caso, el reclamante abusó de manera ilegal su control del *Bank Century* —el banco sujeto de su inversión— para su propio beneficio, con el resultado de que el banco sufrió una crisis de liquidez), **RLA-70**.

³⁸³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 328, **RLA-71**. El Profesor Orrego Vicuña fue claro en este sentido al indicar en *Siag c. Egipto* que “[w]hether the principle of *ex turpi causa non oritur actio*, the doctrine of *unclean hands* or the policy of eliminating corruption domestically and internationally are relied upon, the result is that an arbitration tribunal cannot find for a claim that is tainted by such practices”. *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/05/15, laudo del 1 de junio de 2009, opinión disidente de Francisco Orrego Vicuña del 11 de mayo de 2009, págs. 4 y 5, **CLA-44**. En este caso, la práctica ilegal consistía en la alegada obtención de un certificado de registro de nacionalidad “*by improper means*”.

³⁸⁴ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, **RLA-31**. Ver, en el mismo sentido, *Phoenix Action, Ltd.*

275. La doctrina, por su parte, ha confirmado que las decisiones que rechazan un reclamo por actos injustos o ilícitos “*can and should be considered as another application of the Unclean Hands Doctrine*”³⁸⁵.
276. Los tribunales de inversión han sido consistentes al rechazar reclamos de quien ha actuado de manera injusta o ilegal. En el caso *World Duty Free*, por ejemplo, el tribunal rechazó el reclamo de un demandante que había pagado sobornos a altos funcionarios para obtener la inversión³⁸⁶. De igual manera, el tribunal en *Plama* rechazó la protección al inversionista por tratarse de un contrato obtenido con manifestaciones falsas y fraudulentas³⁸⁷. La misma decisión fue adoptada por el tribunal *Al-Warraq* al considerar que el reclamo estaba fundado en una serie de actos ilegales contrarios al interés público y con efectos graves sobre el sistema financiero³⁸⁸.
277. Así pues, el autor de una conducta ilegal o impropia bajo normas locales³⁸⁹, el derecho internacional³⁹⁰ o el orden público internacional³⁹¹ debe ser sancionado por

c. República Checa, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párr. 106, **RLA-72**.

³⁸⁵ R. Kreindler, *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, en “Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank”, Kaj Hobér y otros (eds.), Juris Publishing, 2010, pág. 319, **RLA-66**.

³⁸⁶ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 157, **RLA-68**.

³⁸⁷ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 144, **RLA-69**.

³⁸⁸ *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014, párrs. 645-647, **RLA-70**.

³⁸⁹ *Id.*, párr. 645; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 468, **RLA-71**; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, **RLA-31**; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párr. 102, **RLA-72**; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párrs. 143 y 144, **RLA-69**; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 207, **RLA-65**.

³⁹⁰ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, **RLA-31**.

³⁹¹ *Ver Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014, párr. 645, **RLA-70**; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 143, **RLA-69**; *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 157, **RLA-68**; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 252, **RLA-65**.

su conducta. Por ello, actos de mala fe³⁹², corrupción, fraude, o engaño³⁹³ conllevan a la inadmisión de los reclamos de un inversionista³⁹⁴. Como observó el tribunal en *World Duty Free*, un tribunal no puede “*condone such practices*” ni siquiera cuando éstas sean “*widespread either within the purchasing country or in the particular sector of activity*”³⁹⁵.

5.2.1.2 *El requisito de “clean hands” es un principio de derecho internacional y, como tal, debe ser aplicado por el Tribunal Arbitral*

278. Más allá de la amplia aplicación de la doctrina de “*clean hands*” por parte de los tribunales internacionales en materia de inversión³⁹⁶, lo cierto es que esta doctrina constituye un principio general de derecho internacional que debe ser aplicado por el Tribunal Arbitral³⁹⁷.

279. La doctrina de “*clean hands*” ha tenido amplia cabida en la administración de justicia internacional desde el siglo XIX. Un clásico ejemplo es el caso *Clark Claim*

³⁹² *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párr. 106, **RLA-72**; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 144, **RLA-69**; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, **RLA-31**; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párrs. 230 y 239, **RLA-65**.

³⁹³ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, **RLA-31**; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 143, **RLA-69**; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 242, **RLA-65**.

³⁹⁴ *Hesham Talaat M. Al-Warraq c. República de Indonesia*, caso CNUDMI, laudo del 15 de diciembre de 2014, párr. 646 (“*the Tribunal is of the view that the doctrine of ‘clean hands’ renders the Claimant’s claim inadmissible*”), **RLA-70**. Ver *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 146, **RLA-69**; *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 157, **RLA-68**; *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 127, **RLA-31**; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párrs. 102 y 104, **RLA-72**.

³⁹⁵ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 156, **RLA-68**.

³⁹⁶ Según Kreindler, “[t]he wide adoption of the Unclean Hands Doctrine and similar principles could justify treating it as a ‘general principle of law recognized by civilized nations’ as cited in Article 38(1)(c) ICJ Statute”. R. Kreindler, *Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine*, en “Between East and West: Essays in Honour of Ulf Frank”, Kaj Hobér y otros (eds.), Juris Publishing, 2010, pág. 318, **RLA-66**.

³⁹⁷ *Id.*, págs. 316-317 (“*international tribunals have dismissed claims tainted by illegal behavior by applying the Unclean Hands Doctrine as a general principle of public international law*”).

de 1862 — citado por Bin Cheng en su reputado estudio de los principios generales de derecho — resuelto por una Comisión de Ecuador y EE.UU., en el que el comisario americano afirmó que “[a] party who asks for redress must present himself with clean hands”³⁹⁸.

280. Varios jueces de las cortes mundiales — primero de la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”) y luego de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) — han defendido la doctrina de “clean hands”³⁹⁹.
281. En el caso *Diversion of Water from the Meuse* ante la CPJI, el juez Hudson, al ampliar el razonamiento de la Corte, señaló que “‘a court of equity refuses relief to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper’”⁴⁰⁰. El juez Anzilotti confirmó este principio⁴⁰¹. Según estos jueces, el

³⁹⁸ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1953, pág. 156, **RLA-73**.

³⁹⁹ En su discusión de la máxima *ex injuria jus non orbitur*, Lauterpacht describió varios casos de la CPJI que aplicaron principios equivalentes a la doctrina de manos limpias. “*It is of interest to note the way in which the Permanent Court of International Justice has given expression, on a number of occasions, to the principle that no rights can be derived from an illegality. Thus, in the Free Zones dispute between Switzerland and France the Court pointed out in its Order of 6 December 1930 that France could not invoke against Switzerland any changes resulting from the unilateral transfer, which the Court held to be illegal, of the French customs line. [...] In the Judgment of 26 July 1927 in the Case concerning the Factory at Chorzów, the Court disposed of one aspect of the Polish objection to its jurisdiction by stating that it is ‘a principle generally accepted in the jurisprudence of international arbitration, as well as by municipal courts, that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation or has not had recourse to some means of redress, if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open to him’*”. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, págs. 421-422, **RLA-74**.

⁴⁰⁰ *Diversion of Water from the Meuse*, caso CPJI, sentencia del 28 de junio de 1937, opinión individual de M. Hudson, PCIJ Ser. A/B No. 70, pág. 77 (“*It would seem to be an important principle of equity that where two parties have assumed an identical or a reciprocal obligation, one party which is engaged in a continuing non-performance of that obligation should not be permitted to take advantage of a similar non-performance of that obligation by the other party. The principle finds expression in the so-called maxims of equity which exercised great influence in the creative period of the development of the Anglo-American law. Some of these maxims are, ‘Equality is equity’: ‘He who seeks equity must do equity’. It is in line with such maxims that ‘a court of equity refuses relief to a plaintiff whose conduct in regard to the subject-matter of the litigation has been improper’*”. 13 *Halsbury’s Laws of England* (2nd ed., 1934), p. 87. A very similar principle was received into Roman Law. The obligations of a vendor and a vendee being concurrent, ‘neither could compel the other to perform unless he had done, or tendered, his own part’. Buckland, *Text Book of Roman Law* (2nd ed., 1932), p. 493. The *exceptio non adimpleti contractus* required a claimant to prove that he had performed or offered to perform his obligation. Girard, *Droit romain* (8th ed., 1929) p. 567; Saleilles, in 6 *Annales de Droit commercial*, (1892), p. 287, and 7 id. (1893) pp. 24, 97 and 175”), **RLA-75**.

⁴⁰¹ *Diversion of Water from the Meuse*, caso CPJI, sentencia del 28 de junio de 1937, opinión disidente de M. Anzilotti, PCIJ Ser. A/B No. 70, pág. 50, **RLA-76**.

principio de “*clean hands*” “*is one of these ‘general principles of law recognized by civilized nations’ which the Court applies in virtue of Article 38 of its Statute*”⁴⁰².

282. Por su parte, los jueces de la CIJ han confirmado la aplicación de este requisito como un principio general del derecho internacional en sus opiniones disidentes y aclaratorias⁴⁰³. Por ejemplo, en el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)* — el juez Schwebel señaló la importancia de “*that fundamental general principle of law so graphically phrased in the term, ‘clean hands’*”⁴⁰⁴. De igual manera, la jueza Van den Wyngaert indicó en el caso *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática de Congo c. Bélgica)* que la Corte debía rechazar la aplicación por falta de “*clean hands*” del demandante⁴⁰⁵. En *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Estados Unidos de América c. Irán)*, el juez Morozov aplicó el mismo principio, describiéndolo como un principio general de derecho⁴⁰⁶.

283. Al tratarse de un principio general basado en las nociones fundamentales de equidad y justicia, no es sorprendente que otros tribunales y cortes internacionales hayan tomado en consideración el requisito de “*clean hands*”⁴⁰⁷. El Tribunal de

⁴⁰² *Id.*, pág. 50; *Diversion of Water from the Meuse*, caso CPJI, sentencia del 28 de junio de 1937, opinión individual de M. Hudson, PCIJ Ser. A/B No. 70, pág. 77, **RLA-75**.

⁴⁰³ Ver también, *Armed Activities on the Territory of the Congo (República Democrática de Congo c. Uganda)*, caso CIJ, sentencia del 19 de diciembre de 2005, opinión disidente del juez *ad-hoc* J. Kateka, párr. 46 (“*On the basis of the ‘clean hands’ theory — the principle that an unlawful action cannot serve as the basis of an action in law — the DRC should be debarred from raising such accusations.*”), **RLA-77**; *Legality of Use of Force (Serbia y Montenegro c. Bélgica)*, caso CIJ, orden sobre medidas cautelares del 2 de junio de 1999, opinión disidente del vice-presidente C. Weeramantry, pág. 184 (“[The Respondent] invokes the ‘clean hands’ principle, a principle of equity and judicial procedure, well recognized in all legal systems, by which he who seeks the assistance of a court must come to the court with clean hands. He who seeks equity must do equity. [...] It is patently clear however that it is a precondition to the granting of any relief to the Applicant that if the Applicant is engaged on a course of violence relevant to the subject-matter of the Application, that violence should immediately cease.”), **RLA-78**.

⁴⁰⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, caso CIJ, sentencia del 27 de junio de 1986, opinión disidente del juez S. Schwebel, párr. 75, **RLA-79**.

⁴⁰⁵ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática de Congo c. Bélgica)*, caso CIJ, sentencia del 14 de febrero de 2002, opinión disidente de la jueza *ad-hoc* C. Van den Wyngaert, párrs. 35, 84, **RLA-80**.

⁴⁰⁶ *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Estados Unidos de América c. Irán)*, caso CIJ, sentencia del 24 de mayo de 1980, opinión disidente del juez P. Morozov, párr. 3, **RLA-81**.

⁴⁰⁷ Incluso en el ámbito de derecho penal internacional, la doctrina ha recibido una recepción positiva. Por ejemplo, el juez Eboe-Osuji de la Corte Penal Internacional quería negar la

Reclamaciones Irán – Estados Unidos, por ejemplo, ha rechazado varios reclamos fundados en abusos de derecho o de nacionalidad incluso cuando el reclamante no ha cometido actos ilegales⁴⁰⁸. Asimismo, el tribunal de la Corte Permanente de Arbitraje en *Guyana c. Surinam* reconoció la doctrina de “*clean hands*” así haya decidido no aplicarla al caso concreto⁴⁰⁹.

284. La doctrina más reconocida ha confirmado la condición de presentarse ante un tribunal con “*clean hands*”⁴¹⁰. Fitzmaurice — juez de la Corte Permanente de Arbitraje, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos — afirmó, por ejemplo, que:

He who comes to equity for relief must come with clean hands. Thus a State which is guilty of illegal conduct may be deprived of the necessary locus standi in iudicio for complaining of corresponding illegalities on the part of other States, especially if these were consequential on or were

reclamación de Uhuru Kenyatta quien sostenía que era injusto juzgarlo en su ausencia, debido al hecho de que el acusado había huido y, por lo tanto, tenía manos sucias. *Fiscalía c. Uhuru Muigai Kenyatta*, caso ICC No. ICC-01/09-02/11, resolución sobre la reconsideración de la fiscalía de la decisión de excusar al Sr. Kenyatta de su presencia continua en el juicio del 26 de noviembre de 2013, opinión disidente del juez C. Eboe-Osuji, párr. 51, **RLA-82**. En el mismo sentido, durante los procesos posteriores de Nuremberg, el tribunal de *Estados Unidos de América c. Flick* rechazó el reclamo contra la aplicación de leyes ex post facto por las manos sucias del acusado. United Nations War Crime Commission, *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. IX, The United Nations War Crimes Commission by His Majesty’s Stationary Office, 1949, pág. 36, **RLA-83**.

⁴⁰⁸ *Rouhollah Karubian c. República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos No. 419 (569-419-2), laudo del 6 de marzo de 1999, párrs. 159-161, **RLA-84**; *James M. Saghi, Michael R. Saghi y otros c. República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos No. 298 (544-298-2), laudo del 22 de enero de 1993, párrs. 54, 62, **RLA-85**.

⁴⁰⁹ *Guyana c. Surinam*, caso CPA, laudo del 17 de septiembre de 2007, párrs. 417-422, **RLA-86**.

⁴¹⁰ James Crawford ha sostenido que un fundamento para el rechazo de un reclamo es la “*‘clean hands’ doctrine, according to which a claimant’s involvement in activity unlawful under either municipal or international law may bar the claim*”. J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 8° ed., Oxford University Press, 2012, pág. 701, **RLA-87**; Ver, también, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7a edición, Oxford University Press, 2008, pág. 503, citado por P. Dumberry y G. Dumas-Aubin, *The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, 10 Transnational Dispute Management, issue 1, 2013, pág. 1, **RLA-88**. Ver, también, S. Schwebel, *Clean Hands in the Court*, 31 Studies in Transnational Legal Policy, 1999, pág. 74 (“Is the doctrine of clean hands one that is supported in international law? In my view, it is.”), **RLA-89**; E. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, Banks Law Publishing, 1925, pág. 713 (“It is an established maxim of all law, municipal and international, that no one can profit by his own wrong, and that a plaintiff or a claimant must come into court with clean hands.”), **RLA-90**.

*embarked upon in order to counter its own illegality – in short were provoked by it*⁴¹¹.

285. Asimismo, Hersch Lauterpacht, reputado internacionalista del siglo XX, explicó que la base de esta doctrina es un principio fundamental de derecho:

*The principle ex injuria jus non oritur is one of the fundamental maxims of jurisprudence. An illegality cannot, as a rule, become a source of legal right to the wrongdoer. [...] [T]o admit that, apart from well-defined exceptions, an unlawful act, or its immediate consequences, may become suo vigore a source of legal right for the wrongdoer is to introduce into the legal system a contradiction which cannot be solved except by a denial of its legal character*⁴¹².

286. Por lo tanto, resulta innegable que la doctrina de “*clean hands*” es un principio general de derecho que ha sido confirmado por tribunales de inversión y cortes internacionales y ha recibido el apoyo de importantes autores y jueces internacionales.

5.2.2 En cualquier caso, el inversionista que no respeta el derecho (sea el del Estado receptor o el derecho internacional) no está protegido por el Tratado

287. Además de la doctrina de “*clean hands*”, que, como hemos visto, hace parte de los principios generales de derecho internacional, es bien sabido que, para ser objeto de protección del derecho internacional, la inversión debe establecerse de conformidad con el derecho interno e internacional.

288. La idea fundamental tras este principio es que un inversionista que realiza su inversión en violación del derecho nacional o internacional no debe gozar de la protección de un tratado. Por ejemplo, en *Inceysa c. El Salvador*, el tribunal determinó que las manifestaciones falsas de Inceysa “*constituyen una obvia violación al principio de buena fe que debe imperar en toda relación jurídica*”⁴¹³ como principio general del derecho⁴¹⁴. Por ello, el tribunal declinó su jurisdicción

⁴¹¹ G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 *Revue Canadienne de Droit International* 1, 1957, pág. 119, citado por P. Dumbery y G. Dumas-Aubin, *The Doctrine of ‘Clean Hands’ and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law*, 10 *Transnational Dispute Management*, issue 1, 2013, pág. 2, **RLA-88**.

⁴¹² H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge University Press, 1947, págs. 420 y 421, **RLA-74**.

⁴¹³ *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párrs. 229 y 237, **RLA-65**.

⁴¹⁴ *Id.*, párrs. 254 y 255.

para resolver los reclamos de SAS⁴¹⁵. Esta solución fue confirmada por otros tribunales⁴¹⁶.

289. Bajo este principio, si la inversión no se hizo conforme a derecho, el tribunal debe negar su jurisdicción para conocer cualquier reclamo o, por lo menos, inadmitirlo. Dado que la jurisdicción del tribunal está limitada por el consentimiento del Estado, ninguna inversión realizada de manera contraria a derecho puede entrar en su jurisdicción. Según el primer tribunal de *Fraport*:

It is further observed that the boundaries of this Tribunal's jurisdiction are delimited by the arbitration agreement [...]. With respect to a bilateral investment treaty that defines "investment", it is possible that an economic transaction that might qualify factually and financially as an investment [...], falls, nonetheless, outside the jurisdiction of the tribunal established under the pertinent BIT, because legally it is not an "investment" within the meaning of the BIT⁴¹⁷.

290. Es bien sabido que los Estados no consienten a someter a arbitraje reclamos que surgen de inversiones realizadas de manera contraria al derecho y que ningún tribunal internacional tiene jurisdicción para pronunciarse sobre éstos⁴¹⁸. Si bien los tribunales pueden rechazar dichos reclamos por razones de jurisdicción, también ha ocurrido que, por razones de economía procesal o por la complejidad del análisis, el tribunal decida esperar hasta la fase de fondo para rechazar los reclamos⁴¹⁹.
291. Asimismo, conviene recordar que, incluso si un tratado no contiene una cláusula expresa con el requisito de legalidad, distintos tribunales han confirmado que la obligación de cumplir con el derecho internacional y el derecho del Estado receptor

⁴¹⁵ *Id.*

⁴¹⁶ Ver, por ejemplo, *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 468, **RLA-71**; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007, párrs. 396-397, **RLA-91**.

⁴¹⁷ *Id.*, párrs. 305-306.

⁴¹⁸ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, caso CIADI No. ARB/07/24, laudo del 18 de junio de 2010, párr. 123, **RLA-31**; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/03/25, laudo del 16 de agosto de 2007, párrs. 396-402, **RLA-91**; *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs c. Georgia*, casos CIADI Nos. ARB/05/18 y ARB/07/15, decisión de jurisdicción del 6 de julio de 2007, párr. 182, **RLA-54**.

⁴¹⁹ *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párr. 102, **RLA-72**.

es implícita y su violación debe ser sancionada⁴²⁰. Así, por ejemplo, el reciente tribunal de *Fraport II* constató que “*even absent the sort of explicit legality requirement that exists here, it would be still be appropriate to consider the legality of the investment*”⁴²¹.

292. La lógica es sencilla. *Primero*, esta interpretación es la única interpretación consistente con el propósito fundamental del respeto al estado de derecho⁴²². *Segundo*, es incoherente suponer que un Estado aceptaría la protección de una inversión realizada en violación del derecho⁴²³. *Tercero*, como constató el tribunal en el caso *SAUR*, “*la finalidad del sistema de arbitraje de inversión radica en proteger únicamente inversiones legales y bona fide*”⁴²⁴.
293. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral deberá declinar su jurisdicción para conocer sobre los reclamos de SAS al estar contaminados con actuaciones ilegales bajo el Derecho boliviano y el derecho internacional o, alternativamente, declararlos inadmisibles.

5.2.3 SAS no tiene “*clean hands*”

294. SAS pretende obtener una indemnización multimillonaria por una situación que ella misma ha provocado. Su conducta atentó contra los derechos de las Comunidades Originarias y sus miembros causando en el área del Proyecto la tensión social y

⁴²⁰ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 332, **RLA-71**; *SAUR International S.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 308, **RLA-92**; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 139, **RLA-69**; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párr. 101, **RLA-72**; *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 207, **RLA-65**. *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 157, **RLA-68**.

⁴²¹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, caso CIADI No. ARB/11/12, laudo del 10 de diciembre de 2014, párr. 332, **RLA-71**.

⁴²² *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24, laudo del 27 de agosto de 2008, párr. 139, **RLA-69**.

⁴²³ *SAUR International S.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 308, **RLA-92**. Ver, también, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, caso CIADI No. ARB/06/5, laudo del 15 de abril de 2009, párr. 101, **RLA-72**; e *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, caso CIADI No. ARB/03/26, laudo del 2 de agosto de 2006, párr. 207, **RLA-65**.

⁴²⁴ *SAUR International S.A. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/04/4, decisión sobre jurisdicción y sobre responsabilidad del 6 de junio de 2012, párr. 308, **RLA-92**.

consiguiente escalada de violencia que, *in fine*, resultaría en la decisión de decretar la Reversión. Como se anticipó en la sección 3 *supra*, SAS, con sus conductas, afectó los derechos humanos, sociales y colectivos de una comunidad que requiere especial protección por el derecho internacional.

295. El Tribunal Arbitral debe interpretar el Tratado conforme a la Convención de Viena y, como se indicó más arriba⁴²⁵, ella le exige aplicar todas las fuentes de derecho que garantizan protección de las Comunidades Originarias. Al hacerlo, el Tribunal Arbitral concluirá que SAS no tiene *clean hands* y, por ello, sus reclamos son inadmisibles.

296. [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra el derecho fundamental de las Comunidades Originarias a su autodeterminación (5.2.3.2) y puso en peligro el derecho de las Comunidades Originarias al medio ambiente sano en sus territorios (5.2.3.3).

5.2.3.1 [REDACTED]
[REDACTED]

297. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

298. SAS ha omitido deliberadamente en su Demanda indicar que esta conducta fue una de las razones fundamentales por las que los comunarios se opusieron a la presencia

⁴²⁵ Sección 4, *supra*.

⁴²⁶ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁴²⁷ [REDACTED]
[REDACTED]

de CMMK desde el inicio de sus actividades exigiendo primero la suspensión de sus actividades y, posteriormente, su expulsión⁴²⁸.

299. [REDACTED]

5.2.3.2 *SAS atentó contra el derecho de las Comunidades Originarias a la autodeterminación*

428 [REDACTED]

429 [REDACTED]

430 [REDACTED]

431 [REDACTED]

432 [REDACTED]

433 [REDACTED]

434 [REDACTED]

300. De la Demanda puede colegirse que, para SAS, las Comunidades Originarias no están en condición de determinar su desarrollo económico, social y cultural. SAS intentó imponer su visión de desarrollo a las Comunidades Originarias y reprochó a Bolivia no coincidir con ella. Para SAS, es “*absurdo*” argumentar que la Reversión habría perseguido un propósito de utilidad pública, pues “*mientras que el Proyecto Mallku Khota habría traído millones de dólares en inversiones a una de las áreas más pobres de Bolivia, la toma por parte del gobierno ha puesto fin abruptamente a cualquier plan de desarrollo e industrialización*”⁴³⁵.
301. Sin embargo, no sólo es cuestionable que esos hipotéticos “millones de dólares” habrían reportado algún beneficio real para las Comunidades Originarias y, de hecho, las irrisorias “inversiones” hechas en beneficio de la comunidad a la fecha de la Reversión dan cuenta de lo contrario⁴³⁶; sino que, para SAS, el dinero y la industrialización priman sobre el respeto de los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias.
302. Para imponer su visión de desarrollo, SAS atentó sistemáticamente contra uno de los derechos fundamentales de las Comunidades Originarias cuyo respeto se impone desde la costumbre internacional: la autodeterminación y, en particular, el autogobierno⁴³⁷.
303. Este derecho fundamental ha sido reconocido a nivel internacional en el Convenio 169 de la OIT⁴³⁸ y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de

⁴³⁵ Demanda, párr. 145.

⁴³⁶ Sección 3.3.1, *supra*.

⁴³⁷ Luego de un cuidadoso estudio de derecho internacional, la International Law Association reconoció que el respeto a ciertos derechos fundamentales de los pueblos indígenas hace parte de la costumbre internacional, *i.e.*, “*self-determination, autonomy or self-government, cultural rights and identity, land rights as well as reparation, redress and remedies [which] are all strictly interrelated with each other as building blocks of the unique Circle of Life representing the heart of indigenous peoples’ identity, to the extent that ‘the change of one of its elements affects the whole’*”. International Law Association, *Rights of Indigenous Peoples*, The Hague Conference, 2010, pág. 43, **RLA-44**.

⁴³⁸ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, artículo 5 (“[...] a) *deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos*”) y artículo 8 (“2. *Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias*”), **RLA-37**.

los pueblos indígenas de 2007⁴³⁹, ambos adoptados como ley nacional en Bolivia⁴⁴⁰. Además, la Constitución boliviana también reconoce estos derechos a las Comunidades Originarias y, según se ha explicado más arriba, resultan aplicables a la actividad minera por expresa disposición de la Ley de Minería⁴⁴¹.

304. La autodeterminación y el autogobierno incluyen el derecho a tener “*una estructura de liderazgo definida*”⁴⁴². En ejercicio de su derecho a la libre autodeterminación y al autogobierno, los pueblos indígenas (i) persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural y (ii) tienen sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales.
305. Para las Comunidades Originarias, existen valores que son más importantes que la industrialización y que fueron puestos en peligro por SAS. Como lo ha reconocido la CIDH:

*La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural*⁴⁴³.

⁴³⁹ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, artículo 3 (“[I]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”), artículo 4 (“Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”) y artículo 5 (“Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”), **RLA-39**.

⁴⁴⁰ Sección 4.3, *supra*.

⁴⁴¹ Sección 2.2, *supra*.

⁴⁴² Demanda, párr. 45.

⁴⁴³ *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118, **RLA-20**. *Comunidad Indígena Yakyé Axa c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135, **RLA-25**. Ver, también, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 119, (“[I]o anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar ‘la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación’”), **RLA-20**; Sección 2, *supra*.

306. Ahora bien, en cuanto a los asuntos que los afectan, las Comunidades Originarias tienen el derecho a tomar decisiones “*por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones*”⁴⁴⁴.
307. Las Comunidades Originarias han establecido sus autoridades legítimas y los mecanismos específicos para la toma de decisiones⁴⁴⁵. En el caso concreto, la decisión de llevar a cabo una explotación minera a gran escala bajo el sistema a cielo abierto, debía tomarse en la Asamblea, por unanimidad⁴⁴⁶.
308. Como se indicó más arriba, todos los impactos ambientales y sociales que el Proyecto conllevaba afectaban particularmente a la comunidad de Mallku Khota⁴⁴⁷. Por ello, Mallku Khota era una de las comunidades que se oponía con mayor vehemencia al Proyecto⁴⁴⁸. El sistema de gobierno de las Comunidades Originarias garantizaba que los intereses de esta minoría afectada no se vieran aplastados por una mayoría indiferente que, habitantes de una zona de extrema pobreza⁴⁴⁹, constituían un blanco fácil que le aseguraba adeptos a SAS a cambio de escasos ofrecimientos económicos⁴⁵⁰.
309. Ante la imposibilidad de conseguir el consenso necesario para seguir adelante con su Proyecto, SAS intentó fabricarlo recurriendo a varias estratagemas que incluyeron el uso de la fuerza, la intimidación, la intromisión no autorizada en el territorio de las Comunidades Originarias, el desconocimiento de las autoridades legítimas y, en total desconocimiento al derecho de autogobierno, la creación de falsas autoridades⁴⁵¹.

⁴⁴⁴ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, artículo 18, **RLA-39**.

⁴⁴⁵ Ver sección 2.2, *supra*.

⁴⁴⁶ Uño, párr. 56, **RER-1**.

⁴⁴⁷ Ver sección 3.3, *supra*.

⁴⁴⁸ *Id.*

⁴⁴⁹ Demanda, párr. 105.

⁴⁵⁰ Ver sección 3.3.1, *supra*. Ver, también, Resolución de las Comunidades Originarias del 18 de mayo de 2012, **R-81**; Carta de Cancio Rojas al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia del 16 de abril de 2012, **R-33**.

⁴⁵¹ Ver sección 3.3.3, 3.4 y 3.5 *supra*. Ver, por ejemplo, Voto resolutorio de los Ayllus Sullka Julaticani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010 (“*los cuatro ayllus de las*

310. CONAMAQ, máxima instancia de representación a nivel nacional de las Comunidades Originarias, tuvo que intervenir para exigir “*deponer las acciones divisionistas a la empresa Mallku Qota*”⁴⁵². En palabras de esta asociación:

*[S]e evidencia la presencia de la empresa minera Mallku Qota; cuya empresa esta en afán de coopta (sic) líderes, autoridades originarias y dividir la estructura orgánica y política propia de los Ayllus, hasta el extremo que causar enfrentamientos entre ellos y ha generado zozobra y conflicto*⁴⁵³.

311. En términos similares manifestó su preocupación Cancio Rojas (Kuraka de la marka Sacaca) al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia en su carta del 2 de abril de 2012:

*El 11 de enero 2011 todos firmamos como un acuerdo en consenso para no permitir la presencia de esta empresa extranjera [CMMK], pero, como tienen mucho dinero ha empezado a comprar conciencias de la gente tan pobre que es los indígenas originarios de la zona, además el Estado nunca se acordó de nosotros pero sí autorizan a la empresa para que se consee (sic) propiedades mineras en los territorios indígenas originarios y eso está causando problemas serios de división de sus organizaciones, detenciones indebidas de líderes y desconocimiento de autoridades originarias legalmente y legítimamente elegidos, claro está motivados y apoyados económicamente por la empresa transnacional Canadiense*⁴⁵⁴.

dos provincias determinaron que la empresa COMPAÑÍA MINERA MALKU QUTA S.A. debe suspender (sic) el trabajo por la siguientes razones: Abusos, [...] falta de respetos a las autoridades originarias y bases en general, engaños de propuestas, de proyectos”, [REDACTED]

[REDACTED]

⁴⁵² Resolución del Consejo de Gobierno de CONAMAQ del 13 de diciembre de 2011, **R-71**.

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ Carta de Cancio Rojas al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia del 2 de abril de 2012, **R-73**. Ver, también, Carta de Cancio Rojas al Ministerio de Justicia del 2 de abril de 2012, **R-74**.

312. En efecto, SAS impuso su propio sistema de toma de decisiones y legitimó a una “nueva autoridad”: COTOA-6A. CMMK decidió comunicarse para todos los efectos con este “comité *ad hoc*”, creado con el único propósito de que CMMK pudiera llevar a cabo su proyecto, lo cual le permitía pasar por alto los intereses ancestrales de la lucha indígena y aprovecharse de sistemas occidentales de toma de decisión basados en la mayoría⁴⁵⁵.
313. El sistema de toma de decisiones occidental impuesto por la Compañía causó una profunda división en las Comunidades Originarias, que dependen de su unidad para sobrevivir, y la minoría avasallada tuvo que recurrir a medios extremos para hacer oír su voz⁴⁵⁶.
314. Para silenciar a los líderes que defendían los intereses ancestrales de las minorías, la Compañía presentó temerarias denuncias penales estas autoridades legítimas (el Sr. Andrés Chajmi, actual Mallku y el Sr. Cancio Rojas, Kuraka de la Marka Sacaca), resultando en órdenes de captura o capturas efectivas que contribuirían a agravar la delicada situación de violencia que terminaría saliéndose de control y conduciría a la Reversión. Como se demostró, estas denuncias fueron archivadas por los órganos de investigación al no existir mérito alguno⁴⁵⁷.
315. Estos no serían casos aislados dentro de la estrategia de intimidación de la Compañía. El caso ██████████ ██████████ resulta elocuente. Con el propósito de invisibilizar la oposición al proyecto, los empleados de CMMK agredieron al ██████████
██████████
██████████
316. ██████████
██████████ ██████████
██████████
██████████

⁴⁵⁵ Ver secciones 3.3 y 3.4, *supra*.

⁴⁵⁶ Resolución del Consejo de Gobierno de CONAMAQ del 13 de diciembre de 2011, **R-71**. Ver, también, Acta e informe sobre el Cabildo del 25 de septiembre de 2011, **R-65**; Resolución de Cabildo de los Ayllus Sullka Jilatikani, Tacahuani, Urinsaya y Samka del 19 de diciembre de 2010, **R-49**; Resolución de FAOI-NP del 28 de febrero de 2011, **R-52**.

⁴⁵⁷ Ver sección 3.5, *supra*.

⁴⁵⁸ ██████████

grabaciones sin autorización alguna⁴⁶³. Para no ser descubiertos, los empleados de CMMK usurparon prendas propias de los pueblos originarios, las cuales, naturalmente, revisten gran significación para la comunidad y no pueden ser utilizadas por personas ajenas a la misma. Con dicho acto se vulneró, *inter alia*, el valor fundamental del *ayllu* de no mentir (*ama llulla*), pues el que se infiltra miente a toda una colectividad, en este caso, a los *ayllus* y comunidades de Mallku Khota.

319. Esta no sería la única vez que los empleados de CMMK avasallarían los derechos de las Comunidades Originarias sobre sus tierras sagradas⁴⁶⁴. CMMK comenzó a apropiarse *de facto* de las viviendas y el territorio de los comunarios, además de impedir a los comunarios transitar libremente para pastar sus ganados⁴⁶⁵.

5.2.3.3 *El Proyecto amenazaba el derecho de las Comunidades Originarias al medio ambiente sano en sus territorios*

320. Las Comunidades Originarias tienen el derecho fundamental a conservar y proteger el medioambiente en sus territorios⁴⁶⁶. Además, las Comunidades Originarias tienen el derecho a “*fortalecer su propia relación espiritual con las tierras [...] y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras*”⁴⁶⁷.

321. La ejecución del Proyecto en una zona de delicado equilibrio ambiental como el área de Mallku Khota⁴⁶⁸ implicaba un grave riesgo de afectación medioambiental

⁴⁶³ Gob. Gonzales, párr. 74, **RWS-1**. Ver, también, Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota, Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 4, **R-17**.

⁴⁶⁴ Resolución de FAOI-NP del 18 de marzo de 2012, **R-117**.

⁴⁶⁵ Carta de Cancio Rojas al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia del 16 de abril de 2012, **R-33**.

⁴⁶⁶ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, artículo 29(1) (“[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos”), **RLA-39**. Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, artículo 15(1) (“[l]os derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”), **RLA-37**.

⁴⁶⁷ Naciones Unidas, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, 13 de septiembre del 2007, artículo 25, **RLA-39**.

⁴⁶⁸ Ver sección 3.1, *supra*.

que podía llevar, incluso, a la destrucción del cerro y las lagunas circundantes⁴⁶⁹. Además, la ejecución del Proyecto habría conllevado un inexorable desplazamiento forzado de los comunarios fuera de sus territorios ancestrales⁴⁷⁰.

322. Como se indicó más arriba, la cosmovisión de los pueblos indígenas está constituida “a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales”⁴⁷¹. Además, en este caso, los cerros en los cuales pretendía llevarse a cabo el Proyecto y las lagunas circundantes revisten particular importancia para las Comunidades Originarias del Norte de Potosí, dado que los conciben como entidades sagradas⁴⁷².
323. El riesgo ambiental y el riesgo a ser despojados de sus territorios era, naturalmente, un asunto de especial preocupación para las Comunidades Originarias que produjo una parte importante de la tensión social⁴⁷³. Sobre este punto, cabe resaltar la carta

⁴⁶⁹ Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota, Minería Tierra y Territorio*, de noviembre de 2012, pág. 18, **R-17**. Los emprendimientos mineros a cielo abierto implican, sin excepción, la utilización de grandes cantidades de agua y, en el caso de Mallku Khota, habría sido necesario utilizar el agua subterránea, debido a los requerimientos mínimos de la explotación con su consecuente contaminación. Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota, Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 19, **R-17**.

⁴⁷⁰ Centro de Documentación e Información Bolivia, *Mallku Khota, Minería Tierra y Territorio* de noviembre de 2012, pág. 18, **R-17**.

⁴⁷¹ *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 118, **RLA-20**. *Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 135, **RLA-25**. Ver, también, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 119, (“[I]o anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”), **RLA-20**; Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, artículo 13(1) (“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”), **RLA-37**.

⁴⁷² Sección 2.2, *supra*.

⁴⁷³ Carta del ayllu Sullka Jilatikani al Ministro de Minería y Metalurgia del 1 de mayo de 2011, **R-61**; Comunicado de CONAMAQ del 8 de mayo de 2012, **R-118**; Resolución de FAOI-NP del 11 de enero de 2011, **R-50**; Resolución de la Primer Sección de la Central Sindical de Trabajadores Originarios de San Pedro de Buena Vista de Potosí del 6 de febrero de 2010 (“la minería es la que mas contamina a la pacha mama las concesiones mineras son impuestos de arriba y fuera del marco normativo de la carta magna, los empresarios contaminan los ríos con los productos químicos que usan y el agua que es la sangre de la tierra ya no sirven para regar y producir nuestros alimentos, no solo para nosotros como humanos si no también afecta la supervivencia de nuestros animales de toda especie”), **R-54**; Carta de Cancio Rojas al Alto Comisionado de

que escribió el Ayllu Sullka Jilatikani al Presidente Evo Morales en mayo de 2011, en la que manifestó que:

*[L]os pobladores del mencionado Ayllu [Sullka Jilatikani], cansados y sorprendidos por esa forma de actividades violatorias a nuestro derechos colectivos [...] en consecuencia las bases conjuntamente las autoridades originarias de forma consensuada ejercitando su derechos (sic) a la libredeterminación (sic) determinamos DE MANERA CONTUNDENTE NO PERMITIR NUNCA MAS EL INGRESO DE EMPRESAS MINERAS BAJO NINGÚN TÍTULO a desarrollar actividades mineras a nuestro territorio ancestral del Ayllu Sullka Jilatikani, caso concreto estamos dispuestos a defender hasta con nuestra vida la vida de nuestra madre tierra [...]*⁴⁷⁴.

324. Los ruegos de las Comunidades Originarias no podían ser ignorados. Como se ha explicado, los pueblos originarios tienen derecho a decidir sus formas de desarrollo en la medida en que este afecte las tierras que ocupan⁴⁷⁵. En este caso, las Comunidades Originarias decidieron que la ejecución del Proyecto de explotación planeado explotación planeado por CMMK iba en contravía de su desarrollo y esa decisión se reflejó en la Reversión de las Concesiones Mineras.

* * *

325. En definitiva, existían causas de descontento social que llevaron a una violencia insostenible en el área del Proyecto y SAS no puede ocultar que ella fue la causante. Habiéndose presentado este tipo de abusos durante la gestión del Proyecto, SAS no puede alegar que la inconformidad de los comunarios representados por la FAOI-NP

Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bolivia del 2 de abril de 2012, **R-73**; Resolución del Ayllu Sullka Jilatikani del 15 de febrero de 2011, **R-51**. Voto resolutorio de los Ayllus Sullka Julaticani, Takahuani, Urinsaya y Samka del 11 de diciembre de 2010 (“*los cuatro ayllus de las dos provincias determinaron que la empresa COMPAÑÍA MINERA MALKU QUTA S.A. debe suspender (sic) el trabajo por la siguientes razones: Abusos, contaminación, falta de respetos a los autoridades originarias y bases en general, engaños de propuestas, de proyectos, atentar, desminocion (sic) de aguas de las vertientes y la destrucción de nuestros terrenos de cultivos*”), **R-46**.

⁴⁷⁴ Carta del Ayllu Sullka Jilatikani al Presidente de la República del 1 de mayo de 2011 (el resaltado es nuestro), **R-60**. Ver, también, Carta de Ayllu Sullka Jilatikani al Ministro de Minería y Metalurgia del 1 de mayo de 2011, **R-61**.

⁴⁷⁵ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*, 27 de junio de 1989, artículo 7(1) (“[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”), **RLA-37**.

“eran parte de una campaña deliberada para obligar a South American Silver a abandonar el Proyecto de Mallku Khota y el yacimiento de miles de millones de dólares”⁴⁷⁶.

326. La actuación ilegal de CMMK impide a SAS presentar una reclamación ante este Tribunal Arbitral. CMMK incurrió en numerosas conductas que se enmarcan dentro de aquellas proscritas por el derecho nacional e internacional y que afectan la supervivencia los pueblos indígenas ancestrales. El Tribunal Arbitral deberá, como mínimo, concluir que las conductas descritas atentan contra el principio de la buena fe y que los reclamos de SAS no pueden ser admitidos. En las palabras del tribunal en *World Duty Free*, al proteger las conductas ilegales de SAS, este Tribunal Arbitral se convertiría en su cómplice⁴⁷⁷.

6. SUPONIENDO QUE EL TRIBUNAL ADMITA SU JURISDICCIÓN (QUOD NOM), BOLIVIA HA CUMPLIDO SUS OBLIGACIONES BAJO EL TRATADO Y EL DERECHO INTERNACIONAL

327. Si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral considera que tiene jurisdicción para conocer sobre los reclamos de SAS y que estos son admisibles, deberá concluir que Bolivia no incumplió sus obligaciones bajo el Tratado y el derecho internacional.

328. Como se explica a continuación, la Reversión fue una medida necesaria, ampliamente justificada y proporcionada. En efecto, los hechos descritos en la sección 3 *supra* demuestran que Bolivia (i) realizó todos los esfuerzos por encontrar una salida distinta a la Reversión; (ii) que la Reversión fue la única salida disponible ante la insostenible situación de orden público; y (iii) que la conducta de CMMK fue la causa directa que llevó a esta situación. La Reversión fue, por lo tanto, justificada por razones de utilidad pública y beneficio social. Bolivia no ha incumplido su obligación de no expropiar las inversiones de SAS (6.1).

329. Bolivia, asimismo, dio un trato justo y equitativo a SAS. Como se demostrará más adelante, SAS podía anticipar que Bolivia protegiese los derechos colectivos y sociales de las Comunidades Originarias al decretar la Reversión. SAS no ha

⁴⁷⁶ Demanda, párr. 88.

⁴⁷⁷ *World Duty Free Company Limited c. República de Kenya*, caso CIADI No. ARB/00/7, laudo del 4 de octubre de 2006, párr. 178 (“it would be an ‘affront to public conscience’ ‘affront to public conscience’ to grant to the Claimant the relief which it seeks because this Tribunal ‘would thereby appear to assist and encourage the plaintiff in his illegal conduct’ [...] Accordingly, the Tribunal rejects the Claimant’s submissions”), **RLA-68**.

demostrado – ya que no puede demostrar – que Bolivia haya actuado de mala fe o que sus actuaciones hayan sido impredecibles o poco transparentes (6.2).

330. Por último, Bolivia demostrará que no ha incumplido su obligación de otorgar protección plena y seguridad a las inversiones de SAS. Como los hechos demuestran, Bolivia realizó sus mejores esfuerzos en todo momento para ofrecer a CMMK seguridad física y jurídica. Estos esfuerzos llegaron incluso al punto de poner en riesgo la seguridad física de sus autoridades. Si la situación de seguridad física de algunos representantes de CMMK llegó a verse comprometida, esto se debió a sus propias actuaciones. Asimismo, se demostrará que el Estado cumplió sus obligaciones de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión y de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas (6.3).

331. Al respecto, es elocuente que SAS haya instruido a sus expertos económicos a calcular los daños únicamente por motivo de una expropiación⁴⁷⁸. Al no demostrar daño alguno por la violación de las demás obligaciones supuestamente invocadas, SAS ha confirmado la frivolidad de dichos reclamos.

6.1 La Reversión de las Concesiones Mineras fue realizada de conformidad con el Tratado y el derecho internacional

332. El artículo V del Tratado prevé lo que sigue:

(1) Las inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación (en lo sucesivo se denomina “expropiación”), salvo por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante y a cambio de una justa compensación efectiva. Dicha compensación deberá responder al valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación o de hacerse pública la inminente expropiación cualquiera que sea la anterior, comprenderá los intereses conforme al tipo normal comercial o legal cualquiera que haya de aplicarse en el territorio de la Parte Contratante que efectuó la expropiación, hasta la fecha en que se efectuara el pago; el pago se efectuará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible. El nacional o sociedad afectado tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimiento jurídico, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo.

⁴⁷⁸ FTI, Sección 2, págs. 2 y 3, CER-1.

(2) *En el caso de que una parte Contratante expropie los bienes de una sociedad, incorporada o constituida conforme a las leyes vigentes en cualquier parte de su territorio y en la que nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante tenga acciones, la misma asegurará la satisfacción de las disposiciones prescritas en el párrafo (1) de este Artículo, en lo que respecta a garantizar la puntual, adecuada y efectiva compensación en lo referente a las inversiones de capital de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante que son propietarios de dichas acciones*⁴⁷⁹.

333. No está en disputa que Bolivia tiene la potestad de revertir las inversiones de capital británico.
334. Sin embargo, SAS alega que Bolivia “*expropió ilegalmente*” sus inversiones, pues Bolivia no habría realizado la Reversión (i) por causa de utilidad pública y en pos de un beneficio social, (ii) con respeto al debido proceso y (iii) a cambio de una compensación pronta, justa y efectiva⁴⁸⁰.
335. Bolivia demostrará que, a diferencia de lo que alega SAS, la Reversión fue motivada por causas de utilidad pública y en pos del beneficio social (6.1.1) y respetó en todo momento el debido proceso de CMMK (6.1.2). Asimismo, Bolivia demostrará haber cumplido con el requisito establecido en el Tratado relativo a la compensación y que, en todo caso, el incumplimiento de dicho requisito, de haber ocurrido (*quod non*) no tornaría la Reversión en ilegal (6.1.3).

6.1.1 La Reversión de las Concesiones Mineras cumplió con el requisito de utilidad pública y beneficio social

336. SAS, sin sustento alguno, alega que “*la expropiación de las Concesiones Mineras de CMMK no se realizó por utilidad pública ni para el beneficio social de las comunidades locales y Bolivia en general*”⁴⁸¹.
337. En esta sección, Bolivia demostrará que la utilidad pública de la Reversión venía justificada por (i) la necesidad de pacificar los conflictos ocasionados en el área de Mallku Khota y (ii) el deber de velar por el respeto de los derechos de las Comunidades Originarias (6.1.1.1). Asimismo, Bolivia demostrará que la pacificación del conflicto y la protección de las Comunidades Originarias

⁴⁷⁹ Tratado, artículo V, C-1.

⁴⁸⁰ Demanda, sección V.A.

⁴⁸¹ *Id.*, párr. 144.

constituyen un beneficio social relacionado con las necesidades internas del Estado (6.1.1.2).

6.1.1.1 *La necesidad de pacificar los conflictos y proteger los derechos de las Comunidades Originarias constituye una causa de utilidad pública*

338. El artículo V (1) del Tratado prevé que “[l]as inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación [...], salvo por causas de utilidad pública [...]”⁴⁸².

339. Según SAS, es “absurdo” que la Reversión persiguiera un propósito de utilidad pública, pues “ni las poblaciones locales ni el gobierno boliviano han obtenido beneficio alguno de los yacimientos de Mallku Khota desde la nacionalización”⁴⁸³. Esta posición, sin embargo, otorga un sentido muy estricto a la noción de utilidad pública (que el Estado explote las minas) y excluye otros motivos fundamentales como lo son garantizar el orden público y proteger los derechos humanos y colectivos.

340. El concepto de utilidad pública no viene definido por el Tratado ni por el derecho internacional. Ante esta falta de definición, tanto la doctrina⁴⁸⁴ como los tribunales internacionales⁴⁸⁵ han señalado que el concepto de utilidad pública debe ser analizado sobre la base del derecho del Estado receptor.

⁴⁸² Tratado, artículo V (1), (el resaltado es nuestro), C-1.

⁴⁸³ Demanda, párr. 145.

⁴⁸⁴ R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer Law International, 1995, pág. 104, (“in the absence of an internationally agreed upon definition, the notion of what in fact constitutes public purpose will to a considerable extent rest with the State concerned. One authority has noted that because the determination of the public or national interest in any specific situation can only be effected by the State concerned, it is hardly conceivable that it can be reviewed or contested by another organ”), **RLA-93**.

⁴⁸⁵ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 437, (“el contorno preciso de las causas de utilidad pública y del beneficio social yace en el ordenamiento constitucional y jurídico interno del Estado”), **RLA-29**. En la misma línea, *Antoine Goetz et consorts c. República de Burundi*, caso CIADI No. ARB/95/3, laudo del 10 de febrero de 1999, párr. 126, (“Una medida [expropiatoria] es internacionalmente lícita si ‘las razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional así lo requieren en casos excepcionales’. Obviamente, es bajo la ley nacional de Burundi que esta condición debe ser evaluada. [...] no le corresponde al Tribunal sustituir su propio juicio por la apreciación realizada a discreción del Gobierno de Burundi sobre ‘los imperativos de utilidad pública o de interés nacional’”). Traducción no oficial de: “[U]ne mesure telle que celle qui a été

341. El Derecho boliviano ha concedido tradicionalmente un rol relevante a la utilidad pública a la hora de regular la potestad de expropiar de que disponen las autoridades gubernamentales. Así, el artículo 22(II) de la Constitución de 1967 establecía que “[l]a expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social”⁴⁸⁶. La actual Constitución tiene un texto similar en su artículo 57: “[l]a expropiación se impondrá por causa de necesidad o utilidad pública”⁴⁸⁷.
342. Según uno de los principales tratadistas bolivianos, la utilidad pública consiste en:
- i. “la utilidad pública en sentido estricto, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público”;
 - ii. “la utilidad social, que se caracteriza por satisfacer de una manera inmediata y directa a una clase social determinada y mediatamente a la colectividad”; y
 - iii. “la utilidad nacional que exige se satisfaga la necesidad que tiene una Nación de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que la afectan como entidad política y como entidad internacional”⁴⁸⁸.
343. Como Bolivia ha demostrado, la Reversión fue una medida necesaria para preservar el orden público en el Norte de Potosí y garantizar los derechos humanos y colectivos de las Comunidades Originarias. De hecho, Bolivia ha demostrado que la Reversión de las Concesiones Mineras era el único remedio disponible para pacificar los conflictos que CMMK provocó y fomentó entre las comunidades locales⁴⁸⁹. Contrariamente a lo afirmado por SAS, tanto las poblaciones locales como el Gobierno boliviano han obtenido beneficio de la decisión de revertir las

prise à l'encontre d’AFFIMET n’est internationalement licite que si ‘des impératifs d’utilité publique, de sécurité ou d’intérêt national l’exigent exceptionnellement’. C’est de toute évidence au regard du droit national burundais que cette condition doit s’apprécier. [...] il n’appartient pas au Tribunal de substituer son propre jugement à l’appréciation faite discrétionnairement par le Gouvernement du Burundi des ‘impératifs d’utilité publique... ou d’intérêt national’”), RLA-30.

⁴⁸⁶ Constitución Política del Estado del 2 de febrero de 1967, artículo 22 (II), **RLA-94**.

⁴⁸⁷ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 57, **RLA-3**.

⁴⁸⁸ C. Morales Guillén, *Código civil: comentado y concordado*, Ed. Gisbert y Asociados, La Paz, 2004, vol. 1-2, pág. 148, **RLA-95**.

⁴⁸⁹ Ver sección 3.6, *supra*.

Concesiones Mineras puesto que la pacificación de la zona y la protección de los derechos humanos de las Comunidades Originarias fueron garantizados gracias a esta medida.

344. Sin embargo, SAS alega que Bolivia no decretó la Reversión por causa de utilidad pública, sino por un interés económico⁴⁹⁰. En apoyo de esta posición, SAS alega que (i) Bolivia supuestamente no razonó su decisión de revertir las minas⁴⁹¹; (ii) la Reversión no tuvo relación lógica o proporcionada con el objetivo de pacificar el área⁴⁹²; y (iii) Bolivia realizó la Reversión con el fin de aplacar a una minoría violenta que actuaba de forma ilegal⁴⁹³.
345. Con relación al interés económico que habría perseguido Bolivia al revertir las Concesiones Mineras, ni el Decreto de Reversión, ni los acuerdos que le precedieron contienen menciones al interés económico de la medida. Al contrario, tanto el Acuerdo de 10 de julio de 2012 como el Decreto de Reversión mencionan la necesidad de alcanzar una convivencia pacífica en la zona que ponga fin a los conflictos sociales generados por CMMK⁴⁹⁴. La tesis de SAS es, en consecuencia, falsa.
346. En *primer lugar*, no es cierto que Bolivia haya revertido las Concesiones Mineras sin articular razón alguna en el Decreto de Reversión. Como el Tribunal Arbitral podrá apreciar, Bolivia expuso los motivos a lo largo de dicho Decreto y, especialmente, en su decimoprimer considerando:

[Considerando] [q]ue las actividades de prospección y exploración de la Compañía Minera Mallku Khota S.A. en el sector de Mallku Khota y la conducción del proceso de socialización del proyecto minero con las comunidades y los ayllus han enfrentado dificultades desemboca[n]do en los últimos meses en una escalada de conflictos sociales, poniendo en riesgo la vida de la población del lugar y del personal de la empresa

Que el derecho que detenta la Compañía Minera Mallku Khota S.A. en las 219 cuadrículas se enmarca en la normativa vigente anterior al año 2009,

⁴⁹⁰ Demanda, párr. 144 (“Bolivia revocó las Concesiones Mineras Mallku Khota para tomar control de 13 billones de dólares en plata, indio, galio y otros minerales contenidos en el “megayacimiento” descubierto por South American Silver”).

⁴⁹¹ *Id.*

⁴⁹² *Id.*

⁴⁹³ *Id.*

⁴⁹⁴ Acuerdo del 10 de julio de 2012, punto 4, C-17 y pág. 3 del Decreto de Reversión, pág. 3, C-4.

*por lo que ante la extrema situación social en el sector de Mallku Khota, y a fin de preservar la paz social y garantizar el retorno a la normalidad en la misma, se hace necesaria la intervención del Gobierno en el marco de lo establecido en la Nueva Constitución Política del Estado*⁴⁹⁵.

347. En *segundo lugar*, el argumento planteado por SAS de que la Reversión no tuvo relación lógica o proporcionada con el objetivo de pacificar el área, citando el caso *Tecmed c. México* para defender que las expropiaciones “*deben constituir una medida proporcionada*”⁴⁹⁶, es incorrecto por dos motivos:
348. Primero, como Bolivia demostró en la sección 3.6 *supra*, la Reversión fue el único remedio posible para resolver la insostenible situación de orden público y conmoción social en la zona del Proyecto como consecuencia de las acciones de CMMK. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Es más, como se demostró en dicha sección, la emergencia social de las Comunidades Originarias era tan grave que ninguna de las demás alternativas (incluida la creación de una “sociedad mixta” que SAS tanto rechaza) habría restablecido el orden público. Por último, Bolivia y su testigo demostraron haber organizado varias reuniones con CMMK y las Comunidades Originarias para buscar otra salida.
349. Segundo, el caso que cita SAS confirma la posición de Bolivia. El tribunal en *Tecmed* realizó una reflexión que va directa al *quid* de la cuestión:

En el presente caso [Tecmed c. México] no se encuentran reunidas similares o comparables circunstancias de emergencia o gravedad social [que en Elettronica Sicula S.p.A.], o de urgencia asociada con tales circunstancias, ni su existencia con esas características ha sido comprobada por las cortes mexicanas. La actuación de las autoridades para hacer frente a dificultades socio-políticas, cuando éstas no revisten connotaciones de grave emergencia o necesidad pública, o de crisis social o de conmoción general de vasta repercusión y gravedad, no puede ser considerada, desde el punto de vista del Acuerdo o del derecho internacional, como justificación suficiente para privar al inversor extranjero de su inversión sin compensación, máxime si no se ha probado que la conducta de Cytrar o Tecmed sea causa suficientemente determinante de las presiones políticas o los episodios sociales que la

⁴⁹⁵ *Id.* (el resaltado es nuestro).

⁴⁹⁶ Demanda, párr. 142.

*motivaron, que subyacen la Resolución, y que la condicionaron de manera decisiva*⁴⁹⁷.

350. Es decir, el tribunal en *Tecmed* evidenció que la actuación de las autoridades para hacer frente a dificultades socio-políticas, cuando éstas revisten connotaciones de grave emergencia o necesidad pública, o de crisis social o de conmoción general de vasta repercusión y gravedad (como ha quedado demostrado que fue el caso en Mallku Khota antes de la Reversión), puede ser considerada, desde el punto de vista del derecho internacional, como justificación suficiente para privar al inversor extranjero de su inversión sin compensación cuando se haya probado – como se ha probado en este caso – que la situación fue creada por el inversionista.
351. En *tercer lugar*, el argumento de SAS de que Bolivia reversionó las Concesiones Mineras “*para aplacar a una minoría violenta que actúa de forma ilegal*”⁴⁹⁸ es incorrecto por dos motivos:
352. Primero, como Bolivia ha expuesto en la sección 3.3.2 *supra*, el origen de los conflictos en Mallku Khota no estaba en “*una minoría violenta que actua[ba] de forma ilegal*”, sino en la absoluta oposición de varias Comunidades Originarias cercanas al Proyecto que veían en él una amenaza a sus formas tradicionales de vida y el medio ambiente. El origen de los conflictos, además, estaba en la negligente gestión de CMMK de sus relaciones con las comunidades locales que desembocó en conflictos intercomunitarios auspiciados e incentivados por CMMK.
353. Segundo, Bolivia, al revertir las Concesiones Mineras, no buscó aplacar a ninguna minoría violenta sino contribuir a la concordia entre Comunidades Originarias de la región y restablecer el orden público que se hallaba gravemente afectado.
354. En definitiva, SAS pretende transmitir la imagen de que la Reversión fue una decisión caprichosa y arbitraria de Bolivia. Con su interpretación restrictiva de la “utilidad pública”, SAS omite considerar que Bolivia, además de la obligación de reaccionar para pacificar la zona ante un conflicto violento, tenía el deber de velar por el respeto (i) de los derechos humanos de sus ciudadanos y (ii) de los derechos específicos de sus Comunidades Originarias⁴⁹⁹. Salvaguardar estos intereses es,

⁴⁹⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 147, **RLA-96**.

⁴⁹⁸ Demanda, párr. 144.

⁴⁹⁹ Contestación a la Demanda, sección 4.

precisamente, actuar en pos de la utilidad pública. Así lo ha reconocido la CIDH al considerar que el respeto de los derechos protegidos en la Convención Americana puede constituir causa de utilidad pública y que “*la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana*”⁵⁰⁰.

6.1.1.2 *La mayor protección de las Comunidades Originarias constituye un beneficio social relacionado con las necesidades internas del Estado*

355. El artículo V(1) del Tratado prevé que “[l]as inversiones de capital de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que en sus efectos equivalgan a nacionalización o expropiación [...], salvo por causas de utilidad pública y por un beneficio social relacionados con las necesidades internas de dicha Parte Contratante [...]”⁵⁰¹.

356. SAS alega que Bolivia no declaró la Reversión “*para el beneficio social de las comunidades locales y Bolivia en general*”⁵⁰². Los argumentos esgrimidos por SAS en este punto son los mismos que utiliza para alegar que la Reversión no fue realizada por causa de utilidad pública. En este sentido, Bolivia reitera que la Reversión fue la única vía que pudo tomar para poner solución a la grave situación de orden público y violación de derechos humanos y colectivos causados por CMMK.

357. La Reversión, al pacificar los conflictos en el área de Mallku Khota y evitar nuevas violaciones de los derechos de las Comunidades Originarias, contribuyó al beneficio social de las Comunidades Originarias que, como se explicó anteriormente, son un importante sujeto de protección del derecho internacional y doméstico.

⁵⁰⁰ “[E]l [Tratado para la Protección de Inversiones entre Alemania y Paraguay] *permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes “por causa de utilidad o interés público”, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados*”. *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, caso CIDH, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 140, **RLA-20**.

⁵⁰¹ El resaltado es nuestro.

⁵⁰² Demanda, párr. 144.

6.1.2 La Reversión de las Concesiones Mineras respetó el debido proceso de SAS

358. El artículo V(1) *in fine* del Tratado establece que “[e]l nacional o sociedad afectado [por una expropiación] *tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimientos jurídicos, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo*”⁵⁰³.
359. SAS alega que Bolivia no condujo la Reversión con arreglo al debido proceso, puesto que CMMK (i) no estuvo presente en las reuniones previas a la Reversión (ii) ni pudo participar en el proceso de valuación unilateralmente desarrollado por Bolivia⁵⁰⁴.
360. Bolivia demostrará en esta sección que ni el Tratado ni el derecho internacional la obligaban a consultar a CMMK antes de revertir sus Concesiones Mineras (6.1.2.1) o al valorar la compensación tras la reversión (6.1.2.2).
- 6.1.2.1 *Bolivia no estaba obligada a consultar a CMMK con anterioridad a la Reversión y, en cualquier caso, CMMK nunca solicitó ser consultada*
361. SAS afirma que “[e]l Gobierno [de Bolivia] formalizó su decisión de expropiar el Proyecto en el curso de una serie de reuniones en las que la Compañía nunca estuvo presente – y mucho menos pudo hacer valer derecho alguno”⁵⁰⁵.
362. SAS, por lo tanto, alega que Bolivia no respetó su debido proceso porque no consultó a CMMK antes de revertir sus Concesiones. Sin embargo, para fundamentar jurídicamente el alegado derecho de CMMK a ser consultada antes de la Reversión, SAS cita el último párrafo del artículo V(1) del Tratado, que establece que “[e]l nacional o sociedad afectado [por una expropiación] *tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimientos jurídicos, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo*”⁵⁰⁶.

⁵⁰³ El resaltado es nuestro.

⁵⁰⁴ Demanda, párrs. 139-140.

⁵⁰⁵ *Id.*, párr. 140.

⁵⁰⁶ *Id.*, párr. 139.

363. Del texto citado se infiere (i) que el Tratado sólo reconoce el derecho de los inversionistas a un debido proceso una vez haya tenido lugar la expropiación – de ahí que sólo contemple la posibilidad de establecer la legalidad de la medida y el monto de la compensación debida – y (ii) que, en consecuencia, el Tratado no reconoce derecho alguno a los inversionistas a participar en la toma de decisión previa a las expropiaciones.
364. Sobre la base de lo anterior, Bolivia no incumplió el Tratado al no hacer partícipe a CMMK de las negociaciones entre las Comunidades Originarias y los representantes del Estado.
365. Si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral entiende que el debido proceso implicaba un derecho de CMMK a participar en el proceso de Reversión de las Concesiones Mineras, debe tener en cuenta dos importantes factores.
366. En *primer lugar*, la participación limitada de CMMK en dicho proceso estaba justificada por razones de seguridad, pues la situación de confrontación entre las Comunidades Originarias había sido generada por el mal hacer de CMMK⁵⁰⁷. Tomando en consideración los celos de las Comunidades Originarias hacia CMMK, la presencia de ésta en las reuniones habría generado tensiones e imposibilitado alcanzar un acuerdo de pacificación. Es más, como quedó demostrado, tras los hechos violentos del 18 de mayo de 2012 y el 5 de julio de 2012, la Comunidad de Mallku Khota dejó muy en claro que no se sentaría en la misma mesa que CMMK.
367. En *segundo lugar*, como demuestran los hechos y la declaración testimonial del Gobernador Gonzales, la Gobernación invitó a CMMK a varias reuniones e intentó mediar en la medida de lo posible para encontrar una solución consensuada. En dichas reuniones, como reconoce SAS⁵⁰⁸, se discutió la Reversión como una alternativa.
368. Por lo tanto, SAS no puede pretender que exista una obligación de consultar previamente con ella la Reversión. En cualquier caso, la Gobernación realizó todos los esfuerzos por hallar otras soluciones con la participación de CMMK.

⁵⁰⁷ Ver sección 3.6 *supra*.

⁵⁰⁸ Demanda, párr. 61.

6.1.2.2 *Bolivia no estaba obligada a consultar a CMMK con relación al proceso de valuación de la compensación y, en cualquier caso, CMMK optó por no participar en dicho proceso*

369. SAS sostiene que “*el proceso de valuación contemplado por el Decreto Supremo se habría desarrollado unilateralmente sin que la Compañía pudiera analizar o discutir las determinaciones de la COMIBOL*”⁵⁰⁹.

370. La afirmación de SAS carece de fundamento, pues ni el Tratado ni el derecho internacional exigen la participación del inversionista en el proceso de valuación del bien expropiado. SAS trata de reescribir el Tratado para crear una nueva condición de legalidad de las reversiones.

371. El Tratado no regula cómo (por medio de qué procedimiento) el Estado debe determinar el monto de la compensación. Esto es algo que corresponde determinar al Estado exclusivamente.

372. Las *Guidelines* del Banco Mundial para el Trato a la inversión Extranjera Directa de 1992 consideran perfectamente legítimo que el proceso de valuación de la inversión tras la expropiación o nacionalización sea determinado por el Estado exclusivamente:

*In the absence of a determination agreed by, or based on the agreement of the parties [i.e., the State and the foreign investor], the fair market value will be acceptable if determined by the State according to reasonable criteria related to the market value of the investment [...]*⁵¹⁰.

373. SAS pretende responsabilizar a Bolivia por la violación de una obligación (no nacionalizar sin instaurar un proceso de valuación con la participación de SAS) que, simplemente, no existe bajo el Tratado o el derecho internacional.

374. En el reciente caso *Rurelec*, analizando el mismo Tratado que SAS invoca, el tribunal rechazó la misma alegación del inversionista considerando que:

⁵⁰⁹ Demanda, párr. 140.

⁵¹⁰ World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992, ítem IV, párr. 5 (el resaltado es nuestro), **RLA-97**. Ver, también, *Amoco Internacional Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos No. 56, laudo parcial del 14 de julio de 1987, párr. 137 (“*More usually, compensation is decided by administrative authorities, very often without formal negotiation with the interested parties, but, in many cases, in implementation of principles defined by statute, or by constitutional law, with a possible recourse to ordinary judicial remedies*”), **CLA-29**.

[E]l recurso del inversionista, si impugna la valuación realizada por el Estado que expropia, consiste en solicitar la revisión mediante procedimientos puestos a su disposición en el derecho interno de ese Estado [...] o someter la cuestión a arbitraje internacional conforme al artículo 8⁵¹¹.

375. El tribunal *Rurelec* concluyó que el respeto al debido proceso no consiste en permitir la participación del inversionista en el proceso de valuación del bien expropiado, sino en poner a su disposición recursos para la impugnación de la valuación una vez está efectuada.

376. Esta posición coincide con la de la doctrina, que ha confirmado que:

*The due process prerequisite is usually understood as a requirement to provide for a possibility to have [...] the determination of the amount of compensation reviewed before an independent body [and] the limited case law suggest that a fair procedure offering the possibility of judicial review is crucial*⁵¹².

377. Los argumentos de SAS sobre el debido proceso, además de infundados, resultan incoherentes con la actitud mostrada por CMMK una vez publicado el Decreto de Reversión. En efecto, CMMK pudo impugnar ante las autoridades bolivianas el Decreto de Reversión, pero no lo hizo⁵¹³. CMMK pudo de igual modo impugnar

⁵¹¹ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 440, **RLA-29**.

⁵¹² A. Reinisch, *Legality of Expropriations*, en A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pág. 191 y 193, **RLA-98**. Lo anterior es además consecuente con el texto del Tratado según el cual “*El nacional o sociedad afectado tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimientos jurídicos, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo*” (el resaltado es nuestro), Tratado, Artículo V(1), **C-1**.

⁵¹³ Se lo permite el artículo V(1) del Tratado (“*El nacional o sociedad afectado tendrá derecho de establecer puntualmente, por procedimientos jurídicos, en el territorio de la Parte Contratante que efectúe la expropiación, la legalidad de la expropiación y el monto de la compensación conforme a los principios establecidos en este párrafo*”) (el resaltado es nuestro) **C-1**. Se lo permiten, también, la acción de inconstitucionalidad, abstracta regulada en los artículos 132 y 133 de la Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, **RLA-3**, y los artículos 72 a 84 del Código Procesal Constitucional de Bolivia, decretado en la Ley No. 254 del 5 de julio de 2012, **RLA-99**, que regulan las acciones de inconstitucionalidad. CMMK pudo haber solicitado, por ejemplo, al Defensor del Pueblo, que interpusiera una acción de inconstitucionalidad abstracta, con base en las atribuciones y facultades que a dicha autoridad confieren los numerales 1 y 3 del artículo 222 de la Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, **RLA-3**, y los artículos 19 al 24 de la Ley No. 1818 del 22 de diciembre de 1997, **RLA-100**. Asimismo, si CMMK hubiera iniciado un proceso judicial o administrativo relativo a las medidas de la reversión, podría haber instado a la autoridad concedora del proceso a interponer una acción de inconstitucionalidad concreta con base en los artículos 72 y 73.2 de la Ley No. 254 del 5 de julio de 2012, **RLA-99**.

ante las autoridades bolivianas el proceso de valuación de la compensación, lo que tampoco hizo⁵¹⁴.

378. Por *último*, y como Bolivia explicó en la sección 3.7, tras la Reversión, Bolivia inició un proceso de contratación de una empresa auditora independiente según lo previsto en el Decreto de Reversión.

6.1.3 Aun si el Tribunal Arbitral considera que el Estado incumplió la condición relativa a la indemnización pronta, adecuada y efectiva (*quod non*), dicho incumplimiento no afecta la legalidad de la Reversión

379. SAS alega que Bolivia ha incumplido con su obligación de indemnizarle (i) al no haberle compensado hasta la fecha y (ii) al haber previsto una compensación basada en los costos incurridos por SAS hasta el momento de la Reversión. SAS concluye del alegado incumplimiento de Bolivia que la Reversión es ilícita.

380. En esta sección, Bolivia demostrará que no ha incumplido su obligación de indemnizar a CMMK, pues ha hecho esfuerzos legítimos y de buena fe para compensarle (6.1.3.1). Asimismo, Bolivia probará que el método de valuación previsto en el Decreto de Reversión es el apropiado para compensar la Reversión de las Concesiones (6.1.3.2). Por último, Bolivia demostrará que el alegado impago de una indemnización no convertiría la Reversión en ilícita (6.1.3.3).

6.1.3.1 *La Reversión de las Concesiones Mineras cumplió con la condición relativa a la indemnización ya que el Estado ha hecho esfuerzos legítimos y de buena fe para compensar a CMMK*

⁵¹⁴ CMMK pudo presentar en primera instancia una acción de cumplimiento en virtud al artículo 4 del Decreto de Reversión (por incumplimiento del plazo establecido para la valuación), y recurrir la Resolución por la que la COMIBOL adjudicó el proceso de valuación de las inversiones de CMMK, Resolución de autorización de la contratación de Quality del 23 de abril de 2014, **R-107**. El artículo 56.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley No. 2341 de 23 de abril de 2002, establece que “[l]os recursos administrativos proceden contra toda clase de resolución de carácter definitivo o actos administrativos que tengan carácter equivalente, siempre que dichos actos administrativos a criterio de los interesados afecten, lesionen o pudieren causar perjuicio a sus derechos subjetivos o intereses legítimos”, **RLA-101**. Asimismo, el artículo 70 de esta misma Ley habría permitido a CMMK, de ser necesario, interponer una demanda Contencioso Administrativo en contra de la Resolución que resolviera su recurso. De hecho, si CMMK hubiera visto rechazadas sus pretensiones, podría incluso haber presentado una acción de amparo constitucional conforme prevén los artículos 128 y 129 de la Constitución, *Id.*

381. El Tratado exige que la expropiación se realice “a cambio de una justa compensación efectiva” que “deberá responder al valor de mercado de las inversiones de capital”, y cuyo “pago se efectuará sin demora”⁵¹⁵.
382. Del texto del Tratado se desprende que no existe un requisito de pago previo de indemnización, sino que el Estado debe, primero, *calcular* cuál es la justa compensación que corresponde al inversor (esto es, cuál es el valor de mercado de las inversiones) y, una vez realizado dicho cálculo, *pagar* la indemnización correspondiente “sin demora”. Éste es exactamente el procedimiento puesto en marcha por Bolivia con el Decreto de Reversión, en el que dispone el pago de compensación precedido por un proceso de valuación:

La Corporación Minera de Bolivia – COMIBOL contratará una empresa independiente que realice un proceso de valuación de las inversiones realizadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. – EMICRUZ LTDA, en el plazo máximo de ciento veinte (120) días hábiles.

*A partir de los resultados de la valuación, la COMIBOL establecerá el monto y condiciones bajo las cuales el gobierno boliviano reconocerá las inversiones realizadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. y Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. – EMICRUZ LTDA*⁵¹⁶.

383. La doctrina confirma que el cumplimiento de la condición de indemnizar no requiere, para los fines de determinar la legalidad de la expropiación, que la compensación ya haya sido pagada al inversionista, o incluso que la misma haya sido ya calculada definitivamente. Es suficiente que el Estado haya, en la fecha de la expropiación, tomado medidas para determinar la compensación:

*A number of investment tribunals have dealt with the question of whether the compensation requirement demands that compensation has been actually paid. In this context, tribunals have consistently held that an offer of compensation or other provision for compensation, in particular where the exact amount may still be in controversy, is enough to satisfy this legality requirement*⁵¹⁷.

[T]oday it seems to be consensus that it is sufficient, if a State, at the time of the expropriation, offers compensation [...] One may, therefore conclude that according to arbitral practice and scholarly writing, the

⁵¹⁵ Tratado, artículo V(1), **C-1**.

⁵¹⁶ Decreto de Reversión, artículo 4, **C-4**.

⁵¹⁷ A. Reinisch, *Legality of Expropriations*, en A. Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pág. 198 (el resaltado es nuestro), **RLA-98**.

*mere existence of a dispute about the amount of compensation does not render the expropriation unlawful*⁵¹⁸.

*It appears also that the requirement of good faith should be given an important role in deciding on the lawfulness of expropriation. If on the facts of the particular case, a tribunal establishes that a State has made good faith efforts to comply with its obligation to pay compensation, it should not be held to be in violation of the compensation requirement. For example, a good faith offering of, or provision for, compensation (even if not in sufficient amount, as long as not manifestly unreasonable) should render the expropriation lawful*⁵¹⁹.

384. En el caso *Amoco*, el tribunal Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos tomó en consideración los pasos dados por la comisión especial para determinar una compensación, como fundamento para concluir que la anulación de los contratos no era una expropiación sin compensación en violación del tratado aplicable:

*In practice, the Special Commission instituted negotiations with the companies party to the nullified contracts, in order to arrive at settlement agreements. Furthermore, in case of failure of the negotiations, the interested companies were entitled to have recourse to the procedures of settlement provided for in the contracts, usually by international arbitration. A number of settlement agreements were in fact executed and, in a few cases, arbitration procedures took place. In view of these facts, the Tribunal deems that the provisions of the Single Article Act for compensation were neither in violation of the Treaty nor, indeed, in violation of rules of customary international law*⁵²⁰.

385. En el presente caso, el Tribunal Arbitral deberá concluir de la misma forma. Bolivia ha previsto el pago de la compensación en el Decreto de Reversión y ha contratado expertos independientes para realizar el cálculo del justo valor de mercado de las inversiones realizadas por CMMK⁵²¹. Además, el monto de compensación es ahora objeto de discusión en el presente arbitraje, donde se debatirá, con la participación de expertos económicos, el justo valor de mercado de las inversiones realizadas por CMMK. En ese contexto, la Reversión no puede ser considerada como una medida contraria al Tratado por falta de compensación.

⁵¹⁸ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, 2009, párrs. 3.46 y 3.48 (el resaltado es nuestro), **RLA-102**.

⁵¹⁹ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, págs. 68-69, **RLA-103**.

⁵²⁰ *Amoco Internacional Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos No. 56, laudo parcial del 14 de julio de 1987, párr. 138, **CLA-29**.

⁵²¹ Ver Sección 3.7 *supra*.

386. SAS, no obstante, pretende establecer que Bolivia ha incumplido su obligación bajo el Tratado al no haber pagado una indemnización “*sin demora*” o “*pronta*”.

387. Sin embargo, ni el Tratado ni el derecho internacional definen los términos “*sin demora*” o “*pronta*”; tampoco fijan un plazo determinado para la realización de la valuación y el pago de la compensación correspondiente. La doctrina afirma que:

*[T]he requirement of “prompt” compensation does not require that compensation be paid in advance but within a reasonable period of time after the taking. Vague assurances at the time of the taking of property to the effect that compensation will be paid in the future are insufficient if action is not taken within a reasonable time thereafter to grant that compensation*⁵²².

388. Las escasas decisiones sobre este punto muestran que se ha considerado que un plazo es irrazonablemente largo cuando, por ejemplo, la compensación ha tardado 12 años⁵²³.

389. La doctrina y jurisprudencia que cita SAS en apoyo de su tesis no sustentan su afirmación según la cual Bolivia ha incumplido su deber de indemnizar. SAS se apoya en:

- Una cita del Dr. Ripinsky que afirma que “*la falta de pago de cualquier compensación por una extensión de tiempo no razonable no puede ser vista como comportamiento legal ya que ello menoscabaría todo el régimen del derecho nacional sobre expropiación*”⁵²⁴. Ni el Dr. Ripinsky ni SAS explican qué es “*una extensión de tiempo no razonable*”;
- Una cita del caso de las Demandas de las Navieras Noruegas, en el que el tribunal hizo referencia al “*derecho de los demandantes a recibir compensación completa e inmediata [...] a más tardar el día de la toma*

⁵²² L. B. Sohn y R. R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 American Journal of International Law, 1961, p. 558 (el resaltado es nuestro), **RLA-104**.

⁵²³ *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. La República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/05/15, laudo del 1 de junio de 2009, párr. 435 (“[e]ven the most charitable of impartial observers would not, in the Tribunal’s view, contend that a 12-year delay (at the least) was ‘prompt’”), **CLA-44**.

⁵²⁴ Demanda, párr. 133, con cita a **CLA-31**. Bolivia nota que el documento presentado por SAS no contiene la cita del Sr. Ripinsky, que se encuentra en la pág. 68 de su obra (SAS ha aportado las págs. 148-161 y 397).

efectiva”⁵²⁵. SAS pretende la aplicación de un criterio (indemnización antes de la Reversión) que no viene fijado por el Tratado; y

- Una cita del caso Goldenberg, que indica que se debe efectuar “*un pago justo por la propiedad expropiada o requisada lo más rápido posible*”⁵²⁶. Ni el árbitro único en el caso Goldenberg ni SAS explican qué es “*lo más rápido posible*”.

6.1.3.2 *El método de valuación previsto en el Decreto de Reversión es el apropiado para compensar la reversión de las Concesiones Mineras*

390. SAS cuestiona que el método de valuación de la compensación previsto en el Decreto de Reversión sea el acorde para determinar el valor de mercado de sus alegadas inversiones⁵²⁷.

391. Nos remitimos a la explicación detallada que realizamos en la sección 7.3 del método de valuación que corresponde aplicar para calcular el valor de mercado de las inversiones de CMMK. No obstante, cabe destacar en este punto que, tomando en consideración el estado preliminar en el que se encontraban las prospecciones en Mallku Khota, el método que debe ser utilizado para calcular el valor de mercado debe ser el “*cost-based approach*”.

6.1.3.3 *La ausencia de indemnización, por sí sola, no hace de la Reversión un acto ilícito*

392. SAS concluye su alegato relativo a la ausencia de compensación con una grave afirmación: “*Bolivia nunca pagó ni ofreció compensación alguna a South American Silver, circunstancia suficiente en sí misma para transformar a la expropiación por parte de Bolivia del Proyecto Mallku Khota en un acto ilícito de acuerdo al Tratado y al derecho internacional*”⁵²⁸.

393. Contrariamente a lo que alega SAS, ni el Tratado ni el derecho internacional condicionan la legalidad de una expropiación al pago de una indemnización.

⁵²⁵ Demanda, párr. 134, con cita a **CLA-32**.

⁵²⁶ *Id.*

⁵²⁷ *Id.*, párrs. 135-138.

⁵²⁸ *Id.*, párr. 138.

394. El laudo en el caso *Exxon Mobil c. Venezuela* confirma que la posición defendida por Bolivia es la predominante en derecho internacional. El laudo indica que:

*[E]l mero hecho de que un inversor no haya recibido compensación no convierte en sí mismo a una expropiación en ilegal. Pudo haberse realizado una oferta de compensación al inversor y, en tal caso, la legalidad de la expropiación dependerá de los términos de esa oferta. Para decidir si una expropiación fue ilegal o no ante la ausencia del pago de una compensación, un tribunal debe considerar los hechos del caso*⁵²⁹.

395. Asimismo, el reciente laudo *Tidewater* confirma que la falta de pago no convierte *per se* una expropiación en ilícita. Al igual que SAS, *Tidewater* sostuvo que la falta de pago hacía ilegal la expropiación de su inversión⁵³⁰. El tribunal concluyó que:

*The [World Bank] Guidelines thus reinforce the conclusion of the Tribunal that an expropriation wanting only a determination of compensation by an international tribunal is not to be treated as an illegal expropriation. They prescribe a standard for compensation that is identical to that required under Article 5 of the BIT in the present case and then provide that the amount of such compensation will be acceptable if determined 'by a tribunal ... designated by the Parties.' It follows that such a tribunal must have an opportunity to make its determination as to compensation. Where such a tribunal has done so (and assuming that the other conditions are met) the expropriation will not be illegal*⁵³¹.

396. De los laudos *Exxon Mobil* y *Tidewater* se pueden extraer dos importantes conclusiones:

397. En *primer lugar*, la falta de indemnización no convierte la expropiación en una privación ilícita *per se* (*per se illegal dispossession*), con independencia del tiempo que haya pasado desde la expropiación. *Exxon Mobil c. Venezuela* recoge así la evolución de una línea doctrinal y jurisprudencial que ha sido aplicada por numerosos tribunales internacionales⁵³². El tribunal *Tidewater c. Venezuela*, por su parte, confirma que este análisis implicaría que todas las expropiaciones debatidas

⁵²⁹ *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 301, **RLA-105**.

⁵³⁰ *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párr. 44 (“*Claimants thus begin by submitting that the mere failure of Respondent to pay compensation in accordance with the BIT renders the expropriation unlawful*”), **RLA-106**.

⁵³¹ *Id.*, párr. 140.

⁵³² *Former King of Greece y otros c. Grecia*, caso CEDH No. 25701/94, Gran Sala, sentencia sobre satisfacción equitativa del 28 de noviembre de 2002, párr. 78, **RLA-107**.

en arbitraje sean ilícitas, lo que despojaría de sentido útil la distinción lícita e ilícita de los tratados modernos⁵³³.

398. En los casos en los que el único incumplimiento del Estado es no haber pagado la compensación debida, los tribunales internacionales, al determinar el resarcimiento adecuado, fijan como compensación el valor de lo expropiado a la fecha en que tuvo lugar la expropiación, más intereses⁵³⁴. Son los intereses los que compensan al inversionista por la demora en el pago.
399. En *segundo lugar*, la licitud (o ilicitud) de una expropiación en la que no ha habido compensación debe determinarse tomando en consideración los hechos.
400. El tribunal arbitral en *Exxon Mobil c. Venezuela* determinó que las propuestas realizadas por Venezuela durante unas negociaciones contemporáneas a la reversión bastan para entender cumplido el requisito de compensación justa exigido por el tratado aplicable – y, por tanto, para concluir que la expropiación no fue ilícita⁵³⁵. El tribunal *Tidewater* confirmó esta posición⁵³⁶.
401. En nuestro caso, el Decreto de Reversión preveía el pago de una indemnización. Las Partes mantuvieron negociaciones antes y después de la Reversión. Dichas negociaciones son una clara muestra de la voluntad de Bolivia de cumplir con su obligación de indemnizar, sin que SAS haya demostrado que las propuestas

⁵³³ *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párr. 138 (“Such an approach thus would make a detailed and elaborate element of the expropriation provision in modern BITs, including the provisions of Article 5 of the Venezuela- Barbados BIT, effectively nugatory”), **RLA-106**.

⁵³⁴ Ver, por ejemplo, *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, **RLA-29**; *Former King of Greece y otros c. Grecia*, caso CEDH No. 25701/94, Gran Sala, sentencia sobre satisfacción equitativa del 28 de noviembre de 2002, **RLA-107**; *Scordino c. Italia (No. 1)*, caso CEDH No. 36813/97, Gran Sala, sentencia del 29 de marzo de 2006, **RLA-108**; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI No. ARB/96/1, laudo del 17 de febrero de 2000, **CLA-87**; *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbawe*, caso CIADI No. ARB/05/6, laudo del 22 de abril de 2009, **CLA-34**; *Börekçiogullari (Çökmez) y otros c. Turquía*, caso CEDH No. 58650/00, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2006, **RLA-109**. La única excepción es *Marion Unglaube c. República de Costa Rica*, casos CIADI Nos. ARB/08/1 y ARB/09/20, laudo del 16 de mayo de 2012, **RLA-110**, en el contexto particular de una valuación de tierra y en un asunto que ya carecía de vigencia.

⁵³⁵ *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 305, **RLA-105**.

⁵³⁶ *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párr. 124, **RLA-106**.

realizadas por Bolivia fueran incompatibles con los requisitos establecidos en el Tratado o las negociaciones se hayan llevado de mala fe.

402. Es más, en la presente disputa, los hechos que demuestran la voluntad de Bolivia de compensar a CMMK son aún más palmarios que en *Exxon Mobil y Tidewater*. Mientras que Venezuela no previó una compensación en su decreto de nacionalización⁵³⁷, Bolivia no sólo previó una compensación, sino que realizó los trámites necesarios para contratar a una empresa independiente que se encargara de la valuación de las inversiones realizadas por CMMK. El tribunal *Tidewater* confirmó que una oferta de compensar en la ley expropiatoria bastaba para cumplir el requisito de expropiación lícita⁵³⁸.
403. Bolivia aporta, por tanto, tres hechos que deben ser tenidos en cuenta por el Tribunal Arbitral para determinar la licitud de la Reversión: (i) la previsión de una compensación en el Decreto de Reversión, (ii) las negociaciones entre Bolivia y SAS para alcanzar un acuerdo, tanto antes como después de la Reversión, y (iii) la adjudicación de la valuación de las inversiones de CMMK a una empresa independiente.
404. SAS, en cambio, no aporta hechos o argumentos jurídicos que pongan en duda la licitud de la expropiación, sino que limita su defensa a alegar que la Reversión fue ilícita tan solo porque no ha recibido compensación.

6.2 Bolivia dio un trato justo y equitativo a la inversión de CMMK

405. El artículo II (2) del Tratado establece que “[a] *las inversiones de capital de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante se les concederá en cada ocasión un trato justo y equitativo [...]*”⁵³⁹.
406. Como se demostrará a continuación, Bolivia respetó en todo momento esta obligación. Al respecto, el hecho de que SAS no haya instruido a sus expertos a realizar un cálculo de los daños supuestamente causados por la violación de esta obligación es sintomático de la poca credibilidad de su reclamo.

⁵³⁷ *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 302, **RLA-105**.

⁵³⁸ *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párrs. 143-144, **RLA-106**.

⁵³⁹ Tratado, artículo II (2), **C-1**.

407. El estándar de “trato justo y equitativo” recogido en el Tratado otorga al inversionista las protecciones otorgadas por el derecho internacional – nada más. SAS alega que, al establecer el estándar de “trato justo y equitativo”, el Tratado obliga a Bolivia a (i) proteger las legítimas expectativas de SAS, (ii) actuar de buena fe, y (iii) actuar de manera predecible y transparente.
408. Bolivia demostrará en esta sección que CMMK podía esperar que Bolivia, en cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales, protegiera sus recursos naturales y las Comunidades Originarias (6.2.1). De igual modo, Bolivia probará que actuó de buena fe – aunque no estuviera obligada a hacerlo – (6.2.2) y de manera predecible y transparente (6.2.3).

6.2.1 CMMK podía legítimamente esperar que Bolivia proteja sus recursos naturales y las Comunidades Originarias de conformidad con sus obligaciones nacionales e internacionales

409. Bolivia está de acuerdo con SAS en que las legítimas expectativas del inversor forman parte del estándar de trato justo y equitativo. Asimismo, Bolivia está de acuerdo en que el respeto a las legítimas expectativas de un inversor debe ir de la mano de la estabilidad del marco legal en el Estado receptor de la inversión⁵⁴⁰.
410. Sin embargo, Bolivia discrepa de la relevancia que SAS otorga a sus expectativas para medir el cumplimiento de Bolivia con este estándar. Contrariamente a lo que pretende SAS, el incumplimiento de Bolivia de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a un inversionista no puede tener su único fundamento en las expectativas que “[SAS] se formó”⁵⁴¹.
411. De hecho, la decisión en la que se apoya SAS al analizar este estándar (*Tecmed c. México*) fue criticada por el comité *ad hoc* en el caso *MTD y otros c. Chile*, por haber otorgado una importancia excesiva a las expectativas del inversionista. El comité *ad hoc*, alineándose con el Profesor Paulsson y Sir Watts (expertos de la Demandada en ese caso), señaló que:

[E]n TECMED la aparente confianza del Tribunal en las expectativas del inversionista extranjero como la fuente de las obligaciones del Estado receptor (tal como la obligación de indemnizar por expropiación) es cuestionable. En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los

⁵⁴⁰ Demanda, párr. 148.

⁵⁴¹ *Id.*, párr. 153.

*inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar*⁵⁴².

412. Además de no depender de las expectativas que se forme el inversionista, el estándar de trato justo y equitativo no garantiza la inmutabilidad del marco jurídico y regulatorio aplicable a la inversión ni tampoco impide al Estado legislar y asegurar la aplicación y cumplimiento de sus leyes en su territorio. El inversor carece de “expectativa legítima” de que el Estado no va a cumplir su rol y asegurar el cumplimiento de su legislación interna. Además, el Estado puede realizar cambios en su sistema legal siempre y cuando dichos cambios “*remain[] within the boundaries of normal adjustments customary in the host state and accepted in other states*”⁵⁴³.
413. Bolivia tampoco está de acuerdo con SAS en el modo en que ésta pretende aplicar el estándar a los hechos.
414. SAS alega que, “*al invertir en el Proyecto Minero Mallku Khota*”, se formó legítimas expectativas basadas (i) en el marco legal de Bolivia y (ii) “*en las repetidas expresiones de apoyo del Gobierno*”⁵⁴⁴. Según SAS, Bolivia “*menoscab[ó] deliberadamente el ejercicio por parte de [SAS] de los derechos de CMMK sobre las Concesiones Mineras y finalmente nacionaliz[ó] estas concesiones sin ofrecer o pagar forma de compensación alguna*”, dejando así “*de proteger las legítimas expectativas de [SAS] y de garantizar la existencia de un marco legal y comercial estable en relación a las inversiones de [SAS]*”⁵⁴⁵.
415. La alegación de SAS es muy vaga. SAS no explica cuáles eran sus legítimas expectativas cuando CMMK invirtió en Mallku Khota ni sobre qué base se creó esas expectativas. SAS tampoco explica cómo la decisión de revertir las Concesiones Mineras podría haber supuesto un alejamiento por parte de Bolivia del marco legal en el que CMMK habría confiado al invertir en Mallku Khota.

⁵⁴² *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, caso CIADI No. ARB/01/7, decisión de anulación adoptada por el comité *ad hoc* el 21 de marzo de 2007, párr. 67, **RLA-111**.

⁵⁴³ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2° ed., 2012, pág. 105, **RLA-112**.

⁵⁴⁴ Demanda, párr. 153.

⁵⁴⁵ *Id.*

416. Ante la insuficiencia explicativa de SAS, su acusación puede entenderse de dos modos: o bien que Bolivia habría modificado su marco legal entre el momento en el que SAS alega haber invertido y la fecha de la reversión, o bien que Bolivia se habría alejado de lo dispuesto en su marco legal al tomar la decisión de revertir las Concesiones Mineras.
417. Bolivia demostrará que nunca se comprometió con SAS a no modificar su marco legal relevante (6.2.1.1). Bolivia probará que, en todo caso, el marco legal que SAS debió conocer a la fecha en que CMMK se interesó en Mallku Khota no sufrió variaciones sustanciales (6.2.1.2). Por último, Bolivia demostrará que se limitó a legislar y hacer cumplir la ley en su territorio, lo que en modo alguno viola las legítimas expectativas de CMMK (6.2.1.3).

6.2.1.1 *Bolivia no se comprometió con SAS a no modificar su marco legal aplicable*

418. Para que las legítimas expectativas de un inversionista sean violadas por la modificación del marco jurídico aplicable a su inversión, es necesario que el Estado se haya comprometido con el inversionista a no modificar dicho marco.

419. Así lo han reconocido, entre otros tribunales, el del caso *Parkerings c. Lituania*:

It is each State's undeniable right and privilege to exercise its sovereign legislative power. A State has the right to enact, modify or cancel a law at its own discretion. Save for the existence of an agreement, in the form of a stabilisation clause or otherwise, there is nothing objectionable about the amendment brought to the regulatory framework existing at the time an investor made its investment. As a matter of fact, any businessman or investor knows that laws will evolve over time. What is prohibited however is for a State to act unfairly, unreasonably or inequitably in the exercise of its legislative power⁵⁴⁶.

420. En la misma línea, Dolzer y Schreuer afirman que “[u]ndertakings and representations made explicitly or implicitly by the host state are the strongest basis for legitimate expectations”⁵⁴⁷, y cita numerosas decisiones para sustentar que “[p]articularly important in the creation of legitimate expectations are specific

⁵⁴⁶ *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, laudo del 11 de septiembre de 2007 (el resaltado es nuestro), **RLA-113**.

⁵⁴⁷ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2^o ed., 2012, pág.145, **RLA-112**.

*assurances and representations made by the host state in order to induce investors to make investments*⁵⁴⁸.

421. Sin embargo, SAS no aporta ninguna prueba de que Bolivia se hubiera comprometido a no modificar las normas que podían afectar a las Concesiones Mineras, mucho menos de que Bolivia hubiese aceptado incumplir con sus obligaciones domésticas e internacionales de proteger los derechos de las comunidades indígenas y la paz en su territorio.

6.2.1.2 *Cuando CMMK se interesó en Mallku Khota, el marco legal de Bolivia era muy similar al existente a la fecha de la Reversión*

422. SAS no ha demostrado que el marco legal vigente en Bolivia al iniciar CMMK el Proyecto de Mallku Khota sufriera cambios “[that would not] *remain[] within the boundaries of normal adjustments customary in the host state and accepted in other states*”⁵⁴⁹.

423. De hecho, en 2003, cuando CMMK empezó a mostrar interés en Mallku Khota, el marco legal boliviano contemplaba la protección de los derechos de las comunidades indígenas, al menos, a través de la CADH y el Convenio 169 de la OIT⁵⁵⁰.

424. Siguiendo esa línea, antes de que CMMK realizara inversiones de capital en Mallku Khota, Bolivia había confirmado la relevancia de la protección de los derechos de las comunidades indígenas con el nuevo texto de la Constitución de 2009 y con la incorporación al ordenamiento jurídico boliviano de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – Declaración que no podría haber incorporado con anterioridad, pues es del 2007⁵⁵¹.

425. El respeto de los derechos de las comunidades indígenas fue uno de los factores claves que Bolivia tuvo que ponderar a la hora de tomar su decisión de revertir las

⁵⁴⁸ *Id.*, pág. 149. El autor cita los casos *Kardassopoulos c. Georgia*, *Parkerings c. Lituania*, *Sempra c. Argentina*, *OKO Pankki c. Estonia*, *Duke Energy c. Ecuador*, *Continental Casualty c. Argentina* y *Total c. Argentina*.

⁵⁴⁹ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2º ed., 2012, pág. 105, **RLA-112**.

⁵⁵⁰ *Ver* sección 4.3 *supra*.

⁵⁵¹ *Id.*

Concesiones Mineras. CMMK conocía (o debía conocer) la existencia de dichos derechos y estaba, por tanto, en disposición de prever que el Estado velaría por su estricto cumplimiento.

426. Por otro lado, CMMK conocía (o debía conocer) la importancia que el sistema normativo boliviano atribuye tradicionalmente a sus recursos naturales. El Código Minero de 1997 vigente en los años en que CMMK estuvo en Mallku Khota establecía que “*las actividades mineras son proyectos de interés nacional, se rigen por las normas del presente Código, tienen carácter de utilidad pública cuando constituyen parte integrada del proceso de producción del concesionario u operador minero*”⁵⁵². Bolivia dio reconocimiento constitucional a dicho principio al establecer en la Nueva Constitución Política del Estado que “[l]as actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales no renovables tendrán el carácter de necesidad estatal y utilidad pública”⁵⁵³.
427. La importancia del conocimiento por parte del inversionista del contexto del Estado en el que decide realizar su inversión ha sido destacada, entre otros, por los tribunales en *Methanex c. Estados Unidos*⁵⁵⁴ y en *Generation Ukraine c. Ucrania*⁵⁵⁵. CMMK debió en todo momento prever que operaba en un área geográfica, social, cultural y económica que exige de Bolivia particular vigilancia y que hacía

⁵⁵² Código Minero de 1997, artículo 24, **C-30**.

⁵⁵³ Nueva Constitución Política del Estado del 7 de febrero de 2009, artículo 356, **RLA-3**.

⁵⁵⁴ *Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, 3 de agosto de 2005, caso CNUDMI/TLCAN, laudo final sobre jurisdicción y fondo del 3 de agosto de 2005, parte IV, capítulo D, artículo 1110, párrs. 8-10 (“[A] *political economy in which it was widely known, if not notorious, the governmental environmental and health protection institutions that the federal and state level, operating under the vigilant eyes of the media, interested corporations, non-governmental organizations and a politically active electorate, continuously monitored the use and impact of chemical compounds commonly prohibited or restricted the use of some of those compounds for environmental and/or health reasons*”), **RLA-114**.

⁵⁵⁵ *Generation Ukraine c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/00/9, laudo del 16 de septiembre de 2003, párr. 20.37 (“*The Claimant was attracted to the Ukraine because of the possibility of earning a rate of return on its capital in significant excess to the other investment opportunities in more developed economies. The Claimant thus invested in the Ukraine on notice of both the prospects and the potential pitfalls. Its investment was speculative [...] The Claimant had undoubtedly experienced frustration and delay caused by bureaucratic incompetence and recalcitrance in various forms. But equally, the Claimant had managed to secure a 49-year leasehold over prime commercial property in the centre of Kyiv without having participated in a competitive tender and without having made any substantial payment to the Ukrainian authorities*”), **RLA-115**.

previsible la revocación de las Concesiones Mineras ante una alteración grave de las condiciones existentes.

6.2.1.3 *Bolivia se limitó a legislar y hacer cumplir la ley en su territorio*

428. Como ha quedado demostrado, Bolivia se vio obligada a revertir la concesión minera de Mallku Khota para poner fin a los insostenibles conflictos auspiciados por CMMK.

429. Bolivia tomó dicha decisión en respeto, entre otras, de las normas bolivianas que regulan los derechos de las Comunidades Originarias. Es decir, Bolivia se limitó a aplicar unas normas que existían en Bolivia desde el inicio de la inversión de CMMK en Mallku Khota.

430. Esta aplicación fue, además, en línea con la marcada política de respeto a un elemento clave de la identidad boliviana que el Gobierno del Presidente Evo Morales estaba llevando a cabo desde el año 2006. Por tanto, CMMK era plenamente consciente de que, si no respetaba las Comunidades Originarias, el Gobierno de Bolivia actuaría en consecuencia.

431. La relevancia del respeto a los derechos de las comunidades indígenas ha sido tratada escasamente por los tribunales arbitrales internacionales, pues no han sido muchos los arbitrajes internacionales en los que estas comunidades – y/o sus derechos – han estado implicadas. *Grand River c. Estados Unidos de América* es seguramente el caso en el que un tribunal arbitral realizó más consideraciones sobre esta cuestión. Dicho tribunal reconoció los “*significant and constructive roles treaties may have in securing the rights of indigenous peoples*”, así como los “*strong international policy and standards articulated in numerous written instruments and interpretive decisions that favor state action to promote such rights and interests of indigenous peoples*”⁵⁵⁶. De igual modo, el tribunal señaló que “*there does exist a principle of customary international law requiring governmental authorities to consult indigenous peoples on governmental policies or actions significantly affecting them*”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. y otros c. Estados Unidos de América*, caso CNUDMI/TLCAN, laudo del 12 de enero de 2011, párrs. 143 y 186, **RLA-116**.

⁵⁵⁷ *Id.*, párr. 210.

432. La actuación de Bolivia al revertir las Concesiones Mineras fue irreprochable desde el punto de vista del Tratado y el derecho internacional. El Estado tiene la potestad de legislar y la obligación de asegurar la aplicación y el cumplimiento de sus leyes en su territorio. El inversor carece de una “legítima expectativa” de que el Estado no vaya a cumplir su rol de asegurar el cumplimiento de su legalidad interna. Esto equivaldría a negar las prerrogativas soberanas del Estado, lo que claramente es inadmisibile.
433. Así lo han entendido los tribunales arbitrales. Por ejemplo, en el caso *Genin*, las demandantes, principales accionistas del EIB – *Estonian Innovation Bank*, alegaban que la revocación por el Banco de Estonia de la licencia para operar de EIB constituía un trato injusto e inequitativo. El tribunal desestimó el reclamo porque, pese a que el estándar de trato justo y equitativo es independiente del derecho interno, dicho estándar no es violado si las actuaciones del Estado son justificadas bajo su derecho y no caracterizan “*a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith*”:

In sum, the Tribunal finds that the Bank of Estonia acted within its statutory discretion when it took the steps that it did, for the reasons that it did, to revoke EIB’s license. Its ultimate decision cannot be said to have been arbitrary or discriminatory against the foreign investors in the sense in which those words are used in the BIT. [...]

Article II(3)(a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a “fair and equitable” way. Under international law, this requirement is generally understood to “provide a basic and general standard which is detached from the host State’s domestic law”. While the exact content of this standard is not clear, the Tribunal understands it to require an “international minimum standard” that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith. Under the present circumstances—where ample grounds existed for the action taken by the Bank of Estonia—Respondent cannot be held to have violated Article II(3)(a) of the BIT⁵⁵⁸.

434. SAS no prueba que la conducta de Bolivia presente ninguna de las circunstancias extraordinarias mencionadas por el tribunal *Genin*. Lo que está pidiendo SAS al Tribunal Arbitral es que Bolivia sea condenada bajo el Tratado y el derecho internacional por haber, concretamente, hecho cumplir:

⁵⁵⁸ *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. Estonia*, caso CIADI No. ARB/99/2, laudo del 25 de junio de 2001, párrs. 363 y 367, **RLA-117**.

- La Constitución;
- La CADH;
- El Convenio 169;
- La Declaración;
- El Código Minero de 1997;
- La Ley No. 3720 de 31 del julio de 2007⁵⁵⁹;
- La Ley No. 3787 de 24 de noviembre de 2007⁵⁶⁰;
- El Decreto Supremo No. 29117 del 1 de mayo de 2007⁵⁶¹;
- El Decreto Supremo No. 29894 del 7 de febrero de 2009⁵⁶²;
- El Decreto Supremo No. 726 del 6 de diciembre de 2010⁵⁶³; y
- El Decreto Supremo No. 1308 del 1 de agosto de 2012⁵⁶⁴.

435. En definitiva, Bolivia está legitimada bajo el Tratado y el derecho internacional, para ejercer sus prerrogativas soberanas de legislar y asegurar el cumplimiento de sus leyes en su territorio. La Reversión, realizada en ejercicio de dichas prerrogativas, no puede constituir una violación del trato justo y equitativo bajo el Tratado.

6.2.2 Bolivia actuó de buena fe

436. SAS alega que Bolivia no actuó de buena fe, pues:

- i. Menoscabó los derechos de SAS;
- ii. *“Decidi[ó], negoci[ó] y finalmente formaliz[ó] la revocación de las concesiones mineras de CMMK por razones diferentes que aquellas señaladas oficialmente y mientras se mantenía a CMMK fuera del proceso de forma deliberada”;*

⁵⁵⁹ Ley No. 3720 del 31 de julio de 2007, **RLA-118**.

⁵⁶⁰ Ley No. 3787 del 24 de noviembre de 2007, **RLA-119**.

⁵⁶¹ Decreto Supremo No. 29117 del 1 de mayo de 2007, **RLA-120**.

⁵⁶² Decreto Supremo No. 29894 del 7 de febrero de 2009, **RLA-121**.

⁵⁶³ Decreto Supremo No. 726 del 6 de diciembre de 2010, **RLA-122**.

⁵⁶⁴ Decreto de Reversión, **C-4**.

- iii. “No defini[ó] ni aplic[ó] las disposiciones de la Constitución y ley minera de Bolivia de forma transparente y consistente”; y
- iv. “No cumpli[ó] con su compromiso de ofrecer una compensación a CMMK tras la expropiación”⁵⁶⁵.
437. A pesar de que la carga de la prueba recae sobre SAS, ésta no prueba ninguna de sus acusaciones, ni explica por qué el comportamiento de Bolivia sería contrario al estándar de buena fe según ha sido aplicado en derecho internacional.
438. La acusación de SAS es grave, pues atribuye a Bolivia la voluntad de perjudicar a un inversionista. Bolivia no puede sino expresar su rechazo ante semejante acusación.
439. Contrariamente a lo alegado por SAS, Bolivia sí actuó de buena fe al revertir las Concesiones Mineras.
440. En *primer lugar*, Bolivia no menoscabó los derechos de SAS. El marco legal de Bolivia habría permitido a Bolivia revocar las Concesiones Mineras mucho antes de agosto de 2012. Sin embargo, como ha quedado demostrado, Bolivia hizo sus mejores esfuerzos para que las Comunidades Originarias y CMMK acordaran que el Proyecto siguiera adelante con la participación de CMMK. Una vez la situación en el área de Mallku Khota se volvió insostenible por culpa de la actitud de CMMK, Bolivia se vio obligada a revertir las Concesiones Mineras para proteger los derechos de sus ciudadanos y pacificar la zona. Si CMMK sufrió un perjuicio por la reversión, (i) fue como consecuencia de su propio mal hacer y (ii) no fue atribuible a una voluntad por parte de Bolivia de perjudicarla.
441. En *segundo lugar*, Bolivia no decidió, negoció y formalizó la revocación de las Concesiones Mineras por razones diferentes a las señaladas oficialmente, ni mantuvo a CMMK fuera del proceso de forma deliberada. Las múltiples omisiones en el relato de SAS son las que le permiten afirmar, sin sustento, que “*la decisión del Gobierno [...] no fue motivada principalmente por las consideraciones de seguridad pública*”⁵⁶⁶ sino que obedecía a una “*campana deliberada para obligar a South American Silver a Abandonar el Proyecto*”⁵⁶⁷. Al contrario, como ha quedado

⁵⁶⁵ Demanda, párr. 154.

⁵⁶⁶ *Id.*, párr. 98.

⁵⁶⁷ *Id.*, párr. 88.

demostrado, Bolivia fue muy clara al señalar que la causa que justificaba la Reversión era la situación de conflicto generada por CMMK en el área de Mallku Khota. Bolivia se ve en la obligación de corregir las múltiples imprecisiones que sustentan estas afirmaciones.

442. Primero, SAS afirma que el Estado había premeditado desde el 2011 la Reversión⁵⁶⁸. Esto no es cierto. El Estado, si bien tuvo que considerar en el pasado peticiones de Comunidades Originarias que solicitaban “no permitir nunca más el ingreso de empresas mineras bajo ninguna circunstancia”⁵⁶⁹, siempre mantuvo el apoyo a la Compañía. Sorprende el talante de las afirmaciones de SAS, incluso cuando CMMK intentó puentear a la Gobernación⁵⁷⁰ y mostrar a altos funcionarios del Estado (con COTOA-6A) la apariencia de un apoyo unánime al Proyecto⁵⁷¹. Pretender que esta situación se extendiera más allá de la pérdida de vidas humanas es, sencillamente, un despropósito.

443. Tampoco es cierto, como aduce SAS, que la creación de la zona de inmovilización alrededor de las Concesiones (la “**Zona de Inmovilización**”) constituyó uno de los pasos tempranos del Estado para adueñarse del Proyecto⁵⁷². Por el contrario, la Zona de Inmovilización constituye una simple demarcación de un área cuya explotación le corresponde por ley a COMIBOL como de interés comercial. En efecto, todas las áreas del territorio nacional que no hayan sido otorgadas como concesiones mineras constituyen reserva fiscal, y en consecuencia, pueden y deben ser explotadas por la empresa estatal. Así lo demuestra la resolución administrativa por medio de la que se declaró la creación del Área de Inmovilización:

[E]l Decreto Supremo N° 29117 de 1 de mayo de 2007 refiere en su Artículo 1° “El presente Decreto Supremo tiene por objeto declarar Reserva Fiscal Minera a todo el territorio nacional, comprendiendo los recursos mineralógicos metálicos, no metálicos, evaporíticos, piedras preciosas, semipreciosas y salmueras, siendo el Estado, en ejercicio de su derecho propietario de la Reserva Fiscal, quien otorga a [COMIBOL] la facultad y potestad de su explotación y administración, salvándose los derechos pre constituidos sobre las áreas mineras otorgadas

⁵⁶⁸ *Id.*, párr. 91.

⁵⁶⁹ Carta del Ayllu Sullka Jilatikani al Presidente de la República del 1 de mayo de 2011, **R-60**.

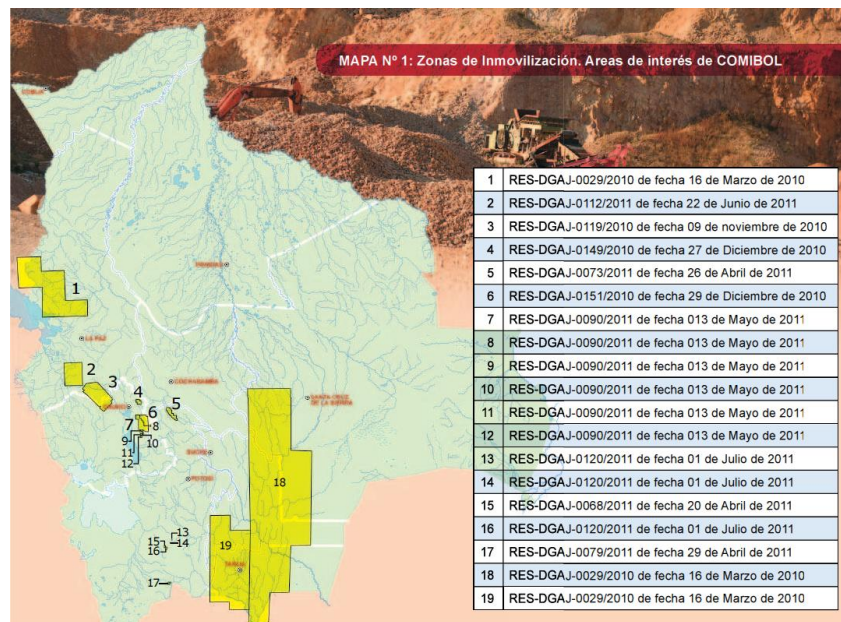
⁵⁷⁰ Gob. Gonzales, párr. 53, **RWS-1**.

⁵⁷¹ Gonzales Yutronic, párr.15, **CWS-4**.

⁵⁷² Demanda, párrs. 55 a 57.

anteriormente en concesión, que se encuentran bajo jurisdicción municipal”⁵⁷³.

444. Por ello, y dejando de lado el hecho de que su queja es caprichosa por referirse a un área diferente a la de las Concesiones, SAS malinterpreta la decisión de COMIBOL. Esta hace parte del cumplimiento de un cambio en la política que Bolivia venía implementando desde el año 2006. Antes de que CMMK iniciara sus actividades en la zona del Proyecto, el Estado había dictado normas por virtud de las cuales COMIBOL tendría las prerrogativas de explotación de todas las zonas del territorio nacional que no hubieran sido concesionadas. Esto es coherente con la decisión del Estado boliviano de no concebir a COMIBOL como una simple administradora de recursos provenientes de las regalías mineras, sino como una empresa estatal que intervendría activamente en el sector minero boliviano “*de manera competitiva y con eficacia en toda la cadena productiva tanto en áreas nuevas como concesiones no comprometidas*”⁵⁷⁴. La medida de establecer la Zona de Inmovilización – que SAS presenta como tomada en contra de CMMK– fue también adoptada en otras 18 zonas del territorio nacional:



Zonas de Inmovilización de COMIBOL⁵⁷⁵

⁵⁷³ Resolución de COMIBOL (DAJ-0073/2011) del 26 de abril de 2011, **R-119**.

⁵⁷⁴ Plan Nacional de Desarrollo para el período 2006-2010, pág. 106 (el resaltado es nuestro), **R-35**.

⁵⁷⁵ *La vigencia de la legislación neoliberal en minería*, Revista Petropress, pág. 24, **C-42**.

445. Por ende, la denominación de “zonas de inmovilización” no las convierte, como quiere hacer ver SAS al Tribunal Arbitral, en medidas arbitrarias. La Zona de Inmovilización fue (como las otras 18), una demarcación de áreas que, siendo ya de COMIBOL desde 2007, son de interés comercial para la empresa estatal.
446. Segundo, SAS ignora, porque le conviene, el hecho de que tanto en los acuerdos con las Comunidades Originarias como en el Decreto de Reversión, la violencia en la zona del Proyecto ocupa un lugar primordial como antecedente. En efecto, (i) el acta de entendimiento del 7 de julio de 2012 lista como primer punto del orden los desagrazos a los familiares del comunario fallecido⁵⁷⁶, (ii) el acuerdo suscrito entre las Autoridades Originarias y el Presidente de la República establece como presupuesto de cualquier actividad minera en la zona del Proyecto “*la convivencia pacífica, la paz social, el libre tránsito entre todas las comunidades, estantes y habitantes de la región*”⁵⁷⁷, y (iii) el Decreto de Reversión establece como fundamento las “*dificultades [que han] desembocado en los últimos meses en una escalada de conflictos sociales, poniendo en riesgo la vida de la población del lugar y del personal de la empresa*”⁵⁷⁸.
447. Lo sorprendente es que SAS insinúe que tales antecedentes son falsos o que eran un pretexto de un plan de acción oculto en contra de CMMK. SAS no menciona, sin embargo, que los graves incidentes acaecidos en la zona de Mallku Khota fueron ampliamente difundidos por la prensa nacional⁵⁷⁹, la cual no dudó en afirmar que las medidas adoptadas por el Estado “*permiten la pacificación de la zona*”⁵⁸⁰, ni en resaltar el “*conflicto desatado por la demanda de expulsión de la empresa canadiense*”⁵⁸¹.
448. En *tercer lugar*, Bolivia aplicó las disposiciones de la Constitución y la Ley minera de Bolivia de forma transparente y consistente. La acusación que sobre este punto

⁵⁷⁶ Acta de entendimiento del 7 de julio de 2012, **C-16**.

⁵⁷⁷ Acta de acuerdo del 19 de julio de 2012, **C-17**.

⁵⁷⁸ Decreto de Reversión, pág. 3, **C-4**.

⁵⁷⁹ Ver, por ejemplo, Noticias PAT, *1 muerto y 8 heridos tras enfrentamiento en Mallku Khota*, video, **R-96**.

⁵⁸⁰ Nota de prensa, Página Siete, *Definen que el Estado se hará cargo de la mina Malku Khota*, 11 de julio de 2011, **C-64**.

⁵⁸¹ Nota de prensa, La Razón, *Gobierno dice que tenía hace un año la intención de anular contrato con minera en Malku Khota* del 9 de julio de 2012, **C-64**.

realiza SAS es inmotivada e ininteligible. SAS no menciona qué preceptos de la Constitución o de la Ley minera boliviana no habría aplicado Bolivia de forma transparente e inconsistente. En todo caso, al revertir las Concesiones Mineras, Bolivia se limitó a aplicar su Constitución y sus leyes de manera consistente al modo en el que las había venido aplicando el Gobierno del Presidente Evo Morales desde su llegada al poder en 2006⁵⁸², siempre en línea con la normativa boliviana de las últimas décadas.

449. En *cuarto lugar*, Bolivia realizó los trámites necesarios para valuar la compensación que corresponde a CMMK y, de conformidad con el Decreto de Reversión, acabó contratando a una empresa independiente para que realizara la valuación. Bolivia, además, negoció y sigue negociando de buena fe con SAS.

6.2.3 Bolivia trató la inversión de CMMK de manera transparente y consistente

450. SAS alega que Bolivia no trató de manera transparente y consistente la inversión de CMMK basándose en las mismas acusaciones que emplea para alegar que Bolivia no actuó de buena fe⁵⁸³.

451. Bolivia ya ha rebatido esas acusaciones⁵⁸⁴. En este sentido, merece la pena volver sobre la afirmación que realiza SAS según la cual Bolivia no “*defini[ó] ni aplic[ó] las disposiciones de la Constitución y ley minera de Bolivia de forma transparente y consistente*”⁵⁸⁵. SAS, haciendo gala de la insuficiencia argumentativa que le acompaña a lo largo de toda su Demanda, no desarrolla lo más mínimo por qué Bolivia no habría definido ni aplicado las disposiciones de la Constitución y la Ley minera de forma transparente y consistente. SAS no desarrolla ese argumento ni identifica ejemplos sencillamente porque no los hay: Bolivia actuó en todo momento de manera transparente y consistente en la aplicación de sus normas – incluida la Constitución.

452. Bolivia no pudo ser más transparente en la gestión del conflicto auspiciado por CMMK en Mallku Khota.

⁵⁸² Ver sección 3.2, *supra*.

⁵⁸³ Demanda, párrs. 153-154.

⁵⁸⁴ Ver, sección 6.2.2, *supra*.

⁵⁸⁵ Demanda, párr. 154.

453. En *primer lugar*, Bolivia fue transparente al llevar a cabo una política que, en cumplimiento de normas nacionales e internacionales, consideraba la protección de los derechos de los indígenas como un pilar del Estado.
454. En *segundo lugar*, Bolivia fue transparente al hacer partícipe a CMMK de numerosas reuniones con el objetivo de alcanzar acuerdos que permitiesen a CMMK continuar con el desarrollo del Proyecto.

6.3 Los demás reclamos de SAS bajo el Tratado son infundados

455. Como se demostrará a continuación, Bolivia no incumplió sus obligaciones de otorgar protección plena y seguridad a las inversiones de SAS (**6.3.1**), de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de su inversión (**6.3.2**) y de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas (**6.3.2**).

6.3.1 El Estado cumplió su obligación de otorgar protección plena y seguridad a las inversiones de SAS

456. El Tratado establece que “*las inversiones de capital de nacionales o sociedades de cada Parte Contratante [...] gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante*”⁵⁸⁶.
457. SAS alega que Bolivia no otorgó plena protección y seguridad *física ni legal* a la inversión de SAS⁵⁸⁷.
458. En esta sección, Bolivia demostrará que, en cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Tratado, otorgó plena protección y seguridad física (**6.3.1.1**) y legal (**6.3.1.2**) a la inversión de SAS.

6.3.1.1 Bolivia otorgó protección plena y seguridad física a la inversión de SAS

459. SAS alega que Bolivia no otorgó plena protección y seguridad física a la inversión de CMMK al:
- a. No prestar protección o asistencia de relevancia a CMMK cuando fue solicitada su intervención;

⁵⁸⁶ Tratado, artículo II (2), C-1.

⁵⁸⁷ Demanda, párr. 156.

- b. “[A]lent[ar] a la oposición liderada por cooperativas y mineros ilegales en el área”; y
- c. “[O]torg[ar] inmunidad a los líderes de la oposición y autores de la violencia”⁵⁸⁸.
460. SAS no aporta prueba alguna que sustente sus graves acusaciones. Bolivia, por el contrario, ha demostrado que las acusaciones de SAS son falsas.
461. En primer lugar, Bolivia, en la medida de sus posibilidades, protegió la inversión de SAS hasta el mismo día de la Reversión.
462. SAS no identifica de qué modo Bolivia, “[a]l solicitarse su intervención”, “rehusó o no prestó protección o asistencia de relevancia alguna a [CMMK]”⁵⁸⁹. Tampoco invoca SAS haber sufrido algún tipo de daño como consecuencia de la alegada falta de protección por parte de Bolivia.
463. Bolivia ya ha demostrado que hizo todo lo posible para evitar que el conflicto creado por CMMK en el área de Mallku Khota se agravara. Frente a cada paso temerario y provocador de CMMK, Bolivia reaccionó con el ánimo de mantener la concordia en la zona. Primero, a través del diálogo directo de la Gobernación con las partes involucradas; después, con las reuniones de mediación. Una vez el conflicto se agravó, Bolivia puso los medios que tenía a su disposición para evitar que la situación de violencia se descontrolara, enviando a Mallku Khota no sólo a policías sino también a funcionarios de primer rango (el Gobernador de Potosí, el Minsitro de Trabajo y el Ministro de Minas, entre otros) para ayudar a la solución del conflicto. Como explica el Gobernador Gonzales, la Gobernación envió hasta 200 policías en los momentos más críticos⁵⁹⁰ La mediación de Bolivia en los conflictos sociales de Mallku Khota fue incluso resaltada positivamente por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ *Id.*

⁵⁸⁹ Demanda, párr. 156.

⁵⁹⁰ Gob. Gonzales, párr. 71, **RWS-1**.

⁵⁹¹ Informe Anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia para el 2012, párr. 6 (“*La Defensoría del Pueblo desempeñó un papel positivo en la mediación de algunos conflictos sociales, como en la marcha organizada por personas con discapacidad en enero y los incidentes violentos entre indígenas y policías ocurridos en julio en Mallku Khota (Potosí)*”), **R-97**.

464. SAS se excede al culpar a Bolivia de no haber intervenido en los lamentables hechos que acaecieron como consecuencia del mal hacer de CMMK. Bolivia tenía la obligación de proteger la inversión de CMMK, pero con ciertos límites.

465. Los profesores Dolzer y Schreuer establecen claramente que el estándar de protección y seguridad no otorga al inversionista protección absoluta contra las violaciones:

*There is a broad consensus that the standard does not provide absolute protection against physical or legal infringement. In terms of the law of state responsibility, the host state is not placed under an obligation of strict liability to prevent such violations. Rather, it is generally accepted that the host state will have to exercise 'due diligence' and will have to take such measures to protect the foreign investment as are reasonable under the circumstances*⁵⁹².

466. En efecto, los tribunales arbitrales internacionales han confirmado que existen límites a la labor protectora de los Estados y que la obligación de proteger es una obligación de medios, no de resultado.

467. Entre otros, el tribunal en *Tecmed c. México* indicó, apoyándose en decisiones precedentes, que “la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva”⁵⁹³.

468. Con base en unos hechos que guardan similitud con el caso que nos ocupa (medida gubernamental para pacificar un conflicto generado por un inversionista), la CIJ señaló en *Elettronica Sicula S.p.A.* lo que sigue:

*The reference [...] to the provision of “constant protection and security” cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed. The dismissal of some 800 workers could not reasonably be expected to pass without some protest*⁵⁹⁴.

469. El comportamiento de Bolivia no puede ser equiparado a comportamientos llevados a cabo por otros Estados en los pocos casos en que tribunales internacionales han declarado incumplido el estándar de protección. La voluntad de Bolivia por mediar en el conflicto entre CMMK y las Comunidades Originarias no puede ser

⁵⁹² R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2^o ed., 2012, pág. 161, **RLA-112**.

⁵⁹³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 177, **RLA-96**.

⁵⁹⁴ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 108, (el resaltado es nuestro), **RLA-17**.

comparada, por ejemplo, con la destrucción de la inversión por fuerzas de seguridad⁵⁹⁵ o con incidentes de saqueo por parte de fuerzas armadas⁵⁹⁶.

470. En *segundo lugar*, no es cierto que Bolivia alentara a la oposición al Proyecto o a “mineros ilegales” – como despectivamente se refiere SAS a comunidades indígenas con derechos históricos en el área de Mallku Khota. De hecho, Bolivia protegió a CMMK ante las reacciones de las Comunidades Originarias a las provocaciones de CMMK. Como Bolivia ha explicado, defendió a CMMK y, a través de reuniones de mediación y socialización, medió entre las distintas Comunidades Originarias y CMMK para alcanzar un acuerdo que satisficiera los intereses de todos los actores implicados en el área de Mallku Khota⁵⁹⁷. Es más, como quedó demostrado, los servidores públicos de Bolivia, como el Gobernador de Potosí, pusieron en peligro su propia seguridad física para intentar alcanzar un acuerdo con las Comunidades Originarias y pacificar el conflicto.

471. En *tercer lugar*, Bolivia no otorgó inmunidad a los líderes de la oposición. El Gobierno de Bolivia no tenía potestad para hacerlo, pues en Bolivia existe una división de poderes que jamás habría permitido al Gobierno interferir en el trabajo del Poder Judicial. Asimismo, el Gobierno tiene la obligación constitucional de respetar la justicia comunitaria. Como se demostró, siempre que hubo denuncias jurídicas de CMMK, las autoridades de investigación actuaron de conformidad con la ley.

6.3.1.2 *Bolivia otorgó protección plena y seguridad legal a la inversión de SAS*

472. SAS, tras vincular el estándar de protección plena y seguridad legal a la certeza y previsibilidad de las normas⁵⁹⁸, alega que Bolivia no otorgó seguridad legal a la inversión de CMMK al:

- i. Revocar las concesiones mineras; e
- ii. Intentar retirar los permisos ambientales correspondientes⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República Socialista de Sri Lanka*, caso CIADI No. ARB/87/3, laudo del 27 de junio de 1990, párrs. 45 y ss., **RLA-28**.

⁵⁹⁶ *American Manufacturing & Trading, Inc. c. República de Zaire*, caso CIADI No. ARB/93/1, laudo del 21 de febrero de 1997, párrs. 6.02 y ss., **RLA-123**.

⁵⁹⁷ *Ver*, sección 3.4, *supra*.

⁵⁹⁸ Demanda, párr. 155.

473. La acusación que formula SAS no se sostiene por tres motivos fundamentales.
474. *Primero*, Bolivia ha demostrado que ordenó la Reversión con base en las normas que resultan de aplicación en Bolivia, que son conformes con los estándares internacionales y que CMMK debía conocer⁶⁰⁰. Bolivia no tenía alternativa a la Reversión si quería cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales y, sobre todo, si quería pacificar el conflicto provocado por CMMK. Es inconcebible que un Estado que se limita a hacer cumplir sus normas (internacionalmente aceptadas) pueda ser condenado por no otorgar protección y seguridad a un inversor.
475. *Segundo*, Bolivia también ha demostrado que CMMK pudo recurrir ante los tribunales de justicia bolivianos las decisiones que SAS pone en tela de juicio en este arbitraje⁶⁰¹. Al poner a su disposición los medios para recurrir todas y cada una de las referidas decisiones, Bolivia otorgó protección y seguridad plena a CMMK.
476. *Tercero*, Bolivia no intentó retirar los permisos ambientales a CMMK. Puesto que SAS no da mayor explicación al respecto⁶⁰², Bolivia asume que SAS basa su acusación en un memorando interno de la Secretaría Departamental de la Madre Tierra del Gobierno de Potosí de 7 de mayo de 2012⁶⁰³. Dicho documento únicamente contiene una recomendación dirigida al Secretario Departamental relativa al proceso de obtención por parte de CMMK de una nueva licencia ambiental tras haber ampliado su actividad inicial⁶⁰⁴. Apoyarse en dicho informe – cuya obtención por parte de SAS ya genera muchos cuestionamientos – para alegar que Bolivia violó su obligación de otorgar seguridad legal a CMMK es frívolo y ejemplifica la falta de argumentos sólidos de SAS para determinar la responsabilidad de Bolivia en sus alegados daños.

⁵⁹⁹ *Id.*, párr. 156.

⁶⁰⁰ *Ver*, sección 6.1, *supra*.

⁶⁰¹ *Ver*, párr. 377, *supra*.

⁶⁰² Demanda, párr. 69.

⁶⁰³ Memorando Interno de la Secretaría de la Madre Tierra del Departamento de Potosí del 7 de mayo de 2012, C- 53.

⁶⁰⁴ *Id.*

6.3.2 El Estado cumplió su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión de CMMK

477. El Tratado establece que “[n]inguna de las dos Partes Contratantes de ningún modo podrá perjudicar mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación en su territorio de las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante”⁶⁰⁵.

478. En esta sección, Bolivia demostrará que, contrariamente a lo que alega SAS, Bolivia no actuó de manera arbitraria (6.3.2.1) ni discriminatoria (6.3.2.2) al revertir las Concesiones Mineras.

6.3.2.1 La Reversión no fue una medida arbitraria

479. SAS alega que Bolivia actuó de manera arbitraria, pues la Reversión y las medidas que la antecedieron:

- i. “[N]o persiguieron ningún propósito público legítimo y en realidad privaron al Gobierno, a las comunidades locales y al país en general de muy necesitadas rentas y oportunidades”;
- ii. “[N]o se bas[aron] en ningún estándar legal sino en una mera orden ejecutiva”;
- iii. “[F]ue[ron] adoptada[s] con el propósito de apropiarse sin costo alguno de los beneficios asociados al descubrimiento de un ‘megayacimiento’ de plata, indio y galio por la Compañía en lugar del propósito ostensiblemente declarado de pacificar el área”; y
- iv. “[P]riv[aron] a [SAS] del debido proceso y procedimiento adecuado al que tenía derecho, tanto antes como después de la revocación de las concesiones mineras”⁶⁰⁶.

480. Los argumentos de SAS no tienen sustento.

481. En primer lugar, la Reversión fue todo lo contrario a una medida arbitraria. La Reversión fue la decisión última que Bolivia se vio obligada a tomar tras haber

⁶⁰⁵ Tratado, artículo II(2), C-1.

⁶⁰⁶ Demanda, párr. 159.

asumido durante años una estrategia conciliadora dirigida a evitar conflictos derivados de la actitud de CMMK en su gestión (i) de las Concesiones Mineras y (ii) de sus relaciones con las Comunidades Originarias. Bolivia buscó el diálogo con CMMK y con las Comunidades Originarias cuando se presentaron las primeras fricciones. Bolivia medió entre CMMK y las Comunidades Originarias cuando los altercados se agravaron. Bolivia, por último, ante la obstinación de CMMK en crear malestar entre las Comunidades Originarias, y dada la gravedad del orden público en la región, se vio obligada a revertir las Concesiones Mineras para poner fin a un conflicto local que se había tornado insostenible. Dicha decisión fue tomada en cumplimiento de las normas aplicables en Bolivia y en consonancia con la política de respeto a los derechos de las comunidades indígenas llevada a cabo por el Presidente Evo Morales desde el comienzo de su mandato.

482. La no arbitrariedad de la solución tomada por Bolivia viene confirmada por uno de los casos de referencia en derecho internacional público. En efecto, la CIJ en el caso *Elettronica Sicula S.p.A.* reconoció que una decisión tomada para pacificar el área en el que se encuentra una inversión no es arbitraria. Dicho caso surgió de una orden de requisición de la planta de la compañía *Elettronica Sicula S.p.A* emitida por el Prefecto de Palermo para mitigar los disturbios generados por la decisión de la compañía de cerrar la planta y despedir a miles de trabajadores. El demandante (los Estados Unidos) alegaba que dicha orden de requisición era arbitraria bajo el tratado entre los Estados Unidos e Italia por (i) estar basada en motivos erróneos (incluida la presión política local) y (ii) ser ilegal bajo el Derecho italiano⁶⁰⁷. La CIJ rechazó este argumento al decidir que “*by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness*”⁶⁰⁸, y que “[i]t was of course understandable that the Mayor, as a public official, should have made his order, in some measure, as a response to local public pressures”⁶⁰⁹. Cabe destacar que, contrariamente a la decisión del Prefecto de Palermo, el Decreto de Reversión es plenamente legal, y SAS no lo impugnó ante la jurisdicción boliviana.

483. En *segundo lugar*, Bolivia sí persiguió un propósito público legítimo al revertir las Concesiones Mineras: pacificar el área de Mallku Khota y hacer valer los derechos

⁶⁰⁷ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 123, **RLA-17**.

⁶⁰⁸ *Id.*, párr. 124.

⁶⁰⁹ *Id.*, párr. 126.

de las Comunidades Originarias. En este punto, sorprende que SAS acuse a Bolivia de privar al Gobierno, a las Comunidades Originarias y al propio Estado de muy necesitadas rentas y oportunidades, cuando en dos años y medio de exploración en Mallku Khota CMMK únicamente aportó conflictos internos entre las Comunidades Originarias, [REDACTED]

[REDACTED]. SAS no aportó rentas y oportunidades a Bolivia y a sus gentes, ni iba a hacerlo, pues su objetivo no era el de aportar rentas y oportunidades sino vender al mejor postor su Proyecto y abandonar a su suerte el área de Mallku Khota.

484. En *tercer lugar*, la Reversión no fue “*una mera orden ejecutiva*” “*no [...] bas[ada] en ningún estándar legal*”. La Reversión fue adoptada por Decreto Supremo, un instrumento perfectamente legítimo para tomar una decisión de tal envergadura y que, como no podía ser menos, está sujeto a recurso – recurso que CMMK nunca interpuso. Para valorar la Reversión, además, debe tomarse en consideración que fue decidida en un contexto de emergencia y riesgo de empeoramiento del conflicto en el área de Mallku Khota.
485. En *cuarto lugar*, contrariamente a lo que afirma SAS, Bolivia no reversionó las Concesiones Mineras para apropiarse de los beneficios del “megayacimiento” “*en lugar de [hacerlo para] pacificar el área*”. Bolivia ha demostrado que llevó a cabo la Reversión con el objetivo de pacificar el área y respetar los derechos de las Comunidades Originarias – objetivo que logró. Si Bolivia hubiese querido apropiarse del “megayacimiento”, podría haberlo hecho con base en los artículos de su Constitución y del Código Minero de 1997 que le permitían revertir las Concesiones Mineras por pertenecer a un sector económico considerado de utilidad pública. Otra prueba de que Bolivia no buscó apropiarse del “megayacimiento” es que no le ha dado prioridad a la explotación económica de las minas de Mallku Khota tras la Reversión, sino a la consolidación de la paz en el área.
486. En *quinto lugar*, Bolivia no privó a CMMK del debido proceso. Para evitar reiteraciones, Bolivia se remite a la alegación formulada en este sentido en la sección 6.1.2 *supra*, donde ha quedado demostrado (i) que Bolivia no tenía obligación de consultar a CMMK antes y después de la Reversión y (ii) que la propia CMMK renunció a ser consultada y a utilizar los recursos previstos en Derecho boliviano.

6.3.2.2 *La Reversión no fue una medida discriminatoria*

487. SAS alega que las medidas tomadas por Bolivia fueron discriminatorias. Como Bolivia demostrará, la frivolidad de esta alegación es clamorosa.
488. SAS señala que “tribunales internacionales han interpretado la prohibición respecto de medidas discriminatorias a la luz del significado ordinario del término como un tratamiento diferenciado de personas o compañías en circunstancias similares, sin una justificación racional para dicho tratamiento diferenciado”⁶¹⁰.
489. Bolivia está de acuerdo con dicha definición del estándar, que demuestra claramente que Bolivia no lo incumplió.
490. En *primer lugar*, resulta llamativo que SAS, después de establecer el requisito fundamental que caracteriza el trato discriminatorio – “un tratamiento diferenciado de personas o compañías en circunstancias similares” – no sólo no identifica qué inversionistas habrían sido tratados por Bolivia de manera diferente en circunstancias similares, sino que ni siquiera hace el esfuerzo argumentativo de alegar que SAS ha sido tratada de manera diferente a otras personas o compañías. SAS no puede alegarlo porque simplemente no ha sido tratada de manera diferente a ninguna otra persona o compañía en circunstancias similares. Es más, la única empresa que se encontraba en el área de Mallku Khota en medio del conflicto entre las comunidades locales era EMICRUZ, cuyas concesiones, al igual que las de CMMK, fueron revertidas⁶¹¹.
491. Un repaso a las decisiones de tribunales internacionales que han tratado reclamaciones por discriminación muestra que “a comparison is necessary with an investor in like circumstances”⁶¹². La carga de la prueba recae sobre el inversionista que alega el trato discriminatorio, por lo que, en este caso, SAS debería demostrar que (i) existe un inversionista de Bolivia o de otro Estado, (ii) en circunstancias similares a las de CMMK (iii) que ha sido tratado más favorablemente por Bolivia.

⁶¹⁰ Demanda, párr. 158.

⁶¹¹ Decreto de Reversión, pág. 3 (“ARTÍCULO 1.- A partir de la publicación del presente Decreto Supremo se revierte al dominio originario del Estado las Autorizaciones Transitorias Especiales mineras denominadas: a) “MALLKU KHOTA” de 170 Has, ubicada en la Provincia Charcas del Departamento de Potosí, registrada a nombre de Exploraciones Mineras Santa Cruz Ltda. – EMICRUZ LTDA”) (el resaltado es nuestro), C-4.

⁶¹² *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, caso CIADI No. ARB/05/8, laudo del 11 de septiembre de 2007, párr. 369, **RLA-113**.

SAS no se preocupa siquiera por señalar qué inversionista habría sido tratado de manera diferente, por lo que obvia decir que tampoco hace el esfuerzo de identificar la similitud de las circunstancias ni la existencia de un trato más favorable. SAS acusa a Bolivia de trato discriminatorio pero ni lo argumenta ni lo prueba.

492. En *segundo lugar*, si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral considera que Bolivia trató a CMMK de manera diferente a otros inversionistas en similares circunstancias, deberá concluir que dicho trato respondió a una justificación racional: CMMK había sido un actor clave en las disputas intercomunales, que fomentó y patrocinó. Su titularidad de las Concesiones Mineras en Mallku Khota se había convertido en un impedimento para la pacificación de la zona.

6.3.3 El Estado cumplió su obligación de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas

493. El Tratado establece que “[n]inguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio las inversiones de capital y rentas de nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable del que se concede a las inversiones de capital y rentas de sus propios nacionales y sociedades, o a las inversiones de capital y rentas de nacionales y sociedades de cualquier tercer Estado”⁶¹³.

494. SAS acusa a Bolivia de haber infringido esta obligación, aunque no analiza el contenido del estándar. La base para tal acusación es que, según SAS, funcionarios de Bolivia (incluidos el Presidente de Bolivia y el Gobernador de Potosí) (i) fueron antagonistas de SAS por ser una compañía transnacional y no boliviana, y (ii) basaron su decisión de revertir las concesiones “*en parte en el hecho que era de propiedad de una compañía ‘transnacional’*”⁶¹⁴.

495. Básicamente, SAS reitera que ha sufrido un trato discriminatorio, al que añade en este caso el factor de su condición de empresa extranjera.

496. La jurisprudencia internacional exige que quien alega discriminación por cuestión de nacionalidad debe demostrar que la medida en cuestión no “*bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by preference of domestic over*

⁶¹³ Tratado, artículo III (1), C-1.

⁶¹⁴ Demanda, párr. 160.

foreign owned investments”⁶¹⁵. Así pues, SAS debe probar que la Reversión estaba motivada por su nacionalidad extranjera.

497. Sin embargo, como Bolivia ha puesto de manifiesto en la sección anterior, la alegación de SAS según la cual habría recibido un trato discriminatorio es frívola. Lo mismo ocurre con la alegación de que Bolivia incumplió con la obligación que le impone el artículo III (1) del Tratado.
498. En *primer lugar*, porque SAS ni siquiera alega que Bolivia le tratara de manera diferente a otros inversores bolivianos en circunstancias similares. De hecho, EMICRUZ – quien también sufrió la reversión de sus concesiones a través del Decreto de Reversión – es boliviana.
499. En *segundo lugar*, porque la decisión de Bolivia de revertir las Concesiones Mineras respondió a una justificación racional: acabar con los conflictos en el área de Mallku Khota y defender los derechos de las Comunidades Originarias.
500. En conclusión, se debe rechazar el reclamo de SAS por la supuesta violación de Bolivia de sus obligaciones de otorgar protección plena y seguridad a las inversiones de SAS, de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen su uso y de no promover un trato menos favorable a su inversión que a las inversiones de sus propios inversionistas.

7. SI EL TRIBUNAL CONSIDERA QUE BOLIVIA HA INCUMPLIDO ALGUNA OBLIGACIÓN BAJO EL TRATADO O EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO (QUOD NOM), DEBERÁ CONSTATAR QUE SAS NO HA DEMOSTRADO HABER SUFRIDO DAÑO ALGUNO Y QUE, EN TODO CASO, LA COMPENSACIÓN DEBE LIMITARSE AL REEMBOLSO DE LAS INVERSIONES

501. La Reversión fue lícita. Como ya se explicó⁶¹⁶, el caos social y violencia causados por SAS forzaron a Bolivia a revertir las Concesiones Mineras el 1 de agosto de 2012. Producida la Reversión, Bolivia realizó las gestiones necesarias para, siguiendo los mecanismos legales correspondientes, contratar a la compañía que se encargaría de la valuación de las inversiones realizadas por CMMK en relación con el Proyecto.

⁶¹⁵ *Pope & Talbot c. Canadá*, caso CNUDMI (TLCAN), laudo sobre el fondo de la fase No. 2 del 10 de abril de 2001, párr. 79 (el resaltado es nuestro), **RLA-124**. Ver, también, *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, laudo parcial del 13 de noviembre 2000, párr. 250, **RLA-125**.

⁶¹⁶ Ver sección 3, *supra*.

502. El artículo V (1) del Tratado establece que la compensación por expropiación “deberá responder al valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación o antes de hacerse pública la inminente expropiación, cualquiera que sea anterior”⁶¹⁷.
503. Como puede apreciarse, el Tratado establece como indemnización (*remedy*) la compensación y que ésta deberá corresponder al valor de mercado de la inversión expropiada, dejando al tribunal arbitral la elección del método de valuación adecuado para estimar dicho valor.
504. In *limine*, el Tribunal Arbitral debe rechazar la pretensión restitutoria de SAS por ser contraria al Tratado y, en cualquier caso, por no cumplir con las exigencias del derecho internacional (7.1).
505. En cuanto a la pretensión compensatoria, en derecho internacional es sabido que los daños hipotéticos no son indemnizables. Los daños reclamados por SAS son hipotéticos e, incluso si se consideraran ciertos (*quod non*), SAS no ha probado que hayan sido causados por Bolivia (7.2).
506. Si el Tribunal Arbitral concluyese que Bolivia causó daños ciertos a SAS (*quod non*), la compensación deberá comprender, a lo sumo, el valor de las inversiones realizadas en el Proyecto. Esto es acorde con la jurisprudencia internacional, que ha aplicado el método de costos en contextos especulativos donde el valor del activo afectado es incierto (7.3).
507. Si, a pesar de lo anterior, el Tribunal Arbitral concluyese (*quod non*) que la compensación debe calcularse aplicando el método de mercado (*market-based approach*) que propone SAS, deberá concluir que las valuaciones realizadas por FTI y RPA son arbitrarias e incurrir en diversos errores fundamentales que las invalidan (7.4).
508. Contrariamente a lo alegado por SAS, la doctrina y jurisprudencia internacionales reconocen que la falta de pago de compensación no convierte *per se* una expropiación en ilícita. En cualquier caso, el Tribunal Arbitral debe valorar el Proyecto utilizando como fecha de valuación el 9 de julio de 2012 (la “**Fecha de Valuación Bolivia**”) y sin considerar la fecha del laudo (7.5).

⁶¹⁷ Tratado, artículo V (1), C-1.

509. Finalmente, SAS alega que Bolivia habría violado otras obligaciones bajo el Tratado, tales como aquella de brindar un trato justo y equitativo, y otorgar plena protección y seguridad. Incluso si el Tribunal Arbitral considerase que Bolivia violó alguna de tales obligaciones (*quod non*), deberá concluir que SAS no tiene derecho a compensación alguna al no haber acreditado qué daños sufrió a causa de tales violaciones, ni mucho menos cuál sería la cuantía de tales daños (7.6).

7.1 La pretensión restitutoria de SAS es contraria al Tratado y el derecho internacional consuetudinario

510. Si bien teóricamente posible, la restitución tiene una aplicación muy limitada en el derecho internacional (7.1.1). Además, en el presente caso la restitución es imposible (7.1.2) e impondría una carga desproporcionada sobre Bolivia (7.1.3). Por ello, debe ser rechazada.

7.1.1 La restitución tiene una aplicación muy limitada en el derecho internacional

511. La restitución es un medio de reparación que conlleva el restablecimiento de la situación existente previa, o *status quo ante*, a la comisión de un hecho ilícito internacional. Si bien es cierto, como lo sugiere el artículo 36 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (los “**Artículos sobre Responsabilidad del Estado**”)⁶¹⁸, que la restitución ha sido considerada *históricamente* como el medio de reparación por excelencia, su aplicación en la práctica internacional es casi nula.

512. En efecto, el *remedy* comúnmente utilizado para reparar los perjuicios sufridos por un particular como consecuencia de las acciones de un Estado soberano es el pago de una compensación monetaria equivalente al daño sufrido. Como se señaló en *Sistem Muhendislik Insaat*:

*In any event, restoration of expropriated property is plainly no longer the primary judicial remedy in cases of expropriation, if it ever was. Monetary compensation is the normal remedy, and its role is precisely “to take the place of restitution”*⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002 (“*Artículo 36 – Indemnización: 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución*”), **RLA-126**.

⁶¹⁹ *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. c. Kirguistán*, caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, laudo del 9 de septiembre de 2009, párr. 158, **RLA-127**. Ver, también, *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12, laudo del 14 de julio de 2006, párr. 438, **RLA-128**; *BP*

513. Esto se explica, entre otros, por las evidentes dificultades que acarrearía obligar a un Estado a restituir un activo expropiado. Como señala Schachter:

The more disputed issue concerns the political and social difficulty in requiring a State to restore property to an individual or company which has been expropriated either as part of a national programme of nationalization or for transfer to nationals under an "indigenization" policy. Even where such expropriation has been held unlawful by an arbitral tribunal, compensation rather than restitution (or specific performance of a concession agreement) has been the more usual remedy⁶²⁰.

514. SAS es plenamente consciente de esta realidad: en su Demanda, SAS no presenta ningún comentario de doctrina o decisión que sustente su pretensión restitutoria⁶²¹. Y ello se explica porque, salvo que nos remontemos varias décadas atrás para intentar encontrar alguna excepción, en tiempos recientes ningún tribunal arbitral ha ordenado que un Estado restituya activos expropiados. Los casos llevados ante el Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones – **CIADI** son un buen ejemplo. Como señaló el tribunal del caso *Occidental c. Ecuador*:

el Tribunal no conoce ningún caso en que un tribunal del CIADI haya hecho lugar a un pedido de cumplimiento específico contra un Estado, como el que las Demandantes pretenden en el presente arbitraje⁶²².

515. En cualquier caso, para su procedencia, la restitución debe cumplir con dos condiciones (copulativas) muy estrictas: (i) que sea posible y (ii) que no imponga una carga desproporcionada en comparación al beneficio (adicional) que provee la restitución sobre la compensación. Estas condiciones se encuentran recogidas en el artículo 35 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado:

Exploration Company (Libia) Limited c. República Árabe Libia, laudo del 1 de agosto de 1974, 52 I.L.R. 297, 1974, **RLA-129**; y J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson, *The Law of International Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, pág. 589, **RLA-130**.

⁶²⁰ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 178 Recueil des Cours, 1982, pág. 191, **RLA-131**.

⁶²¹ En la sección VI. A (1), titulada engañosamente “*South American Silver tiene derecho a restitución o al equivalente monetario de las inversiones ilegalmente tomadas por Bolivia*”, SAS sólo alude a la restitución dos veces: *primero*, en el párrafo 167 para alegar (sin presentar ningún sustento) que tiene derecho a la restitución, y *luego* en el párrafo 182 para señalar que la restitución es su primera opción. Ese es todo el interés (y confianza) que tiene SAS en su pretensión restitutoria.

⁶²² *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 78, (el resaltado es nuestro), **RLA-132**.

Artículo 35: Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

a) No sea materialmente imposible;

b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización⁶²³.

516. Incluso si, para efectos del análisis, se asume que Bolivia ha cometido un ilícito internacional (*quod non*), el Tribunal Arbitral no puede ordenar la restitución puesto que ninguna de sus condiciones está satisfecha en el presente caso.

7.1.2 En este caso, la restitución es imposible

517. En el ámbito internacional, es ampliamente aceptado que la restitución es imposible en casos de expropiación por cuanto supondría una interferencia inaceptable en la soberanía del Estado demandado. Como se señaló en *LIAMCO c. Libia*:

[The] general principle is common to international law, in which restitutio in integrum is conditioned by the possibility of performance, and consequently hindered by its impossibility.

Such impossibility is in fact most usual in the international field. For this reason, it has been asserted that “it is impossible to compel a State to make restitution, this would constitute in fact an intolerable interference in the internal sovereignty of States”⁶²⁴.

518. En el mismo sentido, el tribunal del caso *Occidental c. Ecuador* explicó que:

[e]s un principio firmemente establecido que cuando un Estado, en ejercicio de sus potestades soberanas, ha puesto fin a un contrato o a una licencia, o a cualquier otro título de un inversionista extranjero, el cumplimiento específico debe considerarse jurídicamente imposible⁶²⁵.

⁶²³ Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, artículo 35, **RLA-126**.

⁶²⁴ *Libyan American Oil company (LIAMCO) c. Gobierno de Libia*, laudo del 12 de abril de 1977, 20 I.L.M., 1981, pág. 124 (el resaltado es nuestro), **RLA-133**.

⁶²⁵ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párr.79 (el resaltado es nuestro), **RLA-132**.

519. Ordenar que Bolivia restituya las Concesiones Mineras, además de reavivar los conflictos sociales en la zona, conllevaría una intromisión inaceptable en su soberanía y, concretamente, en su poder ejecutivo, por cuanto se desconocerían los alcances y efectos del Decreto de Reversión, adoptado por el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia y su Consejo de Ministros el 1 de agosto de 2012. Como señaló el tribunal del caso *LG&E Energy Corp*:

*La restitución judicial que se requiere en este caso implicaría modificar la situación jurídica actual, anulando o promulgando medidas legislativas y administrativas que alteren por completo el efecto de la legislación incumplida. El Tribunal no puede obligar a Argentina a hacer esto sin entrometerse en su soberanía. En consecuencia, el Tribunal llega a la misma conclusión: es necesario ordenar y cuantificar la indemnización*⁶²⁶.

520. Si SAS quería dejar sin efecto el Decreto de Reversión, debió haber iniciado las acciones legales correspondientes en Bolivia. Esto, sin embargo, nunca ocurrió. El Tribunal no puede sustituirse en la entidad competente boliviana y dejar sin efecto el Decreto⁶²⁷.
521. En cualquier caso, la restitución de las Concesiones Mineras a SAS no cumpliría ningún propósito. La población local siente todavía los abusos y violaciones de sus derechos humanos, existiendo gran oposición a que SAS regrese al área y desarrolle

⁶²⁶ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, laudo del 25 de julio de 2007, párr. 87, **RLA-134** (el resaltado es nuestro). Ver, también, *BP Exploration Company (Libia) Limited c. República Árabe Libia*, laudo del 1 de agosto de 1974, 52 I.L.R. 297, 1974 (“Una regla de razonabilidad conduce por lo tanto a una conclusión que es congruente con el derecho internacional, tal como surge en la práctica de los Estados, y al derecho de los tratados y al principio rector del derecho inglés y estadounidense de los contratos, consistente en que si un Estado, en ejercicio de sus potestades soberanas, ha incurrido en una violación fundamental de un acuerdo de concesión, repudiando este último a través de la nacionalización de la empresa y de sus activos en forma tal que implique intención, el concesionario no tiene derecho a exigir el cumplimiento específico del acuerdo por parte del Gobierno ni el restablecimiento de sus derechos contractuales, sino que su único remedio es una acción de daños y perjuicios”), pág. 354, **RLA-129**.

⁶²⁷ En *Amco*, a pesar de considerar que el demandante había sido despojado de sus derechos, el tribunal advirtió que carecía de la autoridad necesaria para ordenar la restitución pues no podía reemplazar a la entidad competente (de acuerdo al derecho interno) para tomar tales decisiones. El tribunal de *Amco* estimó que solamente estaba facultado para ordenar el pago de una compensación por las pérdidas económicas sufridas. Ver *Amco Asia Corp. c. Indonesia*, caso CIADI No. ARB/81/1, laudo del 20 de noviembre de 1984, párr. 202, **CLA-78**; y D. W. Bowett, *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, 59 British Yearbook of International Law, pág. 60, 1988, **CLA-73**.

el Proyecto. La restitución de las Concesiones Mineras generaría un riesgo de revuelta que imposibilitaría el desarrollo del Proyecto⁶²⁸.

7.1.3 La restitución impondría una carga desproporcionada sobre Bolivia

522. La segunda condición para que proceda la restitución es que no imponga una *carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización*. Esta condición tampoco se cumple en el presente caso.

523. En *primer lugar*, asumiendo que fuese posible (*quod non*), resultaría desproporcional interferir con la soberanía de un Estado cuando los perjuicios pueden ser íntegramente resarcidos mediante una compensación monetaria. Como señaló el tribunal en *Occidental c. Ecuador*:

*Imponer a un Estado soberano la obligación de restituir a un inversionista extranjero la calidad de concesionario, tras una nacionalización o la terminación, por parte del Estado, de una licencia o contrato de concesión, constituiría una reparación desproporcionadamente mayor, en cuanto a interferencia con la soberanía del Estado, que la indemnización monetaria*⁶²⁹.

524. Los supuestos perjuicios sufridos por SAS pueden ser íntegramente resarcidos mediante una compensación monetaria. Así lo reconoce SAS en su Demanda al solicitar el pago de una suma que “*borre todas las consecuencias del acto ilegal*”⁶³⁰, y lo reafirma SASC en sus notas de prensa sobre la situación del Proyecto, donde se refiere a la “*pursuit of compensation*”⁶³¹. No está en disputa que los derechos que SAS pretende reivindicar en este arbitraje son de naturaleza exclusivamente económica.

⁶²⁸ Reconociendo este tipo de imposibilidad, Oscar Schachter señala que “*there may be reasons of a material or social character that make it ‘impossible’ or ‘impracticable’ for the offending State to restore the situation to its prior state*”. O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 178 Recueil des Cours, 1982, pág. 190, **RLA-131**.

⁶²⁹ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, decisión sobre medidas provisionales del 17 de agosto de 2007, párr. 84, **RLA-132**.

⁶³⁰ Demanda, párr. 183.

⁶³¹ Comunicado de prensa de SASC, *South American Silver Announces Receipt of Formal Decree and Provides Update on Plan Action* del 2 de agosto de 2012 (“*We will continue to pursue all channels available to us’ said Greg Johnson, President and CEO of South American Silver Corp. ‘This action plan includes the prospect of negotiating a resolution of the situation with the Bolivian government, or, if required, the pursuit of compensation for the full value of the project through international arbitration’*”), (el resaltado es nuestro), **R-120**.

525. Asimismo, el Tratado establece que, en casos de expropiación, el *remedy* aplicable es la compensación monetaria. El artículo V(1) es claro al señalar que corresponde el pago de “*una justa compensación efectiva*”. Habiendo sido expresamente convenido entre las Partes Contratantes, no existe motivo para pensar que la compensación no es idónea o que no repara adecuadamente a SAS.
526. En *segundo lugar*, ante el contexto social existente en el área del Proyecto, la restitución de las Concesiones Mineras sólo contribuiría a reavivar el caos, generando nuevos enfrentamientos violentos, tornando la situación social nuevamente insostenible. Esta situación generaría una carga desproporcionada sobre Bolivia. Cuando la restitución es contraria al interés de la sociedad, debe ser descartada⁶³².
527. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral debe rechazar la pretensión restitutoria de SAS. Si, *par impossible*, considerase viable la restitución y decidiese, además, compensar a SAS por el retraso en la ejecución del Proyecto, deberá notar que la valuación efectuada por FTI es arbitraria y debe ser descartada⁶³³.

7.2 Los daños reclamados por SAS son hipotéticos e, incluso si existiesen (quod non), SAS no ha probado que hayan sido causados por Bolivia

En derecho internacional, son principios reconocidos que el daño hipotético o especulativo no es resarcible (7.2.1) y que la carga de probar la certeza de los daños recae sobre quien los demanda (7.2.2). SAS no ha probado haber sufrido daños ciertos (7.2.3) e, incluso si el Tribunal Arbitral pensase lo contrario (*quod non*), deberá concluir que la causa dominante de tales daños fue la propia conducta de SAS y, por ende, que Bolivia no debe compensarlos (7.2.4).

7.2.1 El daño hipotético o especulativo no es resarcible

528. Bajo el derecho internacional, un acto, aunque sea ilícito, no crea una obligación de compensar financieramente a la víctima si ésta no demuestra haber sufrido un daño económico cierto. La sentencia del caso Chorzów proclama que “*the Court can only observe that the damage alleged to have resulted from competition is insufficiently*

⁶³² J. Crawford, A. Pellet y S. Olleson, *The Law of International Responsibility*, Oxford Commentaries on International Law, pág. 597, (“*Thus it seems important that the limits on restitution should be flexibly interpreted, ideally in such a way as to cover cases such as Walter Fletcher Smith, where the Tribunal simply held that in the best interests of the parties it would not award restitution*”), (el resaltado es nuestro), **RLA-130**.

⁶³³ Brattle, sección VII, **RER-3**.

proved. Moreover, it would come under the heading of possible but contingent and indeterminate damage which, in accordance with the jurisprudence of arbitral tribunals, cannot be taken into account⁶³⁴.

529. La Comisión Mixta Venezuela-EE.UU. afirmó, ya a principios del siglo XX, que “[d]amages to be recoverable must be shown with a reasonable degree of certainty, and cannot be recovered for an uncertain loss”⁶³⁵. Del mismo modo, el Tribunal de reclamaciones Irán-EE.UU. declaró que “one of the best settled rules of the law on international responsibility of States is that no reparation for speculative or uncertain damage can be awarded”⁶³⁶. Por su parte, el tribunal *LG&E Energy Corp* declaró que “[L]os tribunales, son reacios a ordenar una indemnización por reclamos que contienen elementos inherentemente especulativos”⁶³⁷. Finalmente, el tribunal del caso *Gemplus* afirmó que “[I]f that loss is found to be too uncertain or speculative or otherwise unproven, the Tribunal must reject these claims, even if liability is established against the Respondent”⁶³⁸.

⁶³⁴ *Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, caso CPJI No. 13, sentencia del 13 de septiembre de 1928, pág. 48 (el resaltado es nuestro), **CLA-69**.

⁶³⁵ *Rudloff*, Comisión Mixta Venezolano – Norteamericana, decisión del mérito, IX Reports of International Arbitral Awards, 2006, pág. 258, **RLA-135**.

⁶³⁶ *Amoco Internacional Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos No. 56, laudo parcial del 14 de julio de 1987, párr. 238, (el resaltado es nuestro), **CLA-29**. Ver, también, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia c. Reino Unido)*, caso CPJI, sentencia del 26 de marzo de 1925, CPJI Series A02, No. 5, 1925, pág. 390 (pese a que el Reino Unido incumplió sus obligaciones internacionales, no se otorgó compensación al no haberse acreditado la existencia de daños: “That no loss to M. Mavrommatis, resulting from this circumstance, has been proved; That therefore the Greek Government’s claim for an indemnity must be dismissed”), **RLA-136**; *Martini (Italia c. Venezuela)* 2 U.N.R.I.A.A 554, laudo del 8 de mayo de 1930.

laudo del 8 de mayo de 1930, 25 American Journal of International Law, 1931, pág. 585 (no cabe compensación económica por la cancelación de un contrato de concesión si no se prueba la existencia de daño: “For the reasons given above, the Arbitral Tribunal considers that there is no ground to allow pecuniary reparation to the Italian Government as a result of the cancellation of the contract of concession. It has not been proven that the Martini Company has suffered other damages as a consequence of the parts of the decision vitiated with manifest injustice”), **RLA-137**.

⁶³⁷ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, laudo del 25 de julio de 2007, párr. 51, **RLA-134**.

⁶³⁸ *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/3, laudo del 16 de junio de 2010, párr. 12-56, **RLA-138**.

530. Los daños hipotéticos, pues, no son indemnizables. SAS debe probar que sus daños son ciertos.

7.2.2 La carga de probar la certeza de los daños recae sobre SAS

531. Es un principio indiscutible en derecho internacional que la carga de probar la certeza de los daños recae sobre quien los reclama, es decir, SAS (*actori incumbit probatio*).

532. A nivel jurisprudencial, este principio fue reconocido recientemente en *Gemplus y Gold Reserve Inc.*:

*Under international law and the BITs, the Claimants bear the overall burden of proving the loss founding their claims for compensation*⁶³⁹.

*The Tribunal agrees with the Parties that Claimant bears the burden of proving its claimed damages*⁶⁴⁰.

533. A nivel doctrinario, Ripinsky y Williams confirman este principio:

*In the damages context, it is always the claimant who alleges that it has suffered a loss as a result of the respondent's conduct; therefore, the claimant bears the burden of proof in relation to the fact and the amount of loss*⁶⁴¹.

534. SAS tiene, pues, la carga de probar la certeza de sus daños. En este caso, SAS no ha satisfecho dicha carga.

7.2.3 SAS no ha probado que sus daños sean ciertos

535. Existe abundante evidencia del estado embrionario del Proyecto a la fecha de la Reversión y de la enorme incertidumbre sobre si realmente podría algún día existir una mina en Mallku Khota (y mucha más incertidumbre sobre el mineral que podría extraerse). Cualquier prospecto futuro respecto del Proyecto, como el que presenta SAS en este arbitraje, es meramente especulativo.

⁶³⁹ *Id.*, párr. 12-56. Ver, también, los párr. 13-80 de la misma decisión.

⁶⁴⁰ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 685, **RLA-27**. Ver, también, la reciente decisión en el caso *British Caribbean Bank Limited (Turks & Caicos) c. Belice*, caso CPA No. 2010-18, laudo del 19 de diciembre de 2014, párr. 266, **RLA-139**, así como *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, laudo parcial del 13 de noviembre 2000, párr. 316, **RLA-125**.

⁶⁴¹ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 162, **RLA-103**.

536. Esto es confirmado por el Prof. Dagdelen, experto minero contratado por Bolivia para este arbitraje. El Prof. Dagdelen cuenta con más de 30 años de experiencia en la industria minera, habiendo trabajado con algunas de las compañías mineras más grandes del mundo como Newmont Mining, Barrick Gold y Phelps Dodge en proyectos mineros ubicados en Estados Unidos, Canadá, África, América del Sur y Turquía. El trabajo del Prof. Dagdelen ha estado enfocado, entre otros, en la estimación de recursos y reservas minerales, y la evaluación de reportes técnicos, cuestiones de gran relevancia en este arbitraje. El Prof. Dagdelen es también un reconocido académico. Cuenta con un Phd y es Profesor de Ingeniería de Minas en la prestigiosa Escuela de Minas de Colorado, donde ocupó – entre los años 2008 y 2012 – el cargo de Jefe del Departamento de Ingeniería de Minas. Por su amplia experiencia académica y profesional, en el 2012, la Sociedad de Minería, Exploración y Metalurgia condecoró al Prof. Dagdelen con el prestigioso reconocimiento de “Distinguished Member”.
537. En *primer lugar*, como explica el Prof. Dagdelen⁶⁴², los proyectos mineros deben atravesar diversas etapas, todas las cuales presentan incertidumbres (en mayor o menor grado) que ponen en riesgo el desarrollo de un proyecto minero (asumiendo que el mismo tenga valor económico).
538. Un proyecto minero comienza con la realización de actividades de exploración que inicialmente conllevan la realización de trabajo de campo, estudios y perforaciones limitadas, y cuyos resultados normalmente se materializan en un *Preliminary Economic Assessment* (el “PEA”). Como explica el Prof. Dagdelen, el PEA “*is a first level study and the preliminary evaluation of the mining project. The principal parameters for a conceptual study are mostly assumed and/or factored. Accordingly, the level of accuracy is low*”⁶⁴³. Por ello, contrariamente a lo que podría sugerir su nombre, el PEA no constituye un estudio económico sólido y “*is not valid for economic decision-making nor is it sufficient for reserve reporting to securities regulators*”⁶⁴⁴.
539. En efecto, el PEA es un estudio conceptual que sólo permite definir, sobre la base de premisas no corroboradas, si vale la pena continuar explorando o no. En caso

⁶⁴² Dagdelen, párr. 12-61, **RER-2**.

⁶⁴³ *Id.*, párr. 34.

⁶⁴⁴ *Id.*

afirmativo, se deben realizar nuevos y más detallados estudios exploratorios que culminarán, primero, con un estudio de pre-factibilidad y, si los resultados son favorables, con un estudio de factibilidad. Estos estudios permiten completar el limitado número de perforaciones realizadas a nivel del PEA. Es recién con base en los estudios de factibilidad que se puede evaluar la viabilidad económica de un proyecto minero. No está en disputa que el Proyecto nunca pasó del simple PEA.

540. En paralelo a los estudios anteriores, debe realizarse un trabajo sustancial en aspectos medioambientales y sociales. Como señala el Prof. Dagdelen:

Throughout the evaluation and design process, a substantial body of work needs to be completed on environmental and social issues. In most projects, consultations with local authorities and communities on the environmental and social aspects related to the project and environmental baseline studies (which define the state of the receiving environment) must be conducted in order to prepare an Environmental and Social Impact Assessment (ESIA) report on the project⁶⁴⁵.

541. Si los resultados de las exploraciones y de los estudios medio y socio ambientales son favorables, se inicia el proceso de obtención de permisos y licencias, los cuales constituyen pre-requisitos para conseguir financiamiento externo.

542. Dada la magnitud de los proyectos mineros y el gran número de actores involucrados (Estado, comunidades sociales, contratistas, financistas, organismos de protección del medioambiente, etc.), toma varios años realizar las etapas antes mencionadas.

543. Asumiendo, nuevamente, que los resultados de las etapas anteriores son favorables, deberán luego realizarse otras actividades de gran complejidad y costo (e.g. construcción de instalaciones mineras; puesta en marcha del proyecto; etc.).

544. En total, desde que se descubre un yacimiento minero, puede tomar entre 15 y 20 años para que una mina alcance la etapa de producción⁶⁴⁶. Ahora bien, dada la complejidad del proceso y sus incertidumbres, como señala el Prof. Dagdelen, solo un porcentaje mínimo de proyectos mineros llega a desarrollarse:

In practice, very few identified mineralized targets ever advance through the feasibility stage to operations because their technical, economic, environmental and/or social viability cannot be established. For example,

⁶⁴⁵ *Id.*, párr. 28, **RER-2**.

⁶⁴⁶ *Id.*, párr. 33.

*the Minas Conga mine in Cajamarca, Peru could not be developed into an operational mine, despite having projected reserves of over 6 million ounces of gold to produce 350,000 ounces of gold and 120,000,000 pounds of cooper per annum with a 19 year life of mine, because of social and environmental issues related to the contamination and the usage of water. Thus, there are many factors that affect whether a mineral deposit will become an operating mine irrespective of the projected level of resources and reserves*⁶⁴⁷.

545. La excepcionalidad de que un proyecto minero llegue a desarrollarse es también reconocida por uno de los autores del Informe RPA: “*Only a very small number of exploration properties will ultimately become mining properties*”⁶⁴⁸.
546. El Proyecto Mallku Khota se encontraba en la etapa más incipiente del desarrollo de un proyecto minero, la etapa de exploración, contando únicamente con un estudio conceptual denominado PEA⁶⁴⁹ que, como se explica más adelante, destaca por su nivel de especulación e inexactitudes⁶⁵⁰. En este contexto, además de la incertidumbre *geológica* y *económica*⁶⁵¹ del Proyecto, éste aún debía atravesar diversas etapas y afrontar las incertidumbres asociadas a ellas (con resultados inciertos). Por ejemplo, el Proyecto debía cumplir una etapa de consulta previa de las comunidades locales⁶⁵² antes de iniciar cualquier actividad de explotación⁶⁵³. Dado el contexto social local, existe más que una duda razonable de que el Proyecto obtuviese el visto bueno en dicha consulta previa. Igualmente, debía realizarse un Estudio de Impacto Ambiental para evaluar el impacto que podría tener el Proyecto

⁶⁴⁷ *Id.*, párr. 32 (el resaltado es nuestro).

⁶⁴⁸ W. E. Roscoe, *Valuation of Mineral Exploration properties Using the Cost-Based Approach*, pág. 2, **R-121**.

⁶⁴⁹ Nos referimos al *Preliminary Economic Assessment Report for the Malku Khota Project* del 13 de marzo de 2009, **C-13** (el “PEA 2009”), y al *Preliminary Economic Assessment Update Technical Report for the Malku Khota Project* del 10 de mayo de 2011, **C-14** (el “PEA 2011”).

⁶⁵⁰ A diferencia de los estudios de pre-factibilidad y factibilidad, el PEA no involucra la realización de ninguna labor de ingeniería y tiene un nivel de incertidumbre de +- 50%. Dagdelen, párr. 34-37, **RER-2**.

⁶⁵¹ Como explica el Prof. Dagdelen, GeoVector (y, por ende, RPA, quien confirmó su estimación de recursos minerales) sobreestimaron la cantidad de recursos minerales indicados y subestimaron la cantidad de recursos minerales inferidos (Dagdelen, párr. 80, **RER-2**). Asimismo, el PEA 2011 reconoce que su estimación de costos tiene un nivel de incertidumbre de +- 35% - 50%. Ver PEA 2011, pág. 16, **C-14**.

⁶⁵² Demanda, Nota al Pie 172.

⁶⁵³ No se llegaron a realizar estudios sociales para el Proyecto. Ver *Preliminary Economic Assessment Update Report for the Malku Khota Project*, 10 de mayo de 2011, pág. 113 (“*The environmental and social review process will be carried out in parallel with the feasibility study stages*”), **C-14**.

en la flora, la fauna, diversas especies en peligro de extinción y en los ecosistemas naturales existentes en el área del Proyecto⁶⁵⁴.

547. En *segundo lugar*, como se señaló antes, el Proyecto contaba únicamente con un PEA. Precisamente, por tratarse de un documento (i) de carácter preliminar; (ii) asentado en premisas no corroboradas y (iii) con un muy bajo nivel de confiabilidad, el PEA es considerado en la práctica como un estudio meramente conceptual (“*conceptual, scoping study*”)⁶⁵⁵.
548. Como señala el Prof. Dagdelen:

The conceptual study, also commonly referred to as a “Preliminary Economic Assessment (PEA)”, is a first level study and the preliminary evaluation of the mining Project. The principal parameters of a conceptual study are mostly assumed and/or factored. Accordingly, the level of accuracy is low⁶⁵⁶.

549. Los PEA 2009 y 2011 elaborados para el Proyecto explícitamente reconocen su carácter especulativo. En efecto, señalan que (i) se basan en información limitada y dispersa; (ii) estudios posteriores podrían demostrar que las premisas del PEA deben ser ajustadas considerablemente; (iii) los recursos estimados pueden ser inexactos; y (iv) no existe certeza de que los resultados proyectados se alcanzarán:

PEA 2009

There is no certainty that a detailed feasibility study would result in a decision to place the property into production. The risks associated with the Project are similar to those for all projects at this stage, including, but not limited to:

- *The resources as calculated may not be born out in subsequent estimations after the drilling programs are completed, creating either lower tonnages and/or lower grades.*
- *The resource estimate is based in some cases on relatively sparse data. More exploration and detailed measurements may reveal that*

⁶⁵⁴ Refiriéndose a los estudios ambientales, el PEA 2009 señala que: “[T]hese studies will have to include but are not limited to the collection of data on flora and fauna studies including the identification of rare and endangered species; hydrogeological and hydrology data collection; soil studies; geotechnical data collection including an analysis of the regional seismicity; and an overall analysis of impacts on the local project environment [...] In the areas possibly impacted by any future mining activity are several high elevation alpine lakes, which may constitute sensitive environmental ecosystems, and the potential impacts to these lakes will require careful study”. PEA 2009, pág. 18.2, **C-13**.

⁶⁵⁵ Dagdelen, párr. 46, **RER-2**.

⁶⁵⁶ *Id.*, párr. 34 (el resaltado es nuestro).

*these assumptions require considerable modification and that they were unrealistic*⁶⁵⁷.

PEA 2011

*There is no certainty that the results projected in the PEA will be realized and actual results may vary substantially*⁶⁵⁸.

*No reserve estimate has been carried out for the PEA because the extent of mineralization is not considered sufficiently defined at this stage to create a reserve. This PEA is preliminary in nature and includes inferred mineral resources that are considered too speculative geologically to have the economic considerations applied to them that would enable them to be categorized as mineral reserves and there is no certainty that the preliminary assessment will be realized. Mineral resources that are not mineral reserves do not have economic viability*⁶⁵⁹.

550. El PEA 2011 del Proyecto no identificó ninguna reserva mineral, por lo que – incluso bajo sus propias premisas – no existe prueba alguna de la potencialidad económica de la extracción. En efecto, la sola identificación de recursos minerales no garantiza que su extracción sea viable económicamente, puesto que esto dependerá, entre otros, del análisis de diversos factores geológicos (densidad, tipo de metal precioso) y económicos (ubicación, costos de extracción, proceso metalúrgico empleado) que son precisamente objeto de los estudios más avanzados de pre-factibilidad y factibilidad, no realizados para el Proyecto.
551. El mismo grado de especulación existe respecto de los costos *estimados* del Proyecto, que, como resulta evidente, tienen un impacto fundamental en su valor. El PEA 2011 reconoce que sus estimaciones tienen un grado de incertidumbre de entre +- 35% - 50%.

*Capital and operating cost estimates for this PEA Update are expressed in US dollars, based on Q1 2011 costs. Estimates have a scoping study accuracy range of +- 35-50% and do not include provisions for inflation risks or future Price escalation factors*⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ PEA 2009, 13 de marzo de 2009, pág. 19.1, **C-13**.

⁶⁵⁸ *Id.*, pág. 1.1, y PEA 201, 10 de mayo de 2011, pág. 11, **C-14**.

⁶⁵⁹ *Id.*, pág. 14 (el resaltado es nuestro). Ver, también, Barrick Financial Report 2011, *Mineral Reserves and Mineral Resources*, p. 181, **R-122**.

⁶⁶⁰ Preliminary Economic Assessment Update Report for the Malku Khota Project, 10 de mayo de 2011, pág. 16, **C-14**.

552. Si se considera, como explica Brattle⁶⁶¹, que pequeñas variaciones en los costos pueden privar de todo valor al Proyecto, la especulación se torna evidente. Comparando dos proyectos mineros con idénticas características, Brattle señala que:

As shown in Table 1, the seemingly small difference in costs creates very large differences in the present value of the two mines' cash flows. The value of the first mine, which requires \$500 million in initial capital investment and has expected operating costs of \$17 per ounce of silver, is \$108 million. If initial capital costs are increased by 10%, the value falls roughly by half. If only operating costs are increased by 10%, the project value is wiped out. If both operating and capital costs increased by only 5% due to the more challenging location or geological properties of the second mine, the value drops by nearly 85%. In other words, these otherwise identical mines have values that differ by a factor of more than five times due only to small differences in costs related to location, well within the margin of error for cost estimates available at this stage of development. Cost differences due to differing ore grades or stripping ratios could create similar differences in value⁶⁶².

553. Es, por todo lo anterior, que al informar al mercado los resultados del PEA 2011, las regulaciones aplicables a empresas mineras canadienses obligaron a SASC a introducir *cautionary language*:

Under the second element of the definition, a PEA is a conceptual study of the potential viability of mineral resources. In this context, section 3.4(e) of NI 43-101 requires specific cautionary language indicating that the economic viability of the mineral resources has not been demonstrated. This cautionary language is in addition to the cautionary statement for inferred mineral resources required by section 2.3(3)(a). Any disclosure that implies the PEA has demonstrated economic or technical viability would be contrary to NI 43-101 and the definition of PEA⁶⁶³.

554. SASC observó dicho mandato al señalar:

Factors that could cause results or events to differ materially from current expectations expressed or implied by the forward-looking statements, include, but are not limited to, possible variations in mineral resources, grade or recovery rates, silver or indium prices or operating or capital

⁶⁶¹ Brattle, párr. 38, **RER-3**.

⁶⁶² *Id.*, párr. 27 (el resaltado es nuestro). Ver, también, la pág. 19 del PEA 2011 (“*The Project is also sensitive to operating cost changes (mining, processing and G&A), with each 1% change impacting NPV around \$12.7M*”), **C-14**.

⁶⁶³ Canadian Securities Administrators, *CSA Notice 43-307 Mining Technical Reports – Preliminary Economic Assessments* del 16 de agosto de 2012, **R-123**.

*costs [...] failure of equipment or processes to operate as anticipated; ongoing positive community support*⁶⁶⁴.

555. En tercer lugar, la estimación de recursos efectuada por Geovector y confirmada por RPA (i) es errada, y (ii) se basa en estudios geológicos limitados que no permiten la determinación de reservas minerales⁶⁶⁵.

556. En cuanto a lo primero, como demuestra [REDACTED], de la limitada data disponible se desprende que [REDACTED] sobreestimó la cantidad de recursos minerales indicados en [REDACTED] millones y subestimó la cantidad de recursos minerales inferidos en [REDACTED] millones, [REDACTED]⁶⁶⁶.

557. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. Brattle agrega que:

*the Project is not sufficiently advanced to enable the calculation of reserves. Reserves are the portion of the resource base that can be mined economically, after taking into account geological structure, geophysical elements, mine plan, metallurgical recoveries, treatment and refining logistics, metals prices, and mining costs. This explains why the Updated PEA concludes that mineral resources do not have economic viability*⁶⁶⁸.

558. Que los recursos minerales identificados no hayan sido clasificados como *reservas minerales* es una prueba clara del carácter limitado de los estudios realizados y de la incertidumbre que rodea al Proyecto. Sólo cuando existen reservas minerales se puede considerar económicamente viable la extracción y esto debe ser demostrado,

⁶⁶⁴ Ver Comunicado de prensa de SAS, *South American Silver provides Update on Malku Khota Silver-Indium Project* del 4 de mayo de 2011, que también dispone “*This press release contains forward-looking statements based on current expectations and assumptions and which involve known and unknown risks, uncertainties and other factors [...] Readers are cautioned not to place undue reliance on these statements as actual events, results and achievements may differ materially from any future events, results or achievements expressed or implied by such forward-looking statements if known or unknown risks, uncertainties or other factors occur or assumptions prove inaccurate. Therefore, the Company cannot provide any assurance that forward-looking statements will materialize*” (el resaltado es nuestro), **R-124**.

⁶⁶⁵ Dagdelen, párr. 123-127, **RER-2**.

⁶⁶⁶ *Id.*, párr. 80.

⁶⁶⁷ *Id.*, párr. 70 (el resaltado es nuestro).

⁶⁶⁸ Brattle, párr. 33 (el resaltado es nuestro), **RER-3**.

al menos, por un estudio de pre-factibilidad⁶⁶⁹. Hasta entonces, cualquier análisis económico es inminentemente especulativo⁶⁷⁰.

559. Asimismo, de acuerdo al PEA 2011, más del 55% de los recursos minerales del Proyecto son inferidos⁶⁷¹. En la industria minera es sabido que tales recursos no tienen valor alguno. Como explica el *Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum Standing Committee on Reserve Definitions*:

*Due to the uncertainty that may be attached to Inferred Mineral Resources, it cannot be assumed that all or any part of an Inferred Mineral Resource will be upgraded to an Indicated or Measured Mineral Resource as a result of continued exploration. Confidence in the estimate is insufficient to allow the meaningful application of technical and economic parameters or to enable an evaluation of economic viability worthy of public disclosure. Inferred Mineral Resources must be excluded from estimates forming the basis of feasibility or other economic studies*⁶⁷².

560. Los tribunales arbitrales así también lo reconocen. Como se señaló en *Gold Reserve Inc.*:

*Given that, as described by Respondent, these resources have the “lowest level of geological confidence” and that the Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum on Valuation of Mineral Properties (“CIMVal”) Guidelines, to which Claimant refers, acknowledges the “higher risk or uncertainty” associated with these resources and cautions that they should only be used with great care, the Tribunal finds the additional resources to be too speculative to include in the present valuation*⁶⁷³.

561. El carácter limitado de los estudios geológicos realizados en el Proyecto, reflejado en la sola existencia de un PEA y en la imposibilidad de identificar reservas

⁶⁶⁹ CIM Standing Committee on Reserve Definitions, *CIM Definition Standards - For Mineral Resources and Mineral Reserves*, pág. 3, **R-125**.

⁶⁷⁰ Dagdelen, párr. 34, **RER-2**.

⁶⁷¹ *Id.*, párr. 73. Como explica el Prof. Dagdelen, un recurso mineral inferido “*is that part of a Mineral Resource for which quantity and grade or quality can be estimated on the basis of geological evidence and limited sampling and reasonably assumed, but not verified, geological and grade continuity. The estimate is based on limited information and sampling gathered through appropriate techniques from locations such as outcrops, trenches, pits, workings and drill holes*”. *Id.*, párr. 18.

⁶⁷² CIM Standing Committee on Reserve Definitions, *CIM Definition Standards - For Mineral Resources and Mineral Reserves* (el resaltado es nuestro), **R-125**. Ver, también, PEA 2011, pág. 14, **C-14**.

⁶⁷³ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, parr. 780 (el resaltado es nuestro), **RLA-27**.

minerales, generan serias dudas respecto de la existencia de todos los recursos minerales estimados en el PEA 2011 (especialmente los recursos minerales inferidos).

562. En *cuarto lugar*, como explica el Prof. Dagdelen⁶⁷⁴ y fue reconocido en el PEA 2009⁶⁷⁵, los estudios metalúrgicos realizados se encontraban en una etapa incipiente, no existiendo certeza alguna sobre la posibilidad de utilizar – a escala comercial – el método de lixiviación en base al ácido (*acid leaching technique*). Sólo a través de este método podrían extraerse los diversos metales existentes en el Proyecto. Si dicho método no funcionase y SASC debiese recurrir a la lixiviación en base a cianuro (*cyanide leaching technique*), método alternativo considerado en el PEA 2011⁶⁷⁶, sólo podría extraerse plata y potencialmente cobre del Proyecto⁶⁷⁷ (la lixiviación en base a cianuro, por razones químicas, no permite extraer los demás metales). El impacto de uno u otro método en los valores de recuperación de los metales preciosos (*recovery values*) y, por ende, en la viabilidad del Proyecto, resulta pues evidente. Dado el estado en que se encontraba el Proyecto, no es posible saber qué proceso metalúrgico podría haberse utilizado.
563. En *quinto lugar, sin ninguna base*, el [REDACTED] añade [REDACTED] por cada tonelada de recurso mineral identificado en el Proyecto, lo que respondería a créditos de oro supuestamente existentes. Esto es incorrecto. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. El efecto evidente de esto es que el [REDACTED] infla en [REDACTED] el supuesto valor del depósito mineral del Proyecto.
564. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral debe concluir que los daños reclamados por SAS por la Reversión de las Concesiones Mineras son meramente hipotéticos y, por

⁶⁷⁴ Dagdelen, párr. 89, **RER-2**.

⁶⁷⁵ En el PEA 2009 se señaló que: “*The recovery values determined in the metallurgical test work and those assumed for this conceptual study are presented in Table 18-9. As shown in the Table, the test results representing a heap leaching operation are very limited*”. PEA 2009, pág. 18.18 (el resaltado es nuestro), **C-13**.

⁶⁷⁶ PEA 2011, pág. 19, **C-14**.

⁶⁷⁷ Dagdelen, párr. 67, **RER-2**. Además, la extracción bajo el método del *cyanide leaching technique* resultaría más onerosa.

⁶⁷⁸ *Id.*, párr. 84 (el resaltado es nuestro), **RER-2**.

ende, no deben ser compensados. Como señala el Prof. Dagdelen en las conclusiones de su informe:

Due to the insufficient number of drill holes available (resulting in significant uncertainty related to Mineral Resource estimates), the uncertainty regarding the metallurgical process and the recoveries based on insufficient test work, and the lack of environmental and social baseline studies (that can result in permitting issues to prevent economic extraction from a given deposit), one cannot classify Mineral Resources estimates into Mineral Reserves that have economic implications at Malku Khota⁶⁷⁹.

7.2.4 Incluso si el Tribunal Arbitral considerase que SAS ha sufrido daños ciertos, éstos fueron causados por SAS, no por Bolivia

565. Para que un daño sea indemnizable, además de ser cierto, el derecho internacional exige que exista una relación de causalidad adecuada: el daño debe derivar del hecho ilícito. Como se señaló en *S.D. Myers*:

Compensation is payable only in respect of harm that is proved to have a sufficient causal link with the specific [treaty] provision that has been breached; the economic losses claimed by [the claimant] must be proved to be those that have arisen from a breach of the [treaty], and not from other causes⁶⁸⁰.

566. El artículo 31 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado señala que:

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado⁶⁸¹.

567. La carga de la prueba respecto de la existencia y suficiencia de dicha relación de causalidad recae sobre quien reclama los daños⁶⁸². SAS no ha satisfecho dicha carga.

⁶⁷⁹ *Id.*, párr. 126, **RER-2**.

⁶⁸⁰ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, laudo parcial del 13 de noviembre 2000, párr. 316, **RLA-125**. Ver, también, *BG Group Plc. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 del diciembre de 2007, párr. 428 (“*The damage, nonetheless, must be the consequence or the proximate cause of the wrongful act*”), **CLA-04**; y *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo del 30 de agosto de 2000, párr. 115, **RLA-141**.

⁶⁸¹ Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, **CLA-126**.

⁶⁸² Ver *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, caso CIADI No. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, párr. 787 (“*The Arbitral Tribunal considers that in order to succeed in its claim for compensation, BGT has to prove that the value of its investment was diminished or eliminated,*

568. En efecto, como Bolivia explicó⁶⁸³, la oposición social al Proyecto se originó por causas imputables a SAS. Entre otros, conviene recordar que:

- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- La CMMK incumplió los compromisos de ayuda asumidos con las Comunidades Originarias, quienes denunciaron a la Compañía por haberse instalado en la zona a través de “*engaños de propuestas de proyectos*”;
- La Compañía insistió a toda costa en desarrollar el Proyecto, a pesar de que las Comunidades Originarias manifestaron en múltiples ocasiones que éste pondría en grave riesgo sus formas ancestrales de vida y el delicado equilibrio ambiental de la zona;
- Ante la gran oposición al Proyecto, la Compañía diseñó una estrategia consistente en involucrar a Comunidades lejanas fuera del Área de Influencia, las que serían más fácilmente persuadidas al no sufrir directamente los impactos del Proyecto. La Compañía incluso patrocinó a miembros de dichas comunidades para que crearan un comité extraño a la Organización Ancestral y Sindical (COTOA-6A) para hacer invisibles los reclamos de los opositores (y reales afectados) del Proyecto, lo que terminó en graves enfrentamientos. CMMK también contrató transporte para que simpatizantes asistieran masivamente a la reunión de Acasio, lo cual terminó en un enfrentamiento violento que puso también en peligro la vida del Gobernador de Potosí; y
- Entre 2011 y 2012, CMMK visitó a funcionarios del Gobierno Central en La Paz con la intención de desinformarlos sobre la existencia de una genuina oposición en la zona del Proyecto y ganar su apoyo en desmedro de los

and that the actions BGT complains of were the actual and proximate cause of such diminution in, or elimination of, value”), **RLA-142**; y S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 162 (“*In the damages context, it is always the claimant who alleges that it has suffered a loss as a result of the respondent’s conduct; therefore, the claimant bears the burden of proof in relation to the fact and the amount of loss, as well as to the causal link between the respondent’s conduct and the loss*”), **RLA-103**.

⁶⁸³ Ver sección 3, *supra*.

esfuerzos mediadores de la Gobernación y los intereses de las comunidades cercanas verdaderamente afectadas por el Proyecto.

569. En este contexto, y a pesar de la intervención mediadora del Gobernador de Potosí, se generaron graves enfrentamientos que derivaron en secuestros, heridos y un muerto, viéndose Bolivia forzada a revertir las Concesiones Mineras. Los eventos acontecidos dejan en claro que, si bien la Reversión fue el *acto formal* que puso fin a las actividades de exploración de SAS, esta última fue la real causante de sus daños.

570. El análisis de causalidad supone identificar cuál fue la causa *dominante* de los daños. Cuando dicha causa se relaciona con la conducta de la parte demandante, como ocurre en el presente caso, se rompe el nexo de causalidad necesario para el otorgamiento de cualquier compensación. Como la CIJ señaló en *ELSI*:

Furthermore, one feature of ELSI's position stands out: the uncertain and speculative character of the causal connection, on which the Applicant's case relies, between the requisition and the results attributed to it by the Applicant. There were several causes acting together that led to the disaster to ELSI. No doubt the effects of the requisition might have been one of the factors involved. But the underlying cause was ELSI's headlong course towards insolvency; which state of affairs it seems to have attained even prior to the requisition⁶⁸⁴.

571. Comentando el caso *ELSI*, el tribunal *Bewater* señaló que:

In that case, the ICJ held that the primary cause of the claimant's difficulties lay in its own mismanagement over a period of years, and not the act of requisition imposed by the governmental authorities⁶⁸⁵.

572. En atención a lo anterior, y toda vez que el propio actuar de SAS fue la causa *dominante* de cualquier daño sufrido, Bolivia no tiene obligación de compensarla.

⁶⁸⁴ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia)*, caso CIJ, sentencia del 20 de julio de 1989, párr. 101, (el resaltado es nuestro), **RLA-17**.

⁶⁸⁵ *Bewater Gauff (Tanzania) Limited c. Tanzania*, caso CIADI No. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, párr. 786, **RLA-142**. Cabe destacar que en *Bewater* el tribunal aplicó el mismo análisis de causa dominante utilizado en *ELSI* (ver párr. 787).

7.3 Si, par impossible, el Tribunal Arbitral considerase la existencia de un daño resarcible, cualquier compensación debe limitarse al reembolso de los costos en que SAS incurrió en relación al Proyecto

573. Por las razones expresadas en la sección 7.2.3 precedente, no puede haber duda del carácter especulativo – a nivel económico, geológico y jurídico – del Proyecto. Si, a pesar de lo anterior, el Tribunal Arbitral concluyese que SAS debe ser compensada, esta compensación debe limitarse al reembolso de las inversiones realizadas (7.3.1). Con base en los estados financieros de SASC, Brattle ha valuado tales inversiones en US\$ 18'706,936 (7.3.2).

7.3.1 Ante el carácter especulativo del Proyecto, cualquier compensación debe limitarse al reembolso de las inversiones realizadas por SAS

574. Los expertos de SAS reconocen que, en el presente caso, el método de Flujo de Fondos Descontados (“FFD”) no resulta aplicable por cuanto el Proyecto se encontraba en una etapa incipiente y no existía un estudio de pre-factibilidad⁶⁸⁶. No obstante las limitaciones anteriores, FTI considera aplicable el *market-based approach* para determinar el valor del Proyecto⁶⁸⁷.

575. Esto es equivocado por, al menos, por tres razones:

576. En *primer lugar*, porque, como se explicó antes, el Proyecto se encontraba en una etapa embrionaria (PEA), contando únicamente con un estudio conceptual (PEA) que, además de partir de premisas *geológicas* y *económicas* erradas y, en el mejor de los casos, especulativas, consideraba que más del 50% de los recursos del Proyecto eran recursos minerales inferidos, es decir, recursos que no tienen ningún valor económico⁶⁸⁸.

577. En este contexto, que explica la ausencia de *reservas minerales*, una valuación basada en el *market-based approach* enfrenta las mismas dificultades que una valuación de FFD. El carácter especulativo del Proyecto no desaparece porque se valúe en base al *market-based approach*. Nótese lo irrazonable de utilizar el método de comparables: ¿cómo puede pretenderse arribar a una cifra confiable, vía

⁶⁸⁶ Ver Informe Pericial RPA, pág. 3-1, CER-2 e Informe Pericial FTI, párr. 8.33, CER-1.

⁶⁸⁷ Ver Informe Pericial RPA, pág. 3-2, CER-2 e Informe Pericial FTI, párr. 2.3, CER-1.

⁶⁸⁸ Conviene reiterar, siguiendo la *CIM Definition Standards* que “*it cannot be assumed that all or any part of an Inferred Mineral Resource will be upgraded to an Indicated or Measured Mineral Resource as a result of continued exploration*” (el resaltado es nuestro), pág. 4, R-125.

comparación, si no existe certeza respecto de los recursos minerales existentes, el proceso metalúrgico que podrá ser utilizado ni los costos involucrados en el desarrollo del Proyecto? Como explica Brattle “*to attempt to compare properties based in metal contents within inferred or historic resources is even more problematic, as we have no way of knowing if that resource is there and what value, if any, market participants put on those resources*”⁶⁸⁹. Si el Tribunal Arbitral aplicase el *market-based approach* en estas circunstancias, estaría especulando sobre el valor del Proyecto, lo que resultaría en una denegación de justicia para Bolivia.

578. Cuando los tribunales han descartado la utilización del método de FFD, han recurrido directamente a la valuación en base a las inversiones realizadas⁶⁹⁰. Como explica Ripinsky y Williams:

*The method of calculating FMV by reference to actual investments has proved quite popular in arbitral practice. Although tribunals tend to recognize that an income-based method generally provides a better measure of the market value of a business, they have turned to the historic costs of investment as the relevant approach to valuation when the evidence necessary to apply an income-based method has been considered insufficient*⁶⁹¹.

579. La doctrina y jurisprudencia internacionales reconocen que, en contextos especulativos, cuando se ha otorgado compensación, este se ha basado en las inversiones realizadas. Como explica la Prof. Marboe:

*The valuation of damages on the basis of past costs and expenses [...] seems to be a “solid” valuation approach that has been applied in numerous cases where other items of damages were considered to be too speculative or were not supported by sufficient evidence*⁶⁹².

580. El método de costos fue utilizado, por ejemplo, en *PSEG Global Inc. (US) c. Turquía*, un caso relativo a la construcción de una planta de energía alimentada por

⁶⁸⁹ Brattle, párr. 80, **RER-3**. Esto, claro está, sin perjuicio de que resulta *de por sí* tremendamente difícil identificar propiedades mineras comparables. Ver W. E. Roscoe, *Valuation of non-producing mineral properties using market comparables*, Journal of Business Valuation, 15 de julio de 2007, pág. 207, **R-127**.

⁶⁹⁰ También denominada “valuación en base a costos”.

⁶⁹¹ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pág. 227, (el resaltado es nuestro), **RLA-103**.

⁶⁹² I. Marboe, *Compensation and Damages in International Law - The Limits of ‘Fair Market Value’*, 7 The Journal of World Investments and Trade, 2006, pág. 745 (el resaltado es nuestro), **RLA-144**.

una mina de carbón. A pesar de que el proyecto se encontraba en una etapa relativamente avanzada (e.g. estudios de factibilidad que ya habían sido favorablemente concluidos), la planta de energía y la mina de carbón no llegaron a construirse por desacuerdos entre el inversionista y Turquía. Al rechazar la aplicación de otros métodos y valorar en base al método de costos⁶⁹³, el Tribunal enfatizó que, a diferencia de otros casos, el proyecto no se encontraba en producción:

*Yet, in all these cases the breach that was compensated had resulted in damage to investments that were at the production stage, not merely in planning or under negotiation*⁶⁹⁴.

581. El método de costos también fue utilizado en el caso *Wena* y en el muy reciente caso *Awdi*, cuyos tribunales concluyeron que no existía una base sólida para predecir si el activo expropiado produciría ganancias futuras o cuáles serían los costos futuros de la inversión:

En *Wena* se señaló que:

*Like the Metalclad and SPP disputes, here, there is insufficiently “solid base on which to found any profit... or for predicting growth or expansion of the investment made” by Wena. Wena had operated the Luxor Hotel for less than eighteen months, and had not even completed its renovations on the Nile Hotel, before they were seized on April 1, 1991 [...] Rather, the Tribunal agrees with the parties that the proper calculation of “the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation” is best arrived at, in this case, by reference to Wena’s actual investments in the two hotels*⁶⁹⁵.

⁶⁹³ *PSEG Global, Inc. c. Turquía*, caso CIADI No. ARB/02/5, laudo del 19 de enero de 2007, párr. 321, **CLA-51**.

⁶⁹⁴ *Id.*, párr. 308 (el resaltado es nuestro).

⁶⁹⁵ *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/98/4, laudo del 8 de diciembre de 2000, párr. 124-125, (el resaltado es nuestro) **RLA-145**. En el mismo sentido, ver *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/01/12, laudo del 14 de julio de 2006, párr. 424-425 (“*In the present case, the Tribunal is of the view that a compensation based on the fair market value of the Concession would be appropriate, particularly since the Province has taken it over. [...] The Tribunal agrees that the actual investment method is a valid one in this instance*”), **RLA-128**; *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo del 30 de agosto de 2000, párr. 121-122: “*The Tribunal agrees with Mexico that a discounted cash flow analysis is inappropriate in the present case because the landfill was never operative and any award based on future profits would be wholly speculative. Rather, the Tribunal agrees with the parties that fair market value is best arrived at in this case by reference to Metalclad’s actual investment in the project*”, **RLA-141**; y *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 191 y ss., **RLA-96**.

En *Awdi* se señaló que:

[t]he Tribunal considers appropriate to base compensation on sunk costs, namely on the amount invested by Claimants regarding Rodipet in the expectation that such amount would have been earned back had Law 442 remained in force. The application of the DCF method relied upon by Claimants as ‘the most appropriate way to determine the fair market value’ is not justified in the circumstances. This is because Rodipet is not a going concern, it has a history of losses. There are moreover uncertainties regarding future income and costs of an investment in this industry in the Romanian market⁶⁹⁶.

582. En *segundo lugar*, a pesar de que uno de los autores del Informe RPA reconoce que el método de costos resulta aplicable para *Mineral Resource Properties*⁶⁹⁷, ni RPA ni FTI brindan ninguna justificación razonable y objetiva para no aplicar dicho método en este caso. RPA simplemente lo descarta porque “*Malku Khota has a Mineral Resource estimate and was being evaluated for economic viability at the time of expropriation*”⁶⁹⁸. Sin embargo: (i) la estimación de recursos minerales del Proyecto, además de estar inflada⁶⁹⁹, según el PEA 2011 está compuesta en más de 55% por recursos minerales inferidos que posiblemente no existen⁷⁰⁰; y (ii) ni SAS (ni sus expertos) han aportado prueba alguna de que un estudio de pre-factibilidad estuviese siendo elaborado al momento de la Reversión. La misma falta de sustento se aprecia en el Informe FTI⁷⁰¹.
583. En *tercer lugar*, los tribunales internacionales también han utilizado el método de costos cuando existe una gran diferencia entre las inversiones realizadas y la compensación demandada. En *Tecmed c. México*, el tribunal destacó “*la diferencia considerable entre el importe pagado a raíz de la subasta por los bienes relativos al*

⁶⁹⁶ *Hasan Awdi y otros c. Rumania*, caso CIADI No. ARB/10/13, laudo del 2 de marzo de 2015, párr. 514 (el resaltado es nuestro), **RLA-146**.

⁶⁹⁷ W. E. Roscoe, *Valuation of Mineral Exploration Properties Using the Cost-Based Approach*, pág. 10, **R-121**. Según RPA, el Proyecto es una “*Mineral Resource Property*”. Informe Pericial RPA, pág. 3-1, **CER-2**.

⁶⁹⁸ Informe Pericial RPA, pág. 3-1, 3-2, **CER-2**.

⁶⁹⁹ Dagdelen, pág. 80-82, **RER-2**.

⁷⁰⁰ CIM Standing Committee on Reserve Definitions, *CIM Definition Standards - For Mineral Resources and Mineral Reserves*, pág. 4, **R-125**.

⁷⁰¹ FTI se limita a afirmar (sin mayor sustento) “*We did not perform a valuation under a cost approach since one of the fundamental principles of valuation theory states that value is a function of prospective cash flow and, in our view, the costs incurred to develop the Project to date are not indicative of the Property’s prospective cash flows*”. Ver Informe Pericial FTI, párr. 8.36, **CER-1**.

*Confinamiento – el equivalente a US\$ 4.028.788 – y el resarcimiento perseguido por la Demandante de US\$ 52.000.000*⁷⁰² antes de rechazar la aplicación del método de FFD y aplicar el método de costos⁷⁰³.

584. Una desproporción mayor a la verificada en *Tecmed* (una relación de 1 a 12) existe en el presente caso. En efecto, mientras que de acuerdo con los estados financieros de SASC las inversiones realizadas en el Proyecto ascenderían a US\$ 18'706,936, la compensación reclamada (excluyendo intereses) asciende a US\$ 307'200.000 (una relación de 1 a 16). Esto demuestra el carácter meramente especulativo de la compensación reclamada.
585. Finalmente, el Tribunal Arbitral no debe perder de vista que, además de que el método de costos es realista y confiable, evita la sobrecompensación al inversionista y, por ende, que se distorsionen negativamente sus incentivos⁷⁰⁴.
586. Por todas las razones anteriores, si el Tribunal Arbitral otorgarse alguna compensación a SAS, ésta deberá limitarse al reembolso de sus inversiones en el Proyecto.

7.3.2 Valuación del Proyecto en base a costos

587. In *limine*, solo son reembolsables aquellos costos razonables que han contribuido al incremento de valor del Proyecto. Como reconoce uno de los expertos del Informe RPA:

⁷⁰² *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 186, **RLA-96**.

⁷⁰³ *Ibid.* Ver, también, *Wena Hotels c. República Árabe de Egipto*, caso CIADI No. ARB/98/4, laudo del 8 de diciembre de 2000, párr. 124 (“[...] *the Tribunal is disinclined to grant Wena’s request for lost profits and lost opportunities given the large disparity between the requested amount (GB£ 45.7 million) and Wena’s stated investment in the two hotels (US\$8,819,466.93)*”), **RLA-145**.

⁷⁰⁴ Como explica Wells “*Excessive awards to investors have serious implications [...] in the case of a foreign investor, such awards encourage investment in projects with great political risk, and behavior on the part of the investor that increases the likelihood that the project will be taken by the government or its agents. A greedy investor would also purchase and over-invoice investment goods and services from or through affiliates to raise the reported investment figure, at no real cost to the investor. An investor is even encouraged to engineer an apparent default in order to reap greater profit by not performing than it would have earned if it performed. Moreover, excessive awards discourage government takings, or breach of contracts, when such actions are in fact efficient and thus desirable*” (el resaltado es nuestro). Louis T. Wells, *Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia*, 19 *Arbitration International*, No. 4, 2003, pág. 477, **RLA-147**.

An important element of this [cost-based] method, which is often overlooked in its application, is that only those past expenditures which are considered reasonable and productive are retained as value [...] if exploration work downgrades potential, it is not productive and its cost should not be retained as value or should be reduced⁷⁰⁵.

588. Puesto que SAS no ha proporcionado sus estados financieros, Brattle ha calculado las inversiones realizadas en el Proyecto con base en los estados financieros de SASC (empresa cotizada).
589. La razonabilidad de la valuación basada en los estados financieros de SASC fue confirmada por Brattle vía la realización de valuaciones alternativas basadas en (i) los costos de exploración y gastos reportados por CMMK en sus estados financieros, y (ii) los fondos obtenidos por CMMK para el desarrollo del Proyecto (tanto vía deuda como via capital).
590. La valuación en base a costos debe comenzar en el 2003, año en el cual se inició la adquisición de las Concesiones Mineras. En sus estados financieros consolidados, SASC lista los costos relacionados al Proyecto bajo el rubro de “*costos diferidos de exploración*”, contemplando entre ellos los gastos de consultoría de ingeniería, geología y geofísica, excavaciones, laboratorio, supervisión, relaciones comunitarias, etc.
591. Tomando como base lo anterior, Brattle ha valuado los daños de SAS en US\$ 18’706,936⁷⁰⁶.
592. Finalmente, como explica Brattle⁷⁰⁷, de la compensación otorgada a SAS deberá deducirse el valor de la información confidencial que obra en su poder, toda vez que ésta puede ser transferida y tiene un valor de mercado.

⁷⁰⁵ W. E. Roscoe, *Valuation of Mineral Exploration properties Using the Cost-Based Approach*, pág. 4, (el resaltado es nuestro), **R-121**.

⁷⁰⁶ El Informe de Quality, elaborado de conformidad con el Decreto de Reversión, había alcanzado un valor similar (de US\$ 17’047,190.01), Informe de valuación de las inversiones efectuadas por la Compañía Minera Mallku Khota S.A. de junio de 2014, pág. 18, **R-111**.

⁷⁰⁷ Brattle, sección VIII D), **RER-3**.

7.4 Si el Tribunal considerase que el *market-based approach* es aplicable (*quod non*), deberá concluir que el análisis de RPA y FTI está fundamentalmente errado y sobrevaluado

593. FTI llega a una cifra absurda de US\$ 307'200.000 en su valuación del Proyecto⁷⁰⁸ mediante una ponderación subjetiva y arbitraria de tres fuentes:

- 50% de valor otorgado a la valuación realizada por RPA en base al método de comparables (*i.e.* US\$ 135 M);
- 25% de valor otorgado al *promedio* de las valuaciones realizadas por los analistas Byron, Edison, Redchip y NBF (*i.e.* US\$ 143 M); y
- 25% de valor otorgado a las dos colocaciones privadas de acciones de SASC ocurridas más de dos meses antes de la fecha de valuación considerada por FTI, el 6 de julio de 2012 (la “**Fecha de Valuación FTI**”) (*i.e.* US\$ 29.2 M).

594. La valuación efectuada por RPA es arbitraria e incurre en diversos errores fundamentales que la invalidan (7.4.1). Además, las valuaciones realizadas por los analistas Byron, Edison, Redchip y NBF no son confiables pues tres de ellos no son independientes y, en cualquier caso, incurren en errores fundamentales que FTI omite corregir. La valuación basada en las dos colocaciones privadas de acciones también es irrazonable y debe ser descartada (7.4.2).

7.4.1 La valuación realizada por RPA en base al método de comparables es arbitraria y está fundamentalmente errada

595. RPA afirma utilizar el método de comparables para determinar el valor del Proyecto⁷⁰⁹. Como explica Brattle⁷¹⁰, el método de comparables en la valuación de proyectos mineros exige dos condiciones fundamentales (i) *transaction comparability* (que supone, por ejemplo, que las compraventas seleccionadas con fines de comparación no hayan ocurrido en fecha muy distante a la fecha de valuación utilizada, y que a través de ellas pueda razonablemente obtenerse el valor

⁷⁰⁸ Ver Figure 18 – Project FMV Conclusion, Informe Pericial FTI, **CER-1**. A dicha valuación posteriormente se le agregan intereses por US\$ 78'500.000 M, lo que arroja una cifra final de US\$ 385'700.000. Ver Figure 24 – Summary of Damage Conclusion, Informe Pericial FTI, **CER-1**.

⁷⁰⁹ Informe Pericial RPA, pág. 3-2, **CER-2**.

⁷¹⁰ Brattle, párr. 51, **RER-3**.

de mercado del activo minero transado); y (ii) *property comparability* (que supone, por ejemplo, que los activos mineros seleccionados con fines de comparación sean similares al activo con el que se compararán).

596. La valuación de RPA fue realizada de la siguiente manera:

- *Primero*, RPA selecciona un grupo de 14 compraventas de activos que RPA considera comparables a Mallku Khota;
- *Segundo*, RPA calcula el *Metal Transaction Ratio* (“**MTR**”) de los activos supuestamente comparables⁷¹¹. En cada caso, para calcular el MTR, RPA divide (i) el precio pagado por el activo supuestamente comparable; entre (ii) el valor *in situ* de los metales que conforman el activo (que obtiene multiplicando la cantidad de metales que contiene el activo minero con su precio al momento de la compraventa). RPA obtiene así un MTR para cada uno de los activos mineros supuestamente comparables; y
- *Tercero*, luego de seleccionar un MTR dentro del rango de MTRs obtenido, RPA lo multiplica por el valor *in situ* de metales del Proyecto (el que obtiene multiplicando las cantidades de metales supuestamente existentes en el Proyecto por su precio a la Fecha de Valuación FTI). Esta operación arrojaría, según RPA, el precio que un tercero pagaría (a la Fecha de Valuación FTI) para adquirir el Proyecto.

597. Para comenzar, el método de comparables no es un método confiable en el sector de la minería. El Comité “VALMIN”, creado conjuntamente por el Instituto de Minería y Metalurgia Australia-Asia y el Instituto de Geocientíficos de Australia, explica que:

*Market based comparable valuations are widely used in the industry. Whilst widely used they are often flawed because companies are not truly comparable as risks and opportunities can be very different between compared projects/companies*⁷¹².

598. Por su parte, Sabahi explica que:

⁷¹¹ Según RPA “*MTR is the ratio of the value of the transaction divided by the gross, in situ dollar content of the Mineral Resources transacted, expressed as a percentage*”. Informe Pericial RPA, pág. 1-2, **CER-2**.

⁷¹² Brattle, párr. 46, **RER-3**.

Market comparison has not been widely used in investment treaty arbitration. This is partly because investment treaty disputes very often concern investments in developing and emerging markets, which makes them effectively unique. Finding appropriate comparables may be very difficult and perhaps even speculative⁷¹³.

599. En la reciente decisión *Gold Reserve*, el tribunal descartó el método de comparables señalando que:

On several occasions in this Award, the Tribunal has rejected a comparable with other mines on the basis that many variables are specific to each mine (such as climatic and geological conditions) all of which have an impact on value⁷¹⁴.

600. Basta contrastar los valores asignados por RPA a los activos mineros que califica de comparables con aquel asignado al Proyecto para darse cuenta de que son muy diferentes entre sí. En efecto, los valores asignados a los activos comparables son exponencialmente más bajos que el asignado al Proyecto: los primeros deben ser ajustados entre 500% y 14,000% para alcanzar el valor del Proyecto calculado por RPA⁷¹⁵. Tales ajustes están sin duda fuera del ámbito de ajustes que puedan ser considerados razonables, invalidando cualquier posible comparación.

601. En cualquier caso, la valuación efectuada por RPA no es confiable y debe ser descartada. El MTR es un método subjetivo y no científico (7.4.1.1). Además, no se cumplen las dos condiciones fundamentales del método de comparables: los activos seleccionados no son comparables (7.4.1.2) y el análisis de *transaction comparability* es subjetivo e incurre en diversos errores (7.4.1.3). Por último, la determinación final del MTR aplicable al Proyecto según RPA (dentro de un rango de 6 MTRs) es arbitraria (7.4.1.4).

7.4.1.1 *El MTR es un método subjetivo creado por RPA que no tiene sustento ni ha sido validado científicamente*

602. El MTR es un método de valuación desarrollado por uno de los autores del Informe RPA, el señor William Roscoe⁷¹⁶. El MTR es el elemento clave del cálculo que

⁷¹³ B. Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: principles and practice*, Oxford University Press, 2011, p. 114, **RLA-148**.

⁷¹⁴ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 831 (el resaltado es nuestro), **RLA-27**.

⁷¹⁵ Ver Brattle, Tabla 9, párr. 123, **RER-3**.

⁷¹⁶ *Id.*, párr. 97.

efectúa RPA. Contrariamente a lo que pudiese pensarse, este método no tiene ningún respaldo científico. Como explica Brattle:

*The MTR method has not been peer reviewed in a refereed publication, and has never been tested for accuracy. It is not taught as a valuation tool at the Colorado School of Mines or any other institution that we are aware of, and is not mentioned by CIMVal as a valid valuation method*⁷¹⁷.

603. A pesar de ser un método *pretendidamente* serio, la fórmula simplista del MTR no refleja diversos factores claves en la determinación de valor de un activo minero, ni permite realizar ajustes básicos entre los proyectos mineros que se quiere comparar. Como explica Brattle:

*It is immediately evident that the model cannot adjust for fundamental differences among properties. At most, the MTR can adjust for differences in three dimensions: resource size, metal prices, and mix of metals. In essence, the model assumes that gross in-situ value alone is a reasonable predictor of FMV, and that one does not need any other dimension of the asset, like operating costs, capital costs, metal recoveries, resource stage, resource uncertainties, permitting uncertainties, time to production, taxes, royalties, in-pit resource, or mine life to determine value. It is a model that we have never seen used. It also fails as a matter of basic economics, because a mine's cash flows, which determine its FMV do not depend on revenues alone*⁷¹⁸.

604. Del mismo modo, a pesar de su diferente nivel de incertidumbre geológica (especialmente notable en el caso de los recursos minerales inferidos), el MTR trata a todos los recursos minerales por igual. Como explica Brattle:

*With respect to resource size, the MTR method does not distinguish between metals contained in measured and indicated resources and metals contained in inferred and historic resources, which are less certain to exist. RPA treats all these resources equally in coming up with an in-situ value, something reporting standards expressly prohibit*⁷¹⁹.

605. Ante estas graves carencias, no puede más que concluirse que el MTR no constituye un método de valuación de activos mineros confiable.

7.4.1.2 Los activos mineros seleccionados por RPA no son comparables con el Proyecto

606. Los proyectos mineros seleccionados por RPA no son comparables con el Proyecto por (i) encontrarse en lugares distintos; (ii) tener una composición mineral y costos

⁷¹⁷ *Id.* (el resaltado es nuestro).

⁷¹⁸ *Id.*, párr. 100 (el resaltado es nuestro).

⁷¹⁹ *Id.*, párr. 101 (el resaltado es nuestro).

de producción diferentes; (iii) contar con recursos minerales sujetos a densidades diferentes; y (iv) encontrarse en etapas de exploración distintas⁷²⁰:

- Ubicación geográfica: Solo 1 de los activos mineros seleccionados por RPA se encuentra en Bolivia. Los demás están en Argentina, Chile, Guatemala, México y Perú.

El país donde se encuentra un proyecto minero reviste fundamental importancia. Salvo por Guatemala, Bolivia ha sido considerado uno de los 10 países menos atractivos para inversiones mineras, encontrándose muy por debajo de Argentina, Chile, México y Perú. La ubicación también es relevante porque cada región tiene vías de transporte, clima y costos de energía diferentes, haciendo más o menos difícil, dependiendo del caso, desarrollar un proyecto minero. La relevancia de la ubicación geográfica para el valor de un proyecto minero es evidente.

- Composición mineral y costos de producción: Los recursos minerales identificados en el Proyecto y en los proyectos mineros utilizados como comparables son marcadamente distintos. Por ejemplo, ninguno de los proyectos mineros supuestamente comparables tiene indio o galio, metales que sí están presentes en el Proyecto, según SAS, en cantidades elevadas⁷²¹. Algunos de los proyectos comparados tienen oro, mientras que el Proyecto no lo tiene. La diferencia en el *mix* de metales puede tener un impacto considerable en los costos de producción, especialmente si el método a ser empleado para la extracción de tales metales es nuevo⁷²². Como explica Brattle:

⁷²⁰ Las siguientes consideraciones se basan en la sección IV A) de Brattle, **RER-3**.

⁷²¹ Demanda, párr. 3: “Era claro que el Proyecto Minero Malku Khota se clasificaba como uno de los recursos más grandes de plata, indio y galio del mundo”.

⁷²² Que, como reconoce SAS, es precisamente nuestro caso: “Para poder extraer estos diversos metales de las arsénicas obtenidas en Malku Khota, South American Silver y su matriz SASC inventó y patentó un proceso hidrometalúrgico de propiedad exclusiva [...] Todos los componentes individuales de la recuperación de metales han sido probados en otras operaciones; sin embargo, al mejor saber y entender de RPA, éstos no han sido combinados de forma secuencial en una aplicación comercial”. Demanda, párr. 44.

*Non-proven technology can cause unanticipated increases in costs, which can translate to large decreases in value compared to similar properties that use standard extraction methods*⁷²³.

- Densidad de la plata: La densidad de la plata en los proyectos mineros comparables es de 3 a 61 veces mayor a aquella existente en el Proyecto, según RPA. Esto tiene un impacto directo en el valor del activo: a mayor densidad del recurso mineral, mayor valor del proyecto minero.
- Etapas de exploración: Los proyectos mineros supuestamente comparables se encuentran en etapas distintas al Proyecto: en la mayoría de casos, se encuentran en etapas anteriores y, en algunos pocos casos, en etapas más avanzadas. La diferente etapa de los proyectos tiene dos consecuencias importantes: *Primero*, que 6 de los 14 proyectos mineros seleccionados por RPA no cuentan con un *NI 43-101 compliant resource statement*, estándar que regula y tiende a garantizar la exactitud de los recursos y reservas minerales cuya existencia se informa al público⁷²⁴. *Segundo*, que 9 de los proyectos mineros utilizados como comparables solo cuentan con recursos minerales *inferidos* o *históricos*. Estas diferencias hacen menos confiable la cantidad y calidad de los recursos minerales existentes y, por ende, impide que los activos mineros sean comparables.

607. La gran cantidad de diferencias existentes entre el Proyecto y los proyectos mineros comparables, las cuales tienen un gran impacto en sus respectivos valores, hace inviable considerarlos “similares”. La mejor prueba de ello, reiteramos, se encuentra en la valuación realizada por RPA: los proyectos mineros comparables requieren un ajuste de entre 500% y 14,000% para alcanzar el valor asignado por RPA al Proyecto.

7.4.1.3 *El análisis de transaction comparability realizado por RPA es subjetivo y está fundamentalmente errado*

608. RPA utiliza un método sin respaldo científico para determinar el valor de las compraventas opcionales que considera como comparables **(a)**. Incluso si dicho método fuese válido (*quod non*), la fecha en que las compraventas opcionales se celebraron es razón suficiente para descartarlas con fines de comparación **(b)**.

⁷²³ Brattle, párr. 61, **RER-3**.

⁷²⁴ *Id.*, párr. 73, **RER-3**.

a) *El método de valuación de opciones es ad hoc y no tiene respaldo científico*

609. De las 14 compraventas seleccionadas por RPA como supuestamente comparables, 5 no son más que derechos de opción para la adquisición de acciones emitidas por la compañía tenedora del activo minero.

610. RPA utiliza un método *ad hoc* para inferir cuál habría sido el precio de la compraventa a partir de las opciones, al que denomina *Option Agreement Terms Analysis*. Además de no contar con respaldo científico, dicho método viola principios financieros básicos. Como explica Brattle:

*This approach was developed by one of the authors of the RPA Report in 2007, but has not been published in a major finance or economics journal and has not been peer reviewed. More importantly, as explained below, it is contrary to well-established principles of option pricing that are standard in financial economics and that form the basis of rigorous valuation techniques applied to a wide variety of derivative financial instruments and physical assets*⁷²⁵.

611. El elemento fundamental del *Option Agreement Terms Analysis* es la probabilidad de que el titular de la opción finalmente decida ejercerla (*Probability of Realization*). Dicha probabilidad, multiplicada por el monto que debe pagarse en cada momento en que la opción puede ser ejercida, arroja según RPA el valor implícito de la compraventa⁷²⁶. Notablemente, RPA no brinda ningún criterio para definir la *probabilidad de realización*, siendo su determinación totalmente subjetiva. Como explica Brattle:

*The only information RPA provided about how the probability of realization is determined is that it should decrease over time, so that optional payments that are farther into the future are assigned a lower probability. There are an infinite number of possibilities that satisfy this condition, and RPA provided no explanation as to how their specific probabilities were determined*⁷²⁷.

612. Como demuestra Brattle, 4 de las 5 compraventas opcionales nunca se concretaron⁷²⁸.

⁷²⁵ *Id.*, párr. 88 (el resaltado es nuestro), **RER-3**.

⁷²⁶ *Id.*, párr. 87.

⁷²⁷ *Id.*, párr. 90 (el resaltado es nuestro).

⁷²⁸ *Id.*, Apéndice A.

613. En cualquier caso, como se explicó al inicio de esta sección, RPA consideró inicialmente 14 compraventas con fines de comparación, de las cuales terminó quedándose sólo con 6, las que utilizó para calcular un MTR promedio que posteriormente aplicó para valuar el Proyecto. Toda vez que de las 6 transacciones finalmente seleccionadas, 3 fueron compraventas opcionales, los errores antes descritos afectan fatalmente las conclusiones de RPA⁷²⁹.

614. A la misma conclusión se llega al considerar la fecha en que las compraventas supuestamente comparables fueron celebradas.

b) El período cubierto por las compraventas supuestamente comparables es excesivo y distorsiona la valuación

615. Brattle identifica varios otros errores en el análisis de *transaction comparability* efectuado por RPA⁷³⁰. Aquí simplemente nos referiremos al *injustificadamente* amplio período de tiempo abarcado por las compraventas que RPA considera comparables. Concretamente, 10 de las compraventas consideradas por RPA se celebraron más de 24 meses antes de la Fecha de Valuación FTI (y algunas hasta casi 5 años antes)⁷³¹, lo que impide la realización de ajustes confiables. Como explica Brattle:

*Given the fluctuation of metal prices and mining costs, as well as market conditions in the world economy in recent years, which include the global financial crisis, the ensuing global recession, and the ongoing recovery, reliable adjustments for these differences in timing cannot be made*⁷³².

616. Con independencia de los evidentes problemas que acarrea considerar un período de tiempo tan amplio⁷³³, uno de los autores del Informe RPA reconoce que, en la industria minera, el análisis de comparabilidad normalmente debe considerar únicamente compraventas realizadas meses antes de la fecha de valuación (hasta 18 meses, como máximo):

As the market for non-producing mineral properties changes over time, market comparable transactions should be within a reasonable time

⁷²⁹ *Id.*, párr. 93.

⁷³⁰ Ver sección IV (b) de Brattle, **RER-3**.

⁷³¹ Ver Tabla 12-1 y Apéndice 2, Informe Pericial RPA, **CER-2**.

⁷³² Brattle, párr. 94 (el resaltado es nuestro), **RER-3**.

⁷³³ *Id.*, párr. 95 (el resaltado es nuestro).

*period of the subject property valuation date and in similar market conditions. Typical time periods may be within 6 to 18 months, depending on market conditions and number of transactions available for analysis*⁷³⁴.

617. Por razones desconocidas, RPA deja totalmente de lado dicha práctica en su valuación del Proyecto.
618. Las 6 transacciones finalmente consideradas por RPA como *comparables* (de las 14 originalmente analizadas) exceden el período de 18 meses antes mencionado. Concretamente, todas ellas ocurrieron entre febrero de 2007 y abril de 2010, es decir, entre 2 y 5 años antes de la Fecha de Valuación FTI, lo que descarta su relevancia con fines de comparabilidad.

7.4.1.4 *La determinación del MTR aplicable al Proyecto es arbitraria*

619. El procedimiento seguido por RPA – una vez obtenidos los MTRs de los diversos activos comparables – para determinar el valor del Proyecto es totalmente arbitrario. La sola descripción de los pasos seguidos por RPA así lo confirma:

- *Primero*, RPA descarta los MTRs que están en los extremos por considerarlos como *outliers*, seleccionando luego, de los 12 MTRs restantes, aquellos 6 que están en el rango medio. Esta selección deja de lado propiedades mineras que serían, según la misma RPA, más comparables al Proyecto. Como señala Brattle:

*For example, one transaction deemed 50% comparable by RPA is included in the range, but four others are not. A transaction deemed 80% comparable by RPA is excluded, but four of the six that are included have lower comparability factors according to RPA's data*⁷³⁵.

- *Segundo*, a pesar de que los 6 MTRs seleccionados generan un rango entre 1.0% y 2.5%, RPA fija el MTR a ser aplicado al Proyecto en 2% sin seguir ningún criterio objetivo.

⁷³⁴ W. E. Roscoe, *Valuation of non-producing mineral properties using market comparables*, Journal of Business Valuation, 15 de julio de 2007, pág. 215 (el resaltado es nuestro), **R-127**.

⁷³⁵ Brattle, párr. 113, **RER-3**.

- Tercero, en una clara contradicción con su propio informe, RPA aplica un MTR de 1% al recurso mineral identificado en el *low grade halo*⁷³⁶, incrementando así artificialmente el valor del Proyecto. Como explica Brattle:

With no explanation, RPA also applies an MTR of 1% to the in-situ resource in the low grade halo, which RPA concludes cannot be classified as a mineral resource, to add \$9 million to the valuation, with a range of \$4 million to \$11 million. It is unacceptable to add value to mineralized zones that are not resources in any valuation study⁷³⁷.

620. Este arbitrario procedimiento genera, naturalmente, resultados inconsistentes. Prueba de ello es que, si aplicásemos el MTR de 2% (seleccionado por RPA) a los proyectos mineros utilizados por RPA como comparables, obtendríamos valores muy distintos a los determinados por RPA⁷³⁸. Como explica Brattle:

Using an MTR of 2% would value Dios Padre at \$36 million, whereas the transaction value was \$1.9 million, an overvaluation by a factor of about 19. It would overvalue Pulacayo by a factor of 8, undervalue Escobal by factor of about 5, and so on⁷³⁹.

621. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral debe rechazar la valuación en base a comparables efectuada por RPA.

7.4.2 Las valuaciones realizadas por los cuatro analistas que utiliza FTI no son confiables porque tres de ellos no son independientes de SASC y, en cualquier caso, todas las valuaciones adolecen de errores fundamentales

622. Como señalamos antes, FTI otorga un 25% de valor al *promedio* de las valuaciones realizadas por los analistas Byron, Edison, Redchip y NBF⁷⁴⁰. El Tribunal Arbitral no debe otorgar ningún valor a dichas valuaciones, al menos, por cuatro razones⁷⁴¹.

⁷³⁶ Como explica Brattle “*The “low grade halo” is an area which GeoVector Management, Inc. (“GeoVector”) identifies as a “a less well defined part of the Malku Khota deposit”*. Brattle, Nota al Pie 129, **RER-3**.

⁷³⁷ *Id.*, párr. 117 (el resaltado es nuestro).

⁷³⁸ *Id.*, Tabla 8.

⁷³⁹ *Id.*, párr. 118.

⁷⁴⁰ Ver Figure 18 – Project FMV Conclusion, Informe Pericial FTI, **CER-1**.

⁷⁴¹ El desarrollo siguiente se basa principalmente en la sección V de Brattle, **RER-3**.

623. En *primer lugar*, porque 3 de los 4 analistas antes referidos (Edison, Redchip y NBF) no eran independientes de SASC al momento de realizar su valuación.

624. Comentando el caso de Redchip, Brattle explica que:

*SASC paid RedChip for investor awareness and relations services during 2010 and 2011. SASC also provided RedChip with warrants, which are assets whose value rises if SASC's share price rises. RedChip stated that the April 3, 2012 report on which FTI relied was issued with the intention to engage in business with SASC again*⁷⁴².

625. Y la propia RedChip declaró en su informe que:

*RedChip Companies, Inc. intends to seek compensation from SAC for investor relations services within the next three months, following the publication of the research report [...]*⁷⁴³.

626. En el caso de Edison, la primera página de su informe señala que “*South American Silver is a research client of Edison Investment Research Limited*” y, seguidamente, afirma que el reporte “*has not been prepared in accordance with the legal requirements designed to promote the independence of investment research*”⁷⁴⁴ (énfasis agregado).

627. Finalmente, el informe de NBF fue preparado por Wellington West Capital Markets Inc. (“**WWCMI**”), compañía que, además de haber sido el principal *underwriter* en la colocación privada de acciones de SASC en 2010, es titular – directamente o a través de sus filiales – de más del 1% de las acciones de SASC. En este contexto, cualquier incremento en el valor de las acciones de SASC hubiese beneficiado a NBF⁷⁴⁵.

628. Queda claro que estos 3 analistas no son independientes de SASC, sea porque (i) a través de sus reportes buscaron retomar negocios o reclamar el pago de una compensación de SASC (*RedChip*), (ii) SASC es cliente del analista (*Edison*), o (iii) el analista es accionista de SASC (*NBF*). Consistente con esta falta de independencia, las valuaciones de estos 3 analistas son las más altas de las que FTI consideró.

⁷⁴² Brattle, párr. 135 (el resaltado es nuestro), **RER-3**.

⁷⁴³ Anexo al Informe Pericial FTI 37, **CER-1**.

⁷⁴⁴ Brattle, párr. 134, **RER-3**.

⁷⁴⁵ *Id.*, párr. 136.

629. En *segundo lugar*, las valuaciones realizadas por los analistas no son confiables como demuestra la gran desproporción entre ellas. Por ejemplo, existe una diferencia de 450% (o US\$ 726 M) entre las valuaciones de Byron y Edison⁷⁴⁶. Esto, como dice Brattle, “*should give one pause*”⁷⁴⁷.
630. En *tercer lugar*, los analistas valúan el Proyecto utilizando el método de FFD, método que los expertos de SAS reconocen no puede aplicarse en el presente caso⁷⁴⁸. Esto denota una grave inconsistencia en la valuación de FTI: a pesar de que acepta la inaplicabilidad del método de FFD, lo aplica indirectamente al otorgarle un 25% de valor a la valuación realizada por los analistas utilizando el FFD.
631. En *cuarto lugar*, los analistas parten de premisas erradas que FTI pasa por alto al no realizar un análisis crítico de los informes⁷⁴⁹. En su valuación, *Edison* no incluye los gastos de capital necesarios para que el Proyecto inicie operaciones (es decir, valúa el Proyecto como si fuese ya una mina en producción). La valuación de *RedChip* no toma como base el PEA 2011 sino, por el contrario, sus expectativas *subjetivas* respecto del futuro del Proyecto⁷⁵⁰ (lo que constituye un grave error puesto que un comprador hipotético considerará el reporte técnico más actualizado del Proyecto – el PEA 2011 – al definir cuánto pagar). *Byron*, al calcular los flujos futuros del Proyecto, omite descontar aquellos que se generarían durante el período 2021 – 2030, sobrevaluando el Proyecto en más de 300%. Todos los errores de los analistas resultan en una importante sobrevaluación del Proyecto (que debió ser corregida por FTI).
632. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral no debe otorgar ningún valor a las valuaciones realizadas por Byron, Edison, Redchip y NBF.
633. El Tribunal Arbitral también debe rechazar la valuación realizada por FTI basada en las dos colocaciones privadas de acciones ocurridas entre abril y mayo de 2012, toda vez que, como explica Brattle, diversos factores (con un impacto directo en el valor

⁷⁴⁶ *Id.*, párr. 131.

⁷⁴⁷ *Id.*

⁷⁴⁸ Informe Pericial FTI, párr. 8.33, **CER-1**; Informe Pericial RPA, pág. 3-1, **CER-2**.

⁷⁴⁹ Brattle, párrs. 140-147, **RER-3**.

⁷⁵⁰ “[b]ased on our assumption that the Company will increase its silver and indium production estimates in its updated economic assessment, we have revalued the deposit to take this into account”. Anexo FTI 37, p. 1, **CER-1**.

del Proyecto) sufrieron sensibles alteraciones entre dichas fechas y la Fecha de Valuación FTI. Como explica Brattle, “[T]he silver spot price fell by 13%, the TSX market index fell by 5%, and an index of the publicly traded companies that FTI deemed comparable to SASC fell by 23%”⁷⁵¹.

634. Por todo lo anterior, el Tribunal debe rechazar totalmente las valuaciones efectuadas por RPA y FTI.

7.5 La valuación del Proyecto no debe considerar hechos posteriores a la Fecha de Valuación Bolivia

635. Conforme al Tratado, el Proyecto debe valuarse al 9 de julio de 2012, día inmediatamente anterior a aquél en que SASC informó al mercado acerca de la intención de Bolivia de revertir las Concesiones Mineras (la “**Fecha de Valuación Bolivia**”) (7.5.1).

636. Contrariamente a lo señalado por SAS, la doctrina y jurisprudencia internacionales coinciden en que la falta de pago de compensación no convierte *per se* una expropiación en ilícita (7.5.2). En cualquier caso, resultaría arbitrario considerar la fecha del laudo a los fines de la valuación del Proyecto (7.5.3).

7.5.1 Conforme al Tratado, el Proyecto debe valuarse a la Fecha de Valuación Bolivia

637. Según SAS, la fecha de valuación debe ser el 6 de julio de 2012 “*fecha inmediatamente anterior al anuncio de Bolivia de la nacionalización*”⁷⁵². El anuncio de nacionalización se habría concretado el 8 de julio de 2012⁷⁵³, cuando Bolivia hizo pública la firma del Acta de Entendimiento. Según indica SAS:

*La firma de esta Acta de Entendimiento se hizo pública la mañana siguiente. Marca formalmente el comienzo del proceso de expropiación y debe, por ende, ser usado como para determinar la Fecha de Valuación para propósitos de evaluar la compensación debida a South American Silver en virtud del Artículo 5 del TBI*⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Brattle, párr. 151, **RER-3**.

⁷⁵² Demanda, párr. 10.

⁷⁵³ SAS no considera el 7 de julio de 2012 como fecha de valuación puesto que se trató de un día sábado. El día hábil inmediatamente anterior al 8 de julio de 2012 es el viernes 6 de julio de 2012.

⁷⁵⁴ Demanda, párr. 89.

638. Adoptar el 6 de julio de 2012 como fecha de valuación es injustificado y se contradice manifiestamente con lo señalado en las notas de prensa emitidas por SASC. En efecto, en la nota de prensa del 9 de julio de 2012, SASC informó al mercado que – a dicha fecha – no se había producido ninguna alteración en el estatus de las Concesiones Mineras o del Proyecto y que SASC continuaba trabajando con el Gobierno boliviano para desarrollar el Proyecto hasta su máximo potencial:

*Also, on Sunday, President Evo Morales and the Government Minister Carlos Romero agreed that a “prior consultation” among all indigenous communities in the Project area would be needed to proceed to determine the direction of the Project based on the consensus view of all communities. At this time there has been no change in the status of the project concession. The Company is continuing to work with the government at all levels and with the local communities to agree on an approach to development that is inclusive of all communities in the project area and allows development of the Malku Khota project to its fullest potential*⁷⁵⁵.

639. Fue recién el 10 de julio de 2012 que SASC informó al mercado que – ese mismo día – Bolivia había anunciado su intención de nacionalizar las Concesiones Mineras:

*South American Silver Corp. (TSX: SAC, US OTC: SOHAF) today expressed extreme disappointment in statements made this evening by the Bolivian government that it intends to nationalize the company’s development stage Malku Khota silver-indium-gallium project*⁷⁵⁶.

640. A la luz de las declaraciones recién transcritas, SAS no puede afirmar que el Acta de Entendimiento “*Marca formalmente el comienzo del proceso de nacionalización*”⁷⁵⁷. En su nota de prensa del 9 de julio de 2012, SASC aludió a la suscripción del Acta de Entendimiento y señaló que aquella no generó ningún impacto en el status de las Concesiones Mineras o del Proyecto. Por lo demás, si lo que SAS alega fuese cierto, SASC habría mentido al mercado y violado, *inter alia*, las regulaciones establecidas en su *Corporate Disclosure Policy*⁷⁵⁸.

⁷⁵⁵ Nota de Prensa de SASC, del 9 de julio de 2012, *Two employees freed, South American Silver in discussion with Bolivian government and indigenous authorities* (el resaltado es nuestro), **R-128**.

⁷⁵⁶ Nota de Prensa de SASC, *South American Silver Responds Strongly to Bolivian Government Statements* del 10 de julio de 2012 (el resaltado es nuestro), **R-129**.

⁷⁵⁷ Demanda, párr. 89 (el resaltado es nuestro).

⁷⁵⁸ De acuerdo con la Sección VII - *Disclosure of Material Changes and Material Information* de la Política Corporativa de Información de SASC, “*The Company is required by law to immediately disclose a “material change” in its business. A material change is a change in the business, operations or capital of the Company that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the Company [...] In complying with*

641. Por todo lo anterior, conforme al artículo V(1) del Tratado, la fecha de valuación debe ser el día 9 de julio de 2012 – fecha que, según la propia SASC, resulta inmediatamente anterior a “*hacerse pública la inminente expropiación*”.

7.5.2 Contrariamente a lo sostenido por SAS, la falta de pago de compensación no convierte *per se* una expropiación en ilícita

642. SAS señala tener derecho a compensación “*en base al valor más alto entre el valor de mercado al momento de la expropiación más intereses o el valor a la fecha del laudo*”⁷⁵⁹. SAS sustenta este derecho en el carácter ilícito de la expropiación, que vendría dado porque “*Bolivia no pagó ni ofreció siquiera pagar una compensación contemporánea*”⁷⁶⁰.

643. Como Bolivia explicó anteriormente⁷⁶¹, la falta de compensación no convierte *per se* una expropiación en ilegal. Así lo reconocen las recientes decisiones emitidas en los casos *Tidewater* y *Exxon Mobil*:

644. En *Tidewater*:

*An expropriation only wanting fair compensation has to be considered as a provisionally lawful expropriation, precisely because the tribunal dealing with the case will determine and award such compensation*⁷⁶².

*More recent investment arbitral practice also supports the same approach. In Santa Elena, the Tribunal determined compensation at the date of the taking on the basis that the expropriation was lawful, even though no compensation had been paid for many years. In Goetz v. Burundi, the Tribunal held that, all other conditions for a lawful taking having been met, the failure to pay prompt and adequate compensation did not suffice ‘to taint this measure as illegal under international law’*⁷⁶³.

the requirement to immediately disclose all material information under applicable laws and stock exchange rules, the Company will adhere to the following additional basic disclosure principles: [...] all disclosures must include any information the omission of which would make the rest of the disclosure misleading (half truths are misleading)” (el resaltado es nuestro), **R-130**.

⁷⁵⁹ Demanda, párr. 177.

⁷⁶⁰ *Id.*, párr. 164.

⁷⁶¹ Sección 6.1.3 *supra*.

⁷⁶² *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párr. 141, (el resaltado es nuestro), **RLA-106**.

⁷⁶³ *Id.*, párr. 135 (el resaltado es nuestro). El tribunal *Tidewater* presenta diversas razones adicionales por las cuales la falta de compensación no puede acarrear la ilegalidad de la expropiación. *Ver id.*, párrs. 130-146.

645. En *Exxon Mobil*:

[E]l mero hecho de que un inversor no haya recibido compensación no convierte en sí mismo a una expropiación en ilegal⁷⁶⁴.

646. Las decisiones *Tidewater* y *Exxon Mobil* recogen la evolución de una línea doctrinal y jurisprudencial que ha sido aplicada por numerosos tribunales internacionales: la falta de pago de una compensación no convierte la expropiación en una privación ilícita *per se* (*per se illegal dispossession*⁷⁶⁵).

647. Por ello, en los casos en los que el único incumplimiento del Estado es no haber pagado la compensación debida en virtud de un tratado, los tribunales internacionales fijan como compensación el valor de lo expropiado a la fecha en que tuvo lugar la expropiación, más intereses⁷⁶⁶. Son los intereses los que compensan al inversionista por la demora en el pago. Cuando el único incumplimiento del Estado ha sido el de no compensar, el remedio no puede ser el mismo que cuando el incumplimiento conlleva también una violación de las condiciones del debido proceso, utilidad pública o no discriminación.

648. En cualquier caso, la doctrina internacional reconoce que al evaluar una expropiación deben tomarse en consideración las acciones desplegadas por el Estado expropiante y las demás circunstancias de hecho del caso concreto:

⁷⁶⁴ *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 301, (el resaltado es nuestro), **RLA-105**.

⁷⁶⁵ *Former King of Greece y otros c. Grecia*, caso CEDH No. 25701/94, Gran Sala, sentencia sobre satisfacción equitativa del 28 de noviembre de 2002, párr. 78, **RLA-107**.

⁷⁶⁶ *Id.*, párr. 78 (“*However, in case of non-restitution, the compensation to be fixed in the present case need not, unlike in the above-mentioned cases concerning per se illegal dispossession, reflect the idea of wiping out all the consequences of the interference in question. As the lack of any compensation, rather than the inherent illegality of the taking, was the basis of the violation found, the compensation need not necessarily reflect the full value of the properties*”), (el resaltado es nuestro); *Scordino c. Italia (No. 1)*, caso CEDH No. 36813/97, Gran Sala, sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 99 (“*In the instant case, having regard to the fact that it has already been established that the interference in question satisfied the requirement of lawfulness and was not arbitrary, less than full compensation does not make the taking of the applicants’ property eo ipso wrongful (see, mutatis mutandis, The former King of Greece and Others (just satisfaction), cited above, § 78*”), **RLA-108**; *Bernardus Henricus Funnekotter y otros c. República de Zimbawe*, caso CIADI No. ARB/05/6, laudo del 22 de abril de 2009, párr. 115 (“*The Tribunal is of the opinion that the damages suffered by the Claimants must be evaluated at the date of dispossession*”), **CLA-34**; *Börekeçioğulları (Çökmez) y otros c. Turquía*, caso CEDH No. 58650/00, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2006, párr. 37, **RLA-109**; y *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI No. ARB/96/1, laudo del 17 de febrero de 2000, **CLA-87**.

It appears also that the requirement of good faith should be given an important role in deciding on the lawfulness of expropriation. If on the facts of the particular case, a tribunal establishes that a State has made good faith efforts to comply with its obligation to pay compensation, it should not be held to be in violation of the compensation requirement. For example, a good faith offering of, or provision for, compensation (even if not in sufficient amount, as long as not manifestly unreasonable) should render the expropriation lawful⁷⁶⁷.

649. Bolivia actuó de manera razonable y de buena fe desde un inicio.
650. *Primero*, Bolivia estableció en el artículo 4 del Decreto que, dentro de un plazo de 120 días hábiles, contrataría a una empresa valuadora independiente para valorar las inversiones realizadas por CMMK⁷⁶⁸.
651. *Segundo*, el día 9 de diciembre de 2012 (*i.e.* dentro del plazo establecido en el Decreto), Bolivia solicitó públicamente la presentación de expresiones de interés para la contratación del servicio de valuación antes indicado⁷⁶⁹. Este proceso culminó con la contratación de la empresa Quality.
652. *Tercero*, la empresa valuadora contratada elaboró el Informe Quality.
653. *Cuarto*, tanto antes como después de la Reversión de las Concesiones Mineras, Bolivia mantuvo negociaciones con SAS para intentar llegar a un acuerdo sobre la presente disputa. Estas negociaciones incluso conllevaron la suspensión temporal del presente procedimiento arbitral, habiéndose celebrado de forma más frecuente luego de la emisión del Informe de Quality.
654. La importancia de estas negociaciones no puede pasar desapercibida. En el caso *Exxon Mobil c. Venezuela* arriba citado, el tribunal determinó que las propuestas realizadas por Venezuela durante las negociaciones contemporáneas a la nacionalización bastaban para entender cumplido el requisito de compensación justa exigido por el tratado aplicable – y, por tanto, para concluir que la expropiación no fue ilícita⁷⁷⁰. En la presente disputa, los hechos que demuestran la voluntad de

⁷⁶⁷ S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 68, (el resaltado es nuestro), **RLA-103**.

⁷⁶⁸ Decreto de Reversión, artículo 4, **C-4**.

⁷⁶⁹ Invitación a presentar manifestaciones de interés publicadas en la prensa del 9 de diciembre del 2012, **R-98**.

⁷⁷⁰ *Venezuela Holdings y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/07/27, laudo de 9 de octubre de 2014, párr. 305, **RLA-105**.

Bolivia de compensar a SAS son aún más palmarios que en *Exxon Mobil c. Venezuela*. Mientras que Venezuela no previó una compensación en su decreto de nacionalización, Bolivia sí lo hizo en el Decreto de Reversión y contrató a una empresa para que valúe el Proyecto⁷⁷¹.

655. Bolivia aporta, por tanto, tres hechos que deben ser tenidos en cuenta por el Tribunal Arbitral para determinar la licitud de la alegada expropiación (i) la previsión de una compensación en el Decreto, (ii) las negociaciones entre Bolivia y SAS para llegar a un acuerdo, tanto antes como después de la Reversión de las Concesiones Mineras, y (iii) la adjudicación de la valuación del Proyecto a una empresa independiente. Además de ello, el monto de compensación es objeto ahora de discusión en el presente arbitraje donde se debatirá, en el escenario no consentido de que el Tribunal Arbitral considere que tiene jurisdicción y que Bolivia incumplió sus obligaciones internacionales, con la participación de expertos económicos, el justo valor de mercado del Proyecto. En este contexto, la Reversión de las Concesiones Mineras no puede considerarse una medida contraria al Tratado por falta de compensación.
656. Si el Tribunal Arbitral considerase que existió algún retraso en la valuación del Proyecto (*quod non*), ella no resulta imputable a Bolivia. Cualquier retraso en la contratación de la empresa valuadora se debió a la falta de información de COMIBOL sobre el Proyecto⁷⁷², agravada por la pretensión de SAS (concedida por el Tribunal) de mantener en estricta confidencialidad toda la información del Proyecto. Asimismo, la complejidad del trabajo que Quality debió realizar no puede ser menospreciada. No contando con mayor información respecto del Proyecto, COMIBOL y Quality debieron realizar un extenso trabajo de campo y levantamiento de información para determinar las operaciones realizadas en el pasado por CMMK y, así, calcular las inversiones realizadas.
657. SAS cita el caso *Rurelec* para sustentar la pretendida ilegalidad de la expropiación por falta de compensación⁷⁷³. Los hechos de dicho caso, no obstante, no soportan su

⁷⁷¹ Esto es reconocido por SAS en el párr. 101 de la Demanda.

⁷⁷² Carta del 24 de agosto de 2012 de COMIBOL a SAS, C-20.

⁷⁷³ Demanda, párr. 143.

posición: el tribunal *Rurelec* basó su decisión en que nunca existió una intención de compensar⁷⁷⁴.

658. SAS también cita el caso *Amoco* con un propósito similar. No obstante, en dicho caso el tribunal iraní-americano señaló que “*the compensation to be paid in case of a lawful expropriation (or of a taking which lacks only the payment of a fair compensation to be lawful) is limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession*”⁷⁷⁵.
659. SAS también sostiene que la expropiación fue ilegal porque Bolivia sólo ofreció reembolsar las inversiones realizadas por SAS en el Proyecto⁷⁷⁶. Esta observación es incorrecta, al menos, por *dos* razones. *Primero*, porque como se reconoció en la reciente decisión *Tidewater*, los tratados bilaterales de inversión no establecen qué método debe ser empleado para definir el importe de la compensación, correspondiendo esta labor al tribunal arbitral:

*Claimants submit that the taking is to be treated as illegal, since the Reserve Law mandates a level of compensation that is limited to the book value of the assets and it prohibits the taking into account of lost profits or indirect damages [...] The Tribunal observes that Article 5 defines the compensation payable for expropriation simply as ‘the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation’. It does not prescribe how that market value is to be determined [...] The appropriate method of valuation will depend upon the context [...] The record does not demonstrate a refusal on the part of the State to pay compensation. Rather, it discloses that the Parties were unable to agree on the basis or the process by which such compensation would be calculated and paid. This is therefore a task that they have submitted to this Tribunal. For present purposes, it suffices to conclude that the present expropriation was lawful, since it wants only compensation, a matter vouchsafed by the Parties to this Tribunal to determine according to the standards prescribed in the BIT*⁷⁷⁷.

⁷⁷⁴ *Guaracachi America, Inc. y Rurelec Plc c. Estado Plurinacional de Bolivia*, caso CPA No. 2011-17, laudo del 31 de enero de 2014, párr. 438, **RLA-29**. Bolivia enfáticamente rechaza la conclusión a que arribó el tribunal *Rurelec*.

⁷⁷⁵ *Amoco Internacional Finance Corporation c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, caso del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos No. 56, laudo parcial del 14 de julio de 1987, párr. 196, (el resaltado es nuestro), **CLA-29**.

⁷⁷⁶ Demanda, párr. 102-103.

⁷⁷⁷ *Tidewater Investment Srl c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/10/5, laudo del 13 de marzo de 2015, párr. 143-146, (el resaltado es nuestro), **RLA-106**.

660. *Segundo*, porque como ya se demostró⁷⁷⁸, diversos tribunales arbitrales han aplicado el método de costos al valorar proyectos cuya rentabilidad futura es incierta y donde, por ende, cualquier daño es especulativo.
661. Finalmente, el Tribunal Arbitral debe notar las inconsistencias existentes en la posición de SAS. Mientras que, por un lado, SAS predica la ilegalidad de la expropiación (por falta de compensación) para “salir” del Tratado y demandar una valuación a la fecha del laudo, por otro lado SAS se mantiene “dentro” del Tratado, instruyendo a FTI a que realice su valuación bajo el estándar del FMV y aplique una tasa de interés legal⁷⁷⁹, conforme a lo dispuesto en el artículo V(1) del Tratado.
662. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral debe concluir que la valuación del Proyecto debe realizarse a la fecha de valuación establecida en el Tratado, no tomando en consideración – de ser el caso – su mayor valor a la fecha del laudo.

7.5.3 Resultaría arbitrario considerar la fecha del laudo a los fines de la valuación del Proyecto

663. Existen al menos *cuatro* razones adicionales para rechazar que la valuación del Proyecto sea realizada a la fecha del laudo.
664. En *primer lugar*, no existe razón para pensar que el pago del valor de mercado del Proyecto – a la fecha establecida en el Tratado – no bastará para compensar íntegramente los supuestos daños sufridos por SAS. Al contrario, toda vez que el artículo V(1) del Tratado pretende garantizar que el inversor salga indemne, debe considerarse que el estándar de compensación allí fijado garantiza la reparación íntegral⁷⁸⁰.
665. En *segundo lugar*, porque a diferencia de la fecha de valuación establecida en el Tratado, la fecha del laudo no guarda relación alguna con los hechos del caso (*i.e.* es

⁷⁷⁸ Ver sección 7.3.1 *supra*.

⁷⁷⁹ Informe Pericial FTI, párr. 12.8, **CER-1**.

⁷⁸⁰ De acuerdo con el artículo V(1) del Tratado, la compensación “*deberá responder al valor de mercado de las inversiones de capital inmediatamente antes de la fecha de hacerse efectiva la expropiación o de hacerse pública la inminente expropiación cualquiera que sea la anterior [...]*”, **C-1**.

una fecha arbitraria)⁷⁸¹. Utilizar dicha fecha sería contrario a las reglas que rigen la compensación. Como señala Ball:

The use of hindsight is arbitrary in that it considers all facts up to a fixed point in time –the time of the award– that bears no relation to the events in issue (except that it is later). If the award had been a year earlier or later, the facts would likely have been different, and the award different in amount. Furthermore, valuing an asset as of the time of the award is also wholly inconsistent with the principle that compensation must be ‘prompt’⁷⁸².

666. En *tercer lugar*, valorar a la fecha del laudo es inconsistente con el estándar de compensación basado en el FMV, que SAS reconoce como aplicable⁷⁸³ y que viene establecido por el artículo V(1) del Tratado. La determinación del FMV exige situarse en la fecha de valuación establecida en el Tratado y tomar en cuenta solamente la información razonablemente disponible a dicha fecha. Por ello, además de contradecir el análisis de su experto económico, valorar tomando como base la fecha del laudo lleva a *especular* sobre lo que hubiera pagado un comprador potencial *en dicho momento* por el Proyecto.
667. En *cuarto lugar*, porque no existe razón para pensar que, de haber seguido CMMK en el Proyecto, su valor se habría incrementado. Muy por el contrario, todo hace pensar que la situación social habría seguido agravándose hasta forzar a la propia CMMK a abandonar el Proyecto. Los infructuosos intentos de intermediación llevados a cabo por el Gobernador de Potosí así lo confirman⁷⁸⁴. En este contexto, si llegase a existir cualquier incremento de valor en el Proyecto a la fecha del laudo,

⁷⁸¹ SAS busca obtener los beneficios sin asumir los riesgos: si el valor se incrementa, busca que se le otorgue; si éste baja, no obstante, pretende que no lo afecte.

⁷⁸² Markham Ball, *Assessing Damages in Claims by Investors against States*, 16 ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 2001, pág. 417, **RLA-149**.

⁷⁸³ FTI utiliza la definición de valor de mercado establecida por el *American Institute of Certified Public Accountants* y las *Normas Internacionales de Valuación*. Según la primera, el valor de mercado es “*el precio, expresado en términos de equivalentes de efectivo, al cual una propiedad cambiaría de manos entre un hipotético comprador dispuesto y capaz y un hipotético vendedor dispuesto y capaz, actuando en igualdad de condiciones en un mercado abierto y sin restricciones, cuando ninguno de ellos esté bajo coacción para comprar o vender y cuando ambos tengan conocimiento razonable de los hechos pertinentes*” (el resaltado es nuestro), Demanda, párr. 187. De acuerdo con la segunda definición, “*Valor de Mercado es la cantidad estimada a la que se debe intercambiar una propiedad o responsabilidad en la Fecha de Valuación, entre un comprador y vendedor dispuestos, en una transacción en igualdad de condiciones después de una comercialización adecuada, en donde las partes actúan, con conocimiento, prudentemente y sin coacción*” (el resaltado es nuestro), Demanda, párr. 188.

⁷⁸⁴ Ver sección 3.4 *supra*.

éste sería atribuible precisamente a la salida de SAS y, por razones obvias, esta última no tendría por qué beneficiarse. De lo contrario, SAS se enriquecería injustificadamente.

668. A pesar de todo lo anterior, SAS pretende sustentar su solicitud de compensación a la fecha del laudo en los casos *Siemens*, *ADC* y *Vivendi*. Estos casos, sin embargo, son distinguibles del nuestro y no reflejan lo pretendido por SAS.
669. En efecto, en *Siemens* y en *Vivendi*, el tribunal no utilizó la fecha del laudo sino que consideró las inversiones realizadas hasta la fecha de la expropiación⁷⁸⁵ como valor de mercado de la inversión expropiada (i.e. aplicó el método del costo). Ambos tribunales rechazaron la compensación solicitada por el inversionista dado el carácter especulativo de los daños reclamados.
670. Sí es cierto, en cambio, que el laudo *ADC* determinó la compensación tomando en cuenta información posterior a la expropiación. No obstante, ello sólo ocurrió dada la existencia de circunstancias excepcionales consistentes en un aumento “*very considerably*” del valor de la inversión desde su expropiación⁷⁸⁶. En efecto, en *ADC* las proyecciones de ingresos de la concesión aeroportuaria cambiaron *radicalmente* desde su expropiación por Hungría (ocurrida en diciembre de 2001) habida cuenta del gran aumento en el tráfico de pasajeros verificado (factor externo); concretamente, se pasó a estimar que entre 2004 y 2008 el mercado aeroportuario húngaro aumentaría a un ritmo de 9,6% (el tercer mayor del mundo).
671. SAS no ha acreditado, en el presente caso, que luego de la reversión de las Concesiones Mineras se hayan producido circunstancias *excepcionales* que hayan incrementado el valor del Proyecto. Ni siquiera alega que ello haya ocurrido. En cualquier caso, si el valor del Proyecto se llegase a incrementar hasta la fecha de emisión del laudo, ello no obedecerá a causas *externas* sino a la salida de SAS del Proyecto. Por razones evidentes, SAS no puede beneficiarse de dicho mayor valor.

⁷⁸⁵ *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/8, laudo del 6 de febrero de 2007, párr. 377, **CLA-2**; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/97/3, laudo del 20 de agosto de 2007, párr. 8.3.13, **CLA-10**.

⁷⁸⁶ *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, laudo del 2 de octubre de 2006, párr. 496, **CLA-35**.

672. Igualmente distinguible es el caso *Chorzów*, en que SAS también pretende sustentar su solicitud de valuación a la fecha del laudo⁷⁸⁷. En *Chorzów*, la “toma” por parte de Polonia fue considerada ilegal porque dicho país no disponía de la prerrogativa de expropiar las empresas de propiedad alemana en Alta Silesia. Es por esa particular razón que la CPIJ concluyó que (i) se trataba de una confiscación y (ii) la compensación no estaba limitada al valor existente a la fecha de la confiscación:

*The action of Poland which the Court has judged to be contrary to the Geneva Convention is not an expropriation [...] it is a seizure of property, rights and interests which could not be expropriated even against compensation*⁷⁸⁸.

673. Por ello:

*[...] the compensation due to the German Government is not necessarily limited to the value of the undertaking at the moment of dispossession, plus interest to the day of payment. This limitation would only be admissible if the Polish Government had had the right to expropriate, and if its wrongful act consisted merely in not having paid to the two Companies the just price of what was expropriated*⁷⁸⁹.

674. En consecuencia, el caso *Chorzów* poco tiene que ver con el presente caso. Mientras que allí Polonia carecía del derecho a expropiar la inversión en cuestión, en la presente disputa no es discutible que Bolivia sí posee dicha prerrogativa y que su ejercicio es legítimo.

675. Por todo lo anterior, el Tribunal debe valorar el Proyecto a la Fecha de Valuación Bolivia sin considerar la fecha del laudo.

7.6 El Tribunal debe negar cualquier compensación a SAS por otras supuestas violaciones del Tratado distintas al artículo V(1)

676. No es correcto, como sostiene SAS, que los daños por causas distintas a la expropiación deban ser valuados en base al estándar del VJM (7.5.1). En cualquier caso, SAS no ha probado haber sufrido daños ni a cuánto ascenderían (7.5.2).

⁷⁸⁷ Demanda, párr. 168.

⁷⁸⁸ *Fábrica de Chorzów (Alemania c. Polonia)*, caso CPIJ No. 13, sentencia del 13 de septiembre de 1928, pág. 40, **CLA-69**.

⁷⁸⁹ *Id.*, págs. 39-40, (el resaltado es nuestro). Por ello, en su voto particular, el Juez Rabel destaca también que el Estado polaco no tenía “ningún derecho” a expropiar. *Id.*, voto particular del Juez Rabel, pág. 67.

7.6.1 No es correcto calcular daños por causas distintas a la expropiación en base al estándar del valor justo de mercado

677. Partiendo de la premisa de que no hay expropiación pero que, de todos modos, Bolivia habría violado otras obligaciones bajo el Tratado, SAS alega tener derecho a la compensación total de sus daños calculada conforme al estándar del VJM⁷⁹⁰.
678. La posición de SAS carece de asidero en el Tratado, que sólo ordena la compensación basada en el VJM para casos de expropiación⁷⁹¹.
679. Diversos tribunales arbitrales han confirmado que el estándar de compensación basado en el VJM no resulta aplicable a casos distintos a la expropiación. El tribunal del caso *Feldman*, por ejemplo, señaló que:

NAFTA provides no further guidance as to the proper measure of damages or compensation for situations that do not fall under Article 1110 (expropriation); the only detailed measure of damages specifically provided in Chapter 11 is in Article 1110(2-3), “fair market value,” which necessarily applies only to situations that fall within that Article 1110⁷⁹².

680. En el mismo sentido, en *S.D. Myers* se señaló que:

SDMI relies on authorities that include decisions of the Iran-United States Claims Tribunal, but they concern the measure of damages in an expropriation. While some assistance can be obtained from a consideration of these authorities, the NAFTA deals explicitly with the measure of damages for an expropriation and those provisions are not controlling in this case⁷⁹³.

681. El tribunal del caso *PSEG* también lo confirmó:

The Tribunal will accordingly consider first whether the claim to a fair market value of the Project is justified in light of the nature of the investment made. It must be noted in this respect that the BIT, like most treaties of its kind, provides for the fair market value as the measure for compensation only in connection with expropriation. Since the Tribunal has found above that there is no expropriation in this case, either direct or indirect, the fair market value does not appear to be justified as a measure for compensation in these circumstances [...] While the Tribunal has

⁷⁹⁰ Demanda, párr. 198.

⁷⁹¹ Artículo V(1) del Tratado, **C-1**.

⁷⁹² *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 194, (el resaltado es nuestro), **RLA-150**.

⁷⁹³ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, CNUDMI, Segundo laudo parcial del 21 de octubre de 2002, párr. 144, (el resaltado es nuestro), **CLA-76**.

found that there is in this case a breach of fair and equitable treatment, this breach relates not to damages to productive assets but to the failure to conduct negotiations in a proper way and other forms of interference by the Respondent Government. The appropriate remedies thus do not relate to a compensation for the market value of those assets but to a different objective⁷⁹⁴.

682. Por lo anterior, el estándar del VJM no resulta aplicable para calcular daños sufridos por causas distintas a la expropiación.

7.6.2 SAS no ha probado haber sufrido daños por supuestos incumplimientos del Tratado ni a cuánto ascenderían

683. Más allá de realizar afirmaciones genéricas, SAS no ha probado cuáles serían los daños que habría sufrido a causa de las demás violaciones del Tratado, ni a cuánto ascenderían.

684. En cuanto a lo *primero*, SAS no identifica cuáles serían los daños derivados de cada una de las violaciones del Tratado que alega. Por ejemplo, SAS señala que Bolivia habría violado su obligación de otorgar plena protección y seguridad porque “*al solicitarse su intervención, el Gobierno se rehusó o no prestó protección o asistencia de relevancia alguna a la Compañía*”⁷⁹⁵, pero no identifica cuáles serían los daños que se habrían derivado de dicho supuesto incumplimiento. Lo mismo ocurre con las demás alegadas violaciones del Tratado, lo que es una muestra elocuente de lo poco que SAS confía en estos reclamos.

685. Esta es una falencia fundamental del caso de SAS, puesto que el Tribunal debe poder analizar los daños específicos derivados de cada supuesta violación del Tratado. Como señaló el tribunal en el caso *S.D. Myers*:

*[t]he Tribunal will assess the compensation payable to SDMI on the basis of the economic harm that SDMI legally can establish*⁷⁹⁶.

686. Igualmente, en *LG&E* el tribunal señaló:

El concepto fundamental de 'daños' es [...] la reparación de los daños sufridos; una indemnización por un acto ilícito establecida judicialmente.

⁷⁹⁴ *PSEG Global, Inc. c. Turquía*, caso CIADI No. ARB/02/5, laudo del 19 de enero de 2007, párrs. 305-308, **CLA-51**.

⁷⁹⁵ Demanda, párr. 156.

⁷⁹⁶ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, laudo parcial del 13 de noviembre 2000, párr. 315-317, **RLA-125**.

*Según este enfoque y a fin de establecer la indemnización por trato discriminatorio, el Tribunal en Feldman v. México señaló que: “[...] en casos de discriminación [...] lo que adeude el Demandante será el monto de la pérdida o daño*⁷⁹⁷.

687. Además de probar el daño, como se explicó en la sección 7.2.4 *supra*, SAS debe probar la existencia de una relación causal adecuada entre la violación del Tratado y el daño. Como se señaló en *S.D. Myers*:

*Compensation is payable only in respect of harm that is proved to have a sufficient causal link with the specific [treaty] provision that has been breached; the economic losses claimed by [the claimant] must be proved to be those that have arisen from a breach of the [treaty], and not from other causes*⁷⁹⁸.

688. En cuanto a lo *segundo*, y en línea con lo anterior, SAS no ha proporcionado una valuación (ni total, ni individualizada) de los daños supuestamente sufridos a causa de cada una de las violaciones del Tratado que alega. FTI únicamente fue instruido para valorar daños en un escenario expropiatorio bajo el estándar del VJM⁷⁹⁹. FTI no realiza valuación alguna de (i) los daños supuestamente sufridos por SAS por causas distintas a la expropiación, ni (ii) bajo estándares distintos al VJM.

689. Por lo tanto, si el Tribunal concluye que Bolivia no violó el artículo V del Tratado, relativo a la expropiación, deberá negar cualquier compensación por falta de prueba.

8. INTERESES

690. SAS solicita el pago de intereses a la tasa de interés legal de Bolivia, equivalente al 6%. Para incrementar su reclamo, solicita, además, que los intereses sean compuestos y se capitalicen de manera trimestral⁸⁰⁰.

691. El artículo V(1) del Tratado, en la parte relativa a los intereses, dispone que:

⁷⁹⁷ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/1, laudo del 25 de julio de 2007, párr. 87, **RLA-134**.

⁷⁹⁸ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, laudo parcial del 13 de noviembre 2000, párr. 316, **RLA-125**. Ver también *BG Group Plc. c. Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 del diciembre de 2007 (“*The damage, nonetheless, must be the consequence or the proximate cause of the wrongful act*”), párr. 428, **CLA-04**; y *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, laudo del 30 de agosto de 2000, párr. 115, **RLA-141**.

⁷⁹⁹ Informe Pericial FTI, párr. 2.2 (“*Under the first scenario we have calculated the Claimant’s damages due to the alleged unlawful expropriation of the Project by the Respondent as the fair market value (“FMV”) of the Claimant’s interest in the Project as at July 6, 2012*”), **CER-1**. El único otro escenario de valuación de FTI es aquél basado en la restitución de las Concesiones Mineras.

⁸⁰⁰ Demanda, párr. 219-230.

Dicha compensación [...] debe incluir interés a una tasa normal comercial o legal, cualquiera que sea aplicable en el territorio de la Parte Contratante expropiante, hasta la fecha de pago [...].

692. La tasa de interés *comercial* debe preferirse en este caso respecto de la tasa de interés *legal* por ser conforme con la legislación boliviana y la realidad económica (8.1). Sin embargo, los criterios utilizados por SAS para calcular una tasa comercial *normal* son erróneos⁸⁰¹ (8.2). Si el Tribunal Arbitral considerase que el interés no debe calcularse únicamente en base a la tasa libre de riesgo, deberá concluir que la tasa de interés pre-laudo debe ser 2.9% (anual), tasa razonable y comúnmente utilizada (8.3). Los intereses deben ser simples, por cuanto la legislación boliviana prohíbe la capitalización de intereses (8.4).

8.1 La tasa de interés comercial debe preferirse respecto de la tasa de interés legal

693. En línea con los países de tradición civilista, la tasa de interés legal tiene una aplicación marginal (en el ámbito comercial) en Bolivia. Como estipula el artículo 411 del Código Civil boliviano, su propósito es servir de regla supletoria para aquellos casos en que las partes no han establecido la tasa de interés aplicable⁸⁰². Como será fácilmente intuido por el Tribunal Arbitral, estos casos son excepcionales puesto que la tasa de interés es un elemento fundamental en las operaciones con financiamiento. Sin duda alguna, y así lo ha reconocido FTI⁸⁰³, éste hubiese sido el caso de cualquier financiamiento al que habrían recurrido SAS o Bolivia.
694. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral no puede perder de vista que la tasa de interés legal es una tasa *máxima*. El Código Civil boliviano establece que cualquier cobro

⁸⁰¹ Las inconsistencias en el razonamiento de SAS son marcadas. El Informe FTI dedica varios párrafos (12.4-12.9) a explicar los criterios que supuestamente deben utilizarse para definir la tasa *comercial* pero, finalmente y sin mayor explicación, aplica la tasa de interés *legal* por instrucción de SAS (párr. 12.8). La misma ausencia de justificación se aprecia en la Demanda (Demanda, párr. 219-221).

⁸⁰² Artículo 411 del Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia: “*El interés convencional se estipula por escrito, cualquiera sea la cantidad principal sobre la que deba aplicarse. En caso diverso y siempre que no fuere de otra manera reconocido, se aplicará el interés legal*” (el resaltado es nuestro), **RLA-49**.

⁸⁰³ Informe Pericial FTI, párr. 12.5, **CER-1**.

superior al interés legal constituye usura y está sujeto a sanciones penales⁸⁰⁴. Por ello, aplicar la tasa de interés legal sobre-compensaría a SAS en este caso.

695. En cualquier caso, SAS no explica – a la luz del artículo V(1) del Tratado – por qué debería preferirse el interés *legal* sobre el interés *comercial*. De hecho, el análisis de FTI sugiere que debe preferirse el segundo⁸⁰⁵. La única razón que brinda SAS para aplicar el interés legal es que éste resultaría supuestamente similar al costo de deuda de SASC⁸⁰⁶. No obstante, como se explica en la sección siguiente, resulta económicamente incorrecto considerar el costo de deuda de SASC para determinar la tasa de interés aplicable.

696. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral debe concluir que no corresponde aplicar la tasa de interés legal sino una tasa de interés comercial *normal*, de conformidad con el Tratado.

8.2 Los criterios utilizados por FTI para calcular la tasa comercial son erróneos

697. Para calcular la tasa de interés, FTI propone utilizar una tasa libre de riesgo (*risk-free rate*) y agregarle un margen (*spread*)⁸⁰⁷.

698. Bolivia concuerda con FTI en utilizar la tasa del tesoro americano (*U.S. Treasury Bill rate*) como tasa libre de riesgo. No obstante, corresponde utilizar la tasa a corto plazo (mensual) y no la tasa a largo plazo (anual) puesto que esta última incluye una prima por liquidez y riesgo inflacionario y, en consecuencia, no constituye realmente una tasa libre de riesgo.

699. En la medida en que el interés tiene por objeto compensar el valor del dinero en el tiempo, el interés pre-laudo que el Tribunal Arbitral ordene deberá limitarse a reflejar la tasa libre de riesgo del tesoro americano, la que Brattle ha calculado al 20 de marzo de 2015 en 0.12%.

⁸⁰⁴ Artículo 413 del Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia: “*El cobro de intereses convencionales en tasa superior a la máxima legalmente permitida, así como de intereses capitalizados, constituye usura y se halla sujeto a restitución, sin perjuicio de las sanciones penales*”, **RLA-49**.

⁸⁰⁵ Informe Pericial FTI, párr. 12.6: “*As our starting point to determine a normal commercial rate [...]*”, **CER-1**.

⁸⁰⁶ Demanda, párr. 219. Notar que existe una diferencia de 0.4% entre el pretendido costo de deuda de SASC (5.6%) y la tasa de interés legal (6%).

⁸⁰⁷ Informe Pericial FTI, párr. 12.5, **CER-1**.

700. Esta tasa ha sido adoptada por diversos tribunales. Por ejemplo, el tribunal en *Archer Daniels* explicó:

*The interest shall be calculated for each month of the period (December 31, 2005 until payment is made) at a rate equivalent to the yield for the month, at the interest rate which is more closely connected with the currency of account in which the award of compensation is made (See S.D Myers v. the Government of Canada, Second Partial Award, para. 304). As compensation in the present arbitration is to be awarded in U.S. Dollars, the simple interest rate for U.S. Treasury bills is appropriate*⁸⁰⁸.

701. Si el Tribunal Arbitral considerase (*quod non*) que el interés pre-laudo debe reflejar un margen sobre la tasa libre de riesgo (*spread*), deberá rechazar los criterios bajo los cuales FTI calcula dicho margen. Concretamente, FTI considera (i) la tasa de interés promedio para financiamientos en dólares americanos y (ii) el costo de deuda de SAS⁸⁰⁹.

702. Como señala Brattle, “*FTI’s reasoning in proposing these alternative rates follows from the assumption that the pre-award interest rate should “reflect the risks that the Claimant would have faced if they had invested or borrowed funds themselves”*”⁸¹⁰. No existe sustento económico para utilizar estas tasas en el cálculo del margen (*spread*) que se añadiría a la tasa libre de riesgo.

703. En efecto, utilizar una tasa que busque compensar a SAS por los riesgos que hubiese asumido de haber invertido el dinero es equivocado porque SAS no invirtió el dinero ni, por ende, asumió tales riesgos. Como explica Brattle:

*it would put the Claimant in a better position than if it had received the award amount right away, because the Claimant would obtain the reward for bearing investment risk (an expected return above the risk-free rate) without actually bearing that investment risk*⁸¹¹.

⁸⁰⁸ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, laudo del 21 de noviembre de 2007, párr. 294, **RLA-151**.

⁸⁰⁹ Informe Pericial FTI, párr. 12.7, **CER-1**.

⁸¹⁰ Brattle, párr. 192, **RER-3**.

⁸¹¹ *Id.*, párr. 193, **RER-3**.

704. Lo anterior también supondría que el interés pre-laudo a pagarse varíe dependiendo de quién sea el demandante y cuál sea su perfil de inversión, lo que, como explica Brattle, resultaría incorrecto⁸¹².

705. Por su parte, el interés tampoco tiene por qué compensar al demandante como prestamista. Como se señaló recientemente en el caso *Gold Reserve*:

*The Tribunal considers that the appropriate purpose of pre-Award interest is to ensure Claimant is properly compensated for the FET breach that has occurred, although it need not compensate Claimant as a “borrower. The Tribunal finds that the US Government Treasury Bill rate represents a reasonable and fair rate of interest that would fulfil this purpose*⁸¹³.

706. En cualquier caso, como reconoce FTI⁸¹⁴, no existe información acerca del costo de deuda de SAS ni de SASC. FTI se ve por ello obligado a recurrir al costo medio de deuda de otras empresas dentro de la misma industria. El costo medio de deuda de dichas empresas, no obstante, no constituye una referencia confiable por cuanto dentro de la categoría SIC 104 que utiliza FTI existen empresas de distinto tamaño, antigüedad y giro que SASC. Por ejemplo, dentro de dicha categoría se encuentra Newmont Mining Corporation⁸¹⁵, fundada en 1921 (SASC fue fundada en 1994⁸¹⁶), con operaciones en 5 continentes y 7 países (SASC sólo tiene operaciones en Nevada/Utah y Chile), quien se dedica a la exploración y explotación de proyectos mineros (SASC es una minera *junior* dedicada sólo a la exploración⁸¹⁷) y quien tiene más de 30,000 empleados (SASC lista en su página web sólo a 6 funcionarios en cargos de confianza⁸¹⁸). No existen, pues, siquiera bases confiables para calcular el costo de deuda de SASC.

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB(AF)/09/01, laudo del 22 de septiembre de 2014, párr. 853, **RLA-27**.

⁸¹⁴ Informe Pericial FTI, párr. 12.7, **CER-1**.

⁸¹⁵ La información de Newmont Mining Corporation fue tomada de <http://www.newmont.com/about-us/default.aspx> (fecha de acceso: 18 de marzo de 2015), **R-138**.

⁸¹⁶ Demanda, párr. 14.

⁸¹⁷ Ver <http://www.trimetalsmining.com/> (“*TriMetals Mining Inc. is a growth focused mineral exploration company*”) (fecha de acceso: 18 de marzo de 2015), **R-139**.

⁸¹⁸ Ver Funcionarios de confianza de TriMetals Mining Inc. <http://www.trimetalsmining.com/about/management/> (fecha de acceso: 18 de marzo de 2015), **R-140**.

707. Por las razones anteriores, los criterios proporcionados por FTI para calcular la tasa comercial deben ser rechazados.

8.3 La tasa comercial debe calcularse utilizando como referencia la emisión de bonos soberanos efectuada por Bolivia en octubre de 2012

708. El Tratado únicamente dispone que los intereses deben ser pagados a una tasa comercial “normal”. Ahora bien, puesto que las tasas comerciales varían dependiendo de los riesgos de cada prestatario, no existe una tasa comercial “normal” o “típica”.

709. En estas circunstancias, puesto que los intereses pre-laudo se aplicarán sobre cualquier monto adeudado por Bolivia, la prima de riesgo aplicable a Bolivia constituye un punto de referencia natural.

710. Esta prima de riesgo se refleja en el rendimiento de sus bonos soberanos. Bolivia emitió bonos a 10 años en octubre de 2012, fecha muy cercana a la Fecha de Valuación Bolivia. Tomando como base esta información, y luego de añadir los resultados a la tasa de interés libre de riesgo (*risk-free rate*), Brattle arribó a una tasa de interés anual de 2.9%. Esta tasa ha sido calculada al 20 de marzo de 2015.

711. El uso de bonos soberanos como punto de referencia para la fijación de tasas de interés pre-laudo no es inusual en la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en el caso *Feldman* el tribunal razonó:

The total revised award indicated above of \$9,464,627.50 Mexican pesos is increased by simple interest calculated from the date the rebates should have been paid (see below) to the date of this decision, in accordance with the interest rate paid on Federal Treasury Certificates or bonds issued by the Mexican Government⁸¹⁹.

712. En el ámbito internacional, como reconoce FTI⁸²⁰, las tasas de interés son comúnmente calculadas con referencia a LIBOR. En estos casos, al calcular tasas de interés normales o razonables, los tribunales de inversión (algunos de ellos citados

⁸¹⁹ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 205, **RLA-150**. FTI reconoce la importancia de considerar los riesgos del deudor en el cálculo de la tasa de interés pre-laudo. Ver Informe Pericial FTI, párr. 12.5, **CER-1**.

⁸²⁰ Párr. 12.6 del Informe Pericial FTI (“*The London Interbank rate is another benchmark rate that may be used...*”), **CER-1**.

por SAS⁸²¹) utilizan LIBOR + 2%. Por ejemplo, en *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, el tribunal señaló:

LIBOR is universally accepted as a valid reference for the calculation of variable interest rates. In the present case, an additional reason for the selection of LIBOR is that it is consistent with Article III.1 of the BIT, which provides that compensation for expropriation shall include “interest at a commercially reasonable rate, such as LIBOR plus an appropriate margin” [...]. Claimant has proposed a margin of 2%. The Tribunal concurs: 2% is a reasonable margin, which reflects the surcharge which an average borrower would have to pay for obtaining financing based on LIBOR⁸²².

713. La tasa fijada por Brattle equivale a LIBOR + 2.72% (periodicidad mensual) o LIBOR + 2.21% (periodicidad anual), brindando así a SAS una compensación superior a aquella comúnmente otorgada por los tribunales arbitrales⁸²³.
714. En atención a lo anterior, si el Tribunal considerase que la tasa de interés pre-laudo no debe basarse únicamente en la tasa libre de riesgo del tesoro americano, deberá utilizar la tasa de interés anual pre-laudo (alternativa) fijada por Brattle, equivalente a 2.9%.

8.4 La tasa de interés debe ser simple

715. SAS cita jurisprudencia que *supuestamente* acreditaría la tendencia de los tribunales internacionales a ordenar el pago de intereses compuestos⁸²⁴.

⁸²¹ *PSEG Global, Inc. c. Turquía*, caso CIADI No. ARB/02/5, laudo del 19 de enero de 2007, párr. 348, **CLA-51**; *Enron Creditors Recovery Corporation (antes Enron Corporation) y Ponderosa Assets, L.P. c. Argentina*, párr. 452, **CLA-58**.

⁸²² *Joseph Charles Lemire c. Ucrania*, caso CIADI No. ARB/06/18, laudo del 28 de marzo de 2011, (el resaltado es nuestro), **RLA-152**. La tasa LIBOR + 2% fue utilizada en varios otros casos, tales como *Sempra Energy International c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/02/16, laudo del 28 de septiembre de 2007, párr. 486, **RLA-153**; *El Paso Energy International Company c. República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/15, laudo del 31 de octubre de 2011, párr. 745, **RLA-26**; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. Kazakistan*, caso CIADI No. ARB/05/16, laudo del 29 de julio de 2008, párr. 818, **CLA-68**; y *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, caso CIADI No. ARB/07/23, laudo del 29 de junio de 2012, párr. 279, **RLA-154**.

⁸²³ Brattle, párr. 186, **RER-3**.

⁸²⁴ Demanda, párr. 222-229. A pesar de que el esfuerzo de SAS es notable, John Gotanda, a quien SAS califica como un “académico destacado en materia de interés”, reconoce en una publicación del 2008 que los tribunales arbitrales sólo se han apartado en algunos casos de la práctica tradicional de otorgar intereses simples. Ver John Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, 34 Law & Pol’y Int’l. Bus. 393, 397-98 (2003) (“Gotanda, Compound Interest”), pág. 14, **CLA-91**.

716. Las decisiones citadas por SAS están lejos de formar una jurisprudencia constante y mucho menos un principio de derecho internacional en materia de intereses. Como se señaló en el caso *Duke*: “*In addition, although increasingly common in ICSID practice, the award of compound interest is not a principle of international law*”⁸²⁵. Igualmente, en *Archer Daniels Midland Company* “*El tribunal concluyó, en lo que se refiere a la controversia de las partes acerca de los intereses en ese caso, que no había surgido ninguna normativa legal uniforme en la práctica de arbitraje internacional en cuanto a la aplicabilidad de intereses simples o compuestos en determinados casos*”⁸²⁶. Por esta razón, no es extraño encontrar decisiones recientes que ordenen el pago de intereses simples, como el caso *Yukos*⁸²⁷.

717. En cualquier caso, SAS omite mencionar que el Código Civil boliviano prohíbe los intereses compuestos, sancionando civil y penalmente la violación de dicho mandato.

718. El artículo 412 del Código Civil boliviano⁸²⁸ dispone que:

Están prohibidos el anatocismo y toda otra forma de capitalización de los intereses. Las convenciones en contrario son nulas.

719. Por su parte, el artículo 413 del Código Civil boliviano⁸²⁹ dispone que:

El cobro de intereses convencionales en tasa superior a la máxima legalmente permitida, así como de intereses capitalizados, constituye usura y se halla sujeto a restitución, sin perjuicio de las sanciones penales.

El mismo esfuerzo de SAS no se aprecia, sin embargo, al postular que la periodicidad de la capitalización de intereses debe ser trimestral. SAS se limita a afirmarlo sin dar ningún sustento. Lo hace una sola vez y, sorprendentemente, en el Petitorio de la Demanda.

⁸²⁵ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. Ecuador*, caso CIADI No. ARB/04/19, laudo del 18 de agosto de 2008, párr. 473, **RLA-155**.

⁸²⁶ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, laudo del 21 de noviembre de 2007, párr. 296, **RLA-151**, citando con aprobación *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. República de Costa Rica*, caso CIADI No. ARB/96/1, laudo del 17 de febrero de 2000, **CLA-87**.

⁸²⁷ *Yukos Universal Limited (Isle Of Man) c. Federación Rusa*, caso CPA No. AA 227, laudo del 18 de julio de 2014, párr. 1689, **RLA-156**.

⁸²⁸ Ver Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 412, **RLA-49**.

⁸²⁹ Ver Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia, artículo 413, **RLA-49**.

720. La relevancia de la normativa local en la determinación del tipo de interés que puede otorgarse ha sido reconocida por diversos tribunales de inversión. Por ejemplo, en *Duke Energy c. Ecuador* el tribunal señaló:

El Tribunal debe determinar, asimismo, si corresponde adjudicar intereses simples o compuestos. Comparte el argumento de la Demandada en favor de la tasa de interés simple. En realidad, el derecho ecuatoriano prohíbe la tasa de interés compuesta en el presente caso. Específicamente, el Artículo 244 de la Constitución ecuatoriana prohíbe el interés compuesto en el contexto de los créditos. Análogamente, el Artículo 2140 del Código Civil establece que “se prohíbe estipular intereses de intereses”. La misma prohibición figura en el Código de Comercio [...]”⁸³⁰.

721. Este mismo razonamiento fue seguido, *inter alia*, en los casos *Desert Line c. Yemen*⁸³¹ y *Auconven c. Venezuela*⁸³², donde la capitalización de intereses también se encontraba prohibida (por el derecho yemení y el derecho venezolano, respectivamente). En tales casos, el tribunal ordenó el pago de intereses simples.

722. Incluso si se aceptase que existe una *tendencia* de los tribunales arbitrales a otorgar intereses compuestos, como argumenta SAS, ello no ocurre de forma automática. Por un lado, John Gotanda reconoce que sólo podrán otorgarse intereses compuestos “*when the claimant can prove that it would have earned compound interest in the normal course of business on the money owed if it had been paid in a timely manner*”⁸³³. SAS no ha satisfecho esta carga probatoria, limitándose a afirmar que tiene derecho al pago de intereses compuestos. Por otro lado, como se señaló en el caso *Gemplus S.A.*, los intereses compuestos no deben otorgarse cuando ello sea “*inapropiado*”⁸³⁴. En el presente caso, el otorgamiento de intereses compuestos sería claramente *inapropiado* al ser contrario al Derecho boliviano⁸³⁵.

⁸³⁰ *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. Ecuador*, caso CIADI No. ARB/04/19, laudo del 18 de agosto de 2008, párr. 457, **RLA-155**.

⁸³¹ *Desert Line Projects LLC c. República de Yemen*, caso CIADI No. ARB/05/17, laudo del 6 de febrero de 2008, párr. 294-295, **RLA-157**.

⁸³² *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI No. ARB/00/5, laudo del 23 de septiembre de 2003, párr. 396, **RLA-158**.

⁸³³ Ver John Y. Gotanda, Compound Interest in International Disputes, 34 Law & Pol’y Int’l. Bus. 393, 397-98 (2003) (“Gotanda, Compound Interest”), **CLA-91**, pág. 16. Esto es coherente con la exigencia de que los daños sean ciertos.

⁸³⁴ *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/04/3, laudo del 16 de junio de 2010, párr. 16-26, **RLA-138**.

⁸³⁵ La necesidad de que no existan *circunstancias especiales* para que puedan otorgarse intereses compuestos también es resaltada por F.A. Mann, citado por SAS. Ver F.A. Mann, *Compound*

723. Por todo lo expuesto, si el Tribunal considerase que Bolivia debe compensar a SAS, los intereses sólo pueden ser simples⁸³⁶.

724. Finalmente, si a pesar de todo lo señalado en esta Sección 8 el Tribunal concluyese que la tasa de interés aplicable es la *legal (quod non)*, deberá necesariamente concluir que los intereses sólo pueden ser simples. De lo contrario, caería en una latente contradicción al aplicar el Código Civil boliviano para algunos efectos (*interés legal*) más no para otros (*prohibición del anatocismo o cobro de intereses compuestos*).

9. EN CUALQUIER CASO, CUALQUIER COMPENSACIÓN DE SAS DEBERÁ SER REDUCIDA SIGNIFICATIVAMENTE PARA REFLEJAR LA CONTRIBUCIÓN DE SAS A SUS PROPIAS PÉRDIDAS

725. Atendiendo a los hechos descritos en la Sección 3 *supra*, Bolivia solicita al Tribunal Arbitral que, en el hipotético e improbable caso de que ordene el pago de una indemnización a SAS (y, para ello, considere que SAS (y no SASC) era la verdadera propietaria de la inversión), el monto de dicha compensación sea reducido en, al menos, un 75%, toda vez que han sido las acciones y omisiones de la propia Demandante las que han contribuido decisivamente en el daño que dice haber sufrido.

726. Difícilmente existe un caso de *culpa concurrente de la víctima* tan claro como este. Las acciones y omisiones de SAS y la conducta de los representantes de CMMK fueron el detonante de una conmoción pública que afectó gravemente el orden público del Norte de Potosí. En otras palabras, la Reversión no obedeció a una decisión caprichosa o arbitraria de Bolivia, sino que fue consecuencia forzada de la conducta de SAS.

727. Por estas razones, el Tribunal Arbitral debe aplicar la regla jurídica de la “culpa concurrente” o “culpa de la víctima” reconocida tanto en el Derecho boliviano como en el derecho internacional y anular o reducir la eventual compensación que pueda

Interest as an Item of Damage in International Law, 21 U.C. Davis L. Rev. 577, 585 (1987-88), pág. 586, **CLA-92**.

⁸³⁶ SAS no otorga ningún sustento para su solicitud de que los intereses compuestos se capitalicen trimestralmente. Se limita a mencionarlo una sola vez y, sorprendentemente, esto ocurre en el petitorio. Ante esta evidente falta de sustento, y habiéndose acreditado que el Tribunal no puede ordenar el pago de intereses compuestos, Bolivia no considera necesario realizar un análisis detallado de esta cuestión.

ser ordenada para reflejar adecuadamente el grado de la contribución ilícita de SAS en la producción del resultado final dañoso.

728. En derecho internacional, es un principio aceptado que si una parte ha actuado de manera negligente y, consecuentemente, ha contribuido a la producción del daño, corresponde que la indemnización sea eliminada o reducida en proporción a esa contribución⁸³⁷.
729. Se trata de una manifestación de la teoría de la “conurrencia de causas” o “relación de causalidad” que impide que una parte sea condenada a responder enteramente por actos u omisiones que sólo le corresponden en parte, sea porque existe un eximente de responsabilidad que opera en el caso concreto⁸³⁸ o porque la compensación debe reflejar en su exacta medida la contribución de cada parte al perjuicio.
730. Esta última posición es la que adopta modernamente el derecho internacional. El artículo 39 sobre la Responsabilidad de los Estados de la CDI dispone que “[p]ara determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación”⁸³⁹.
731. El comentario del artículo 39 destaca que:

Article 39 deals with the situation where damage has been caused by an internationally wrongful act of a State, which is accordingly responsible for the damage in accordance with Articles 1 and 28, but where the injured State, or the individual victim of the breach, has materially contributed to the damage by some willful or negligent act or omission. Its focus is on situations

⁸³⁷ I. Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford International Arbitration Series, 2009, p. 120-121, **RLA-102**; S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 314-319, **RLA-103**.

⁸³⁸ En general, esta es la teoría adoptada por los derechos locales y responde al viejo principio decimonónico según el cual debe existir una relación de causalidad adecuada entre el supuesto hecho generador y el daño para que exista un deber de reparación. Así, por ejemplo, el Derecho boliviano reconoce a la culpa de la víctima como una eximente de responsabilidad. Junto con el caso fortuito y la culpa de un tercero, la culpa de la víctima es una eximente de responsabilidad en la medida en que provoca la ruptura del nexo causal y la consecuente inimputabilidad del hecho dañoso. Ver, por ejemplo, Código Civil del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 995 a 998, **RLA-49**.

⁸³⁹ Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada por la Asamblea General No. A/RES/56/83, 28 de enero de 2002, artículo 39, **RLA-126**.

*which in national law systems are referred to as 'contributory negligence', 'comparative fault', 'faute de la victime', etc*⁸⁴⁰.

732. En derecho internacional, la culpa concurrente ha sido reconocida en numerosas ocasiones por los tribunales internacionales⁸⁴¹, no solamente cuando el demandante ha incurrido en actos ilícitos o prohibidos que, total o parcialmente, contribuyen en la producción del daño reclamado, sino que basta con que dicho comportamiento haya sido meramente negligente⁸⁴².
733. En numerosos arbitrajes de inversión, los tribunales también han reconocido la culpa concurrente del inversionista y han reducido consecuentemente el monto de la indemnización debida para reflejar su actuar negligente en la producción del daño⁸⁴³. Ello por cuanto no corresponde condenar a los Estados más allá del perjuicio realmente ocasionado por ellos.
734. En *MTD c. Chile*, el tribunal concluyó que el inversionista había actuado de manera negligente por el simple hecho de no haber obtenido determinados permisos de construcción para un emprendimiento inmobiliario que debían ser otorgados por las autoridades locales – respecto de un terreno en el que la construcción proyectada se hallaba prohibida por las normas urbanísticas aplicables – una vez que el Estado receptor ya le había otorgado la autorización para realizar la inversión. En función de ello, el tribunal sostuvo que el inversor “*should bear part of the damages suffered*

⁸⁴⁰ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2001, págs. 109-110 (el resaltado es nuestro), **RLA-159**.

⁸⁴¹ Ver, a modo de ejemplo, Comentarios a *Delagoa Bay Railway (Gran Bretaña, Estados Unidos de América c. Portugal)*, Tribunal Arbitral Especial en Berna, sentencia del 29 de marzo de 1900, en H. La Fontaine, *Pasicrisie Internationale. Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*, 1902, pág. 402. En este caso, el tribunal redujo los daños adeudados a un inversionista por la terminación de su concesión debido a que dicha terminación fue debida, parcialmente, a cierta conducta negligente del inversionista “*Todas las circunstancias que pueden ser aducidas en contra de la empresa concesionaria y a favor del Gobierno Portugués mitigan la responsabilidad de éste último y ameritan una reducción en la indemnización*”. Traducción libre del siguiente texto: “*Toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier et justifient, comme il va être exposé plus loin, une réduction de la réparation à allouer*”, *Id.*, p. 402, **RLA-160**.

⁸⁴² S. Ripinsky y K. Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 315, **RLA-103**.

⁸⁴³ Ver, por ejemplo, *Iurii Bogdanov c. República de Moldavia*, SCC, laudo del 22 de septiembre de 2005, cap. 5.2, **RLA-161**. Ver, asimismo, T.W. Wälde and B. Sabahi, *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, 4 Transnational Dispute Management, issue 6, 2007, págs. 37-38, **RLA-162**; B. Bollecker-Stern, *Le Préjudice dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, 1973, pág. 310, **RLA-163**.

*and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment calculated on the basis of the following considerations*⁸⁴⁴.

La decisión fue confirmada por el comité de anulación del CIADI⁸⁴⁵.

735. De la misma manera, en *Occidental c. Ecuador*, el tribunal entendió que el inversionista había contribuido con su conducta *ilícita* – v.g. transferencia del 40% del paquete accionario sin autorización estatal – a la decisión del Estado receptor de declarar la caducidad de la concesión otorgada. En función de ello, la mayoría del tribunal redujo la compensación en un 25%⁸⁴⁶. En su opinión disidente, la Prof. Stern consideró que la responsabilidad del inversionista debía fijarse en un 50%, citando el antecedente del caso *MTD*, y reflejarse en dicha magnitud en la indemnización otorgada.
736. En suma, la práctica arbitral internacional demuestra ampliamente que corresponde tener en cuenta la conducta negligente, irrazonable o ilícita del inversionista al momento de fijar una eventual indemnización, a fin de reducirla proporcionalmente en función de su contribución a la producción del daño.
737. Como Bolivia demostró en esta Contestación, SAS fue la responsable de la Reversión al (i) fomentar las divisiones entre las Comunidades Originarias; (ii) maltratar a las Comunidades Originarias y no tomar acciones contra sus empleados [REDACTED]; (iii) usurpar las tradiciones ancestrales al

⁸⁴⁴ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTH Chile S.A c. República de Chile*, caso CIADI No. ARB/01/7, laudo del 25 de mayo de 2004, párrs. 178, 242-243, **RLA-164**. Ver, asimismo, S. Ripinsky, *Assessing Damages in Investment Disputes: Practice in Search of Perfect*, 10 J. World Investment & Trade, 2009, págs. 19-20, **RLA-165**.

⁸⁴⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*, caso CIADI No. ARB/01/7, decisión de anulación adoptada por el comité *ad hoc* el 21 de marzo de 2007, párr. 101, **RLA-111**. Sostuvo el comité que “*el Tribunal ya había analizado las culpas de las partes con algún detalle, sosteniendo que, dadas las circunstancias, ambas eran substanciales y significativas. Como sucede a menudo en situaciones de culpa concurrente, y la función de las dos partes que contribuyeron al daño era muy diferente, su medición entrañaba dificultad, por lo que el Tribunal tenía un cierto margen de discrecionalidad para su estimación [...] En tales circunstancias, no es extraño que el daño sea compartido por partes iguales. Los tribunales internacionales que han abordado este tema, con frecuencia, no han dado ninguna “explicación exacta” de los cálculos efectuados. En síntesis, habiendo el Tribunal analizado con alguna extensión las omisiones de ambas partes, no había mucho más que decir, y no se incurría en un error, que diera lugar a la anulación del Laudo, por no decirlo*”. *Id.*

⁸⁴⁶ *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, caso CIADI No. ARB/06/11, laudo del 5 de octubre de 2012, párr. 678, (“*El Tribunal concuerda con la noción de que puede reducirse la compensación si la parte demandante tuvo culpa y esa culpa contribuyó al perjuicio sufrido y respecto de la cual quien evalúa los hechos, en ejercicio de su discrecionalidad, considera que la parte demandante debiera tener cierta responsabilidad*”), **RLA-166**.

infiltrarse en un *Cabildo* usando las vestimentas solemnes de sus Autoridades Originarias; (iv) realizar temerarias acusaciones contra dichas Autoridades; (v) instigar a las Comunidades Originarias lejanas al Proyecto a enfrentarse con las Comunidades opositoras por medio de un programa de “compra de voluntades”; (vi) crear una supuesta autoridad originaria ilegítima; y (vii) solicitar a la policía que interviniese con violencia. Todos estos hechos, como quedó demostrado, fueron la causa principal de la Reversión, única alternativa disponible para el Estado para restablecer orden público.

10. PETITORIO

738. Por todo lo anterior, y reservándose el derecho de desarrollar y expandir su presentación más adelante en vista de las ulteriores presentaciones de SAS así como de la prueba obtenida mediante el procedimiento de *discovery*, Bolivia solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que:

10.1 En cuanto a jurisdicción y admisibilidad

739. Declare:

- a. que carece de jurisdicción sobre la totalidad de los reclamos al no tener SAS una inversión protegida por el Tratado por cuanto no ha probado ser la verdadera propietaria de las Concesiones Mineras;
- b. *de manera subsidiaria*, que dichos reclamos son inadmisibles al no contar SAS con “*clean hands*”; y

740. Ordene:

- a. a SAS reembolsar íntegramente a Bolivia los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal Arbitral desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo; y
- b. cualquier otra medida de satisfacción al Estado que el Tribunal Arbitral estime oportuna.

10.2 En cuanto al fondo

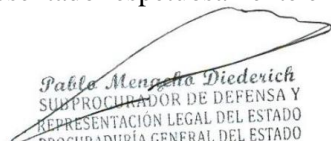
741. Si, *par impossible*, el Tribunal Arbitral decide que tiene jurisdicción y los reclamos son admisibles, declare:

- a. Que Bolivia ha actuado de conformidad con el Tratado y el derecho internacional al declarar la Reversión;
- b. Que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión;
- c. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de no adoptar medidas arbitrarias y discriminatorias que obstaculicen el uso y disfrute de la inversión;
- d. que Bolivia ha actuado de conformidad con su obligación de no proveer un trato menos favorable a las inversiones de SAS que a las de sus propios inversionistas;
- e. que, en cualquier caso, SAS ha contribuido a la producción del daño que reclama y fije dicha contribución en, al menos un 75%, reduciéndose en esa medida la compensación que eventualmente pueda disponer el Tribunal Arbitral; y

742. Ordene:

- a. a SAS a reembolsar íntegramente a Bolivia los costos en los que ha incurrido en la defensa de sus intereses en el presente arbitraje, junto con intereses a una tasa comercial razonable a juicio del Tribunal Arbitral desde el momento en que el Estado incurrió en dichas costas hasta la fecha de su pago efectivo; y
- b. cualquier otra medida de satisfacción al Estado que el Tribunal Arbitral estime oportuna.

Presentado respetuosamente en nombre del Estado Plurinacional de Bolivia


Pablo Mengelha Diederich
SUBPROCURADOR DE DEFENSA Y
REPRESENTACIÓN LEGAL DEL ESTADO
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO



DECHERT (PARIS) LLP